

PABLO O. CABRAL
MARCELO J. SCHREGINGER

El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires

Prólogo de **Oswaldo Héctor Bezzi**

Esta obra, dedicada al régimen de empleo público bonaerense, de interés para agentes públicos en general, estudiantes y profesionales del derecho, aborda la relación de empleo público en forma genérica, aunque profundiza el análisis de sus institutos sobre la base de la ley 10.430 y su decreto reglamentario —como régimen general—, y remite puntualmente a las distintas regulaciones especiales que rigen determinados sectores diferenciados en el ámbito de la provincia de Buenos Aires. Los capítulos en los que se divide la obra son: I. Los trabajadores del Estado y su protección jurídica, II. Naturaleza jurídica y principios de la relación de empleo público, III. Atribución constitucional de competencias en la regulación del empleo público, IV. El régimen de la ley 10.430. Sus alcances y excepciones, V. Ingreso a la organización administrativa, VI. Los derechos de los empleados públicos bonaerenses, VII. Deberes y prohibiciones, VIII. Régimen disciplinario, y IX. Extinción de la relación de empleo público. Este libro también complementa los distintos temas tratados con los criterios jurisprudenciales adoptados tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, como por los distintos organismos del fuero Contencioso Administrativo de la provincia.

El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires

PABLO O. CABRAL
MARCELO J. SCHREGINGER

El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires

Prólogo de **Oswaldo Héctor Bezzi**

 **AbeledoPerrot®**

Buenos Aires / Bogotá / México / Santiago

Cabral, Pablo
El régimen de empleo público en la prov. de Bs. As. /
Pablo Cabral y Marcelo Schreginger. –
1a ed. - Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2009.
952 p.; 24x17 cm.

ISBN 978-950-20-2004-4

1. Derecho Administrativo. I. Schreginger, Marcelo II. Título
CDD 342

ISBN 978-950-20-2004-4

© AbeledoPerrot S.A.
Administración y redacción
Av. Callao 410 Piso 3°
Tel.: (54-11) 5236-8800 - Fax.: (54-11) 5239-1881

Ventas
Talcahuano 494 - Tel.: (54-11) 5235-0030
Lavalle 1280 - Tel.: (54-11) 5235-5430
Talcahuano 650 - Tel.: (54-11) 5236-1044
Fax.: (54-11) 5239-1879
info@abeledoperrot.com
Buenos Aires – Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723. Derechos reservados.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

ÍNDICE GENERAL

Prólogo.....	XXV
Palabras preliminares.....	XXXIII

CAPÍTULO I

LOS TRABAJADORES DEL ESTADO Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA

I. El origen de la protección jurídica de los trabajadores.....	1
1. La evolución de la cuestión laboral en la Argentina.....	1
1.1. Aspectos históricos de la cuestión laboral en Argentina en relación con las políticas estatales.....	1
1.2. Aspectos históricos de la transformación de las condiciones de vida de la clase trabajadora argentina.....	3
1.3. La clase trabajadora argentina después de la década del 90.....	4
1.4. Nuevas luchas de la clase trabajadora.....	5
2. El aspecto particular del trabajo en la Administración Pública.....	6
II. La protección constitucional del trabajador.....	8
1. La constitucionalización de los derechos de los trabajadores. El art. 14 bis de la Constitución Nacional.....	8
2. El derecho a la estabilidad del empleado público.....	12
III. La protección internacional del trabajador.....	14
1. Introducción.....	14
2. Los derechos humanos de los trabajadores en el ámbito internacional.....	14
3. La actividad normativa de la OIT y la obligatoriedad de los convenios ratificados por nuestro país.....	17
3.1. El convenio 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación.....	19
3.2. El convenio 95 sobre protección del salario.....	19
3.3. El convenio 98 sobre la aplicación de los principios de sindicación y negociación colectiva.....	20
3.4. El convenio 151 sobre protección del derecho de sindicación en la relación de empleo en la Administración Pública.....	20
IV. Los derechos del trabajador en el actual Estado social de derecho.....	22
1. El Estado de Bienestar, el constitucionalismo social y la intervención positiva del Estado.....	22
2. El nuevo modelo de organización social estatuido en la Constitución bonaerense: el Estado social y democrático de derecho.....	24

CAPÍTULO II

**NATURALEZA JURÍDICA Y PRINCIPIOS DE LA RELACIÓN
DE EMPLEO PÚBLICO**

I. La relación de empleo público.....	33
1. La naturaleza jurídica de la relación de empleo público.....	33
2. La regulación jurídica del trabajo estatal. El empleo público y los paradigmas del derecho administrativo	37
3. El empleo público desde la óptica del derecho laboral.....	38
II. Los principios del derecho laboral y su operatividad en la relación de empleo público.....	42
1. Los principios generales del derecho	43
2. Los principios del derecho laboral	45
3. La aplicación de los principios del derecho laboral a la relación de empleo público.....	46
4. Los principios de la Constitución bonaerense y su aplicación a la relación de empleo público	47
4.1. Principio de irrenunciabilidad.....	47
4.2. Principio de justicia social	52
4.3. Principio de gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador.....	53
4.3.1. El beneficio de pobreza en el fuero laboral de la provincia de Buenos Aires. Su constitucionalidad.....	54
4.3.2. El beneficio de la ley 12.200.....	56
4.3.3. El régimen de costas en el proceso administrativo bonaerense	57
4.3.4. La situación del empleado público en relación con las costas del proceso.....	59
4.3.5. Jurisprudencia sobre el régimen de imposición de costas en el CCA.....	61
4.4. Principio de primacía de la realidad.....	63
4.4.1. El principio administrativo de la verdad material	64
4.4.2. El personal contratado a la luz del principio de primacía de la realidad	65
4.5. Principio de indemnidad	68
4.6. Principio de progresividad	68
4.7. Principio <i>in dubio pro operario</i>	69
III. El principio protectorio y su proyección en la figura del contrato administrativo.....	69
IV. Conclusiones	72

CAPÍTULO III

**ATRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS
EN LA REGULACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO**

I. Introducción.....	73
1. Distinción.....	74
II. Reparto constitucional de competencias	77
1. Atribución para crear cargos públicos.....	77
2. Nombramiento y remoción de los agentes públicos integrantes del cuerpo burocrático de cada uno de los poderes del Estado	78
2.1. Nombramiento y remoción de los agentes integrantes del Poder Ejecutivo	78
2.2. Nombramiento y remoción de los agentes integrantes del Poder Legislativo	79
2.3. Nombramiento y remoción de los agentes integrantes del Poder Judicial.....	80

2.4. Nombramiento y remoción de los agentes integrantes de la Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires	81
3. Atribución para regular la relación estatutaria de los agentes estatales. Reserva legislativa prevista en los incs. 3 y 12 del art. 103 de la Constitución provincial	82
3.1. Alcances de la atribución legislativa para regular el estatuto del empleado público	84
3.1.1. Regulación del vínculo del personal del Poder Legislativo	84
3.2. Regulación del vínculo del personal del Poder Judicial	85
3.2.1. Fundamentos para el ejercicio de la potestad normativa en cabeza de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires	86
3.2.1.1. Constitución de la Provincia de Buenos Aires	86
3.2.1.2. Ley Orgánica del Poder Judicial	86
3.2.1.3. Conclusión	88
3.2.2. Situación del Ministerio Público	89
4. Situación reglamentaria en el Poder Ejecutivo	91
III. Conclusión	92

CAPÍTULO IV

EL RÉGIMEN DE LA LEY 10.430. SUS ALCANCES Y EXCEPCIONES

I. Introducción	93
1. Regulaciones de excepción frente al régimen previsto en la ley 10.430	94
2. Diferencias de alcance entre la Ley Marco de Empleo Público Nacional y la ley 10.430	95
II. Excepciones a la ley 10.430	97
1. Titulares de órganos de la Administración Pública centralizada	97
1.1. Ministros y secretarios de Estado	97
1.2. Asesor general de gobierno	97
1.3. Secretarios de la gobernación	98
1.4. Fiscal de Estado adjunto	98
1.5. Subsecretarios	101
1.6. Asesor ejecutivo de la Asesoría General de Gobierno	101
1.7. Escribano general de gobierno, escribano adscripto superior	102
1.8. Jefes y subjefe de policía	102
1.9. Jefe y subjefe del servicio penitenciario	107
2. Funcionarios excluidos de la ley 10.430 por estar previsto su nombramiento y/o remoción en la Constitución	107
2.1. Gobernador, vicegobernador, miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, diputados y senadores	107
2.2. Titulares de los organismos previstos en los capítulos VI y VII de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires	109
2.2.1. Fiscal de Estado	109
2.2.2. Contador general de la provincia de Buenos Aires	111
2.2.3. Tesorero y subtesorero general de la provincia	112
2.2.4. Miembros del Tribunal de Cuentas	114
2.3. Defensor del pueblo de la provincia de Buenos Aires	115
2.4. Organismos de composición mixta: Junta Electoral, Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento	117
2.4.1. Junta Electoral	117
2.4.2. Consejo de la Magistratura	120
2.4.3. Jurado de Enjuiciamiento	125

2.5. Organismos regulados constitucionalmente dentro del sistema educativo ..	127
2.5.1. Dirección General de Cultura y Educación	127
2.5.2. Consejo General de Cultura y Educación	128
2.5.3. Consejos escolares	129
2.6. Régimen municipal: autonomía del régimen de los empleados municipales	133
3. Funcionarios cuyas condiciones de nombramiento y/o remoción han sido previstas por las leyes	135
3.1. Directorio del Banco de la Provincia de Buenos Aires	135
3.2. Directores del Instituto Obra Médico Asistencial	136
3.3. Directorio del Instituto de Previsión Social	138
3.4. Autoridades de la Comisión de Investigaciones Científicas	139
3.5. Ente Administrador Astillero Río Santiago	141
3.6. Presidente del Patronato de Liberados	141
3.7. Universidad Provincial del Sudoeste	142
3.8. Corporación de Fomento del Valle Bonaerense del Río Colorado	144
3.9. Instituto Cultural de la Provincia de Buenos Aires	146
3.10. Dirección de Vialidad	147
3.11. Presidente del Servicio Provincial de Agua Potable y Saneamiento Rural	148
3.12. Instituto de la Vivienda	148
3.13. Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires (OCEBA)	149
3.14. Comisión Provincial de la Memoria	150
3.15. Autoridad del Agua	151
3.16. Organismo de Control de Aguas de Buenos Aires (OCABA)	151
3.17. Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario	153
3.18. Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de las policías de la provincia de Buenos Aires	154
3.19. Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires	155
3.20. Jefe de policía comunal	158
3.21. Director ejecutivo de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires	160
4. Personal amparado por regímenes especiales	160
4.1. Personal docente de la Dirección General de Cultura y Educación	161
4.2. Personal de la policía de la provincia de Buenos Aires	162
4.3. Personal del Servicio Penitenciario	162
4.4. Carrera profesional hospitalaria, ley 10.471	163
4.5. Personal de los establecimientos de salud de la provincia de Buenos Aires, ley 11.759	163
4.6. Personal técnico gráfico, ley 10.449	164
4.7. Investigador científico tecnológico, decreto-ley 9688/1981	164
4.8. Personal de investigación y desarrollo, ley 13.487	165
4.9. Personal del OCABA, Autoridad del Agua y SPAR, ley 10.384	165
4.10. Actividades artísticas, técnicas y complementarias, ley 12.268	166
4.11. Personal docente de minoridad, ley 10.648	166
4.12. Personal de la Dirección de Vialidad, ley 10.328	167
4.13. Clero oficial, decreto-ley 8815/1977	167
4.14. Personal transferido de la Administración General de Puertos Sociedad del Estado a la Dirección Provincial de Actividades Portuarias	168

4.15. Personal ferroviario transferido.....	168
4.16. Personal transferido de AFNE SA por Astilleros Río Santiago a la provincia de Buenos Aires.....	169
4.17. Personal transferido de casinos.....	169
4.18. Personal de OCEBA.....	171
4.19. Personal del Banco Provincia.....	171

CAPÍTULO V

INGRESO A LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

I. Nacimiento de la relación de empleo público	173
1. Sujetos de la relación de empleo público	173
2. Delimitación de las autoridades que realizan los nombramientos	175
3. La Administración Pública como uno de los sujetos de la relación de empleo público.....	177
4. Atribución constitucional en cabeza del Poder Ejecutivo para nombrar a los agentes de la Administración Pública como principio general	178
5. Distinción entre regulación legal de los requisitos para el ingreso y potestad para nombrar y remover a los agentes públicos	178
6. Supuestos de excepción al principio general de exclusividad en la designación de agentes públicos por parte del Poder Ejecutivo	180
6.1. Nombramiento de personal por parte de un ente descentralizado. Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires	180
6.2. Conformación legislativa del directorio del IOMA	180
6.3. Cajas de previsión social.....	181
6.3.1. Instituto de Previsión Social.....	181
6.3.2. Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de las policías de la provincia de Buenos Aires.....	182
6.3.3. Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires.....	182
6.4. Conformación del directorio de organismos de control de servicios públicos con participación de usuarios y consumidores.....	183
6.4.1. Sindicatura de Usuarios.....	184
6.4.2. Directorio del OCABA.....	184
6.5. Transformación de un cargo por nombramiento en uno electivo. Jefe de Policía de Seguridad Comunal	185
6.6. Órganos consultivos, disciplinarios o de evaluación	185
6.6.1. Junta de Disciplina. Ley 10.430	186
6.6.2. Consejo Asesor de Persona. Ley 10.430	186
6.6.3. Juntas sectoriales y central de calificaciones, ascensos y promociones. Ley 10.430	187
6.6.4. Tribunales de clasificación central y descentralizados. Ley 10.579.....	188
6.6.5. Tribunal de disciplina. Ley 10.579.....	189
6.6.6. Junta mixta permanente. Ley 10.384 Estatuto del Personal de Obras Sanitarias.....	189
6.6.7. Comisión Permanente de Estatuto Escalafón. Ley 10.328. Personal de Vialidad	190
6.6.8. Comisión Permanente de Carrera Profesional Hospitalaria. Ley 10.471	190
6.6.9. Comisión Asesora de Trabajo Hospitalaria. Ley 11.759. Estatuto para el Personal de Establecimientos de Salud Carrera Hospitalaria	191

6.6.10. Comisión Asesora Honoraria. Decreto-ley 7385/1968. Comisión de Investigaciones Científicas.....	191
6.6.11. Junta de Calificación. Decreto-ley 9688/1981 de la Carrera de Investigador Científico y Tecnológico	191
6.6.12. Consejo Provincial de Educación y Trabajo (COPRET). Ley 13.688	192
6.6.13. Agencia de Acreditación de Competencias Laborales. Ley 13.688 ...	193
7. Análisis de la atribución legislativa para excepcionar el principio general para el nombramiento del personal de la Administración Pública	194
8. Nombramientos del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Impedimento en el ámbito de la provincia de Buenos Aires de designaciones en comisión.....	196
II. Conformación de la relación de empleo público.....	196
1. Derecho al empleo y derechos del empleo.....	196
2. Consumación del acuerdo de voluntades	197
3. Exigibilidad de derechos al empleo	199
4. Nuestra posición.....	201
5. Acto de nombramiento y acto de toma de posesión.....	202
6. Situaciones previas al nombramiento.....	203
7. Derecho al empleo. Fundamento constitucional. Acceso igualitario para todos los habitantes con base en la idoneidad	203
8. Consagración expresa del derecho al empleo en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.....	203
9. Corrimiento de la garantía de acceso a los cargos públicos en virtud de principios garantizados por el derecho supranacional.....	204
10. Autolimitación normativa.....	206
11. Alcances del derecho al empleo	206
III. Designación de los agentes estatales.....	207
1. Sistemas de designación	207
2. Sistema de nombramiento.....	208
3. Modalidades del sistema de nombramiento	211
3.1. Nombramiento discrecional	211
3.2. Nombramiento condicionado	211
3.3. Nombramiento que deberá respetar los requisitos exigidos al candidato ...	211
3.4. Nombramiento condicionado por la exigencia de un procedimiento determinado	211
3.5. Nombramiento condicionado por la necesaria participación de otro organismo	212
3.6. Nombramiento condicionado por un concurso	212
3.7. Nombramiento condicionado por la exigencia de elegir entre determinados candidatos	214
4. Legitimación jurisdiccional para impugnar los actos del trámite concursal.....	215
5. Sistema de designación por elección	215
5.1. Consejeros escolares	216
5.2. Integrantes de tribunales de clasificación	216
5.3. Integrantes del directorio de la Caja de Subsidios y Pensiones del personal del Banco Provincia.....	217
5.4. Jefe de Policía Comunal.....	217
6. Fundamento de la excepción al sistema de designación por nombramiento	217
7. Sistema de selección por sorteo	218
8. Exigencia de idoneidad para el acceso a los cargos públicos	220
9. Reglamentación del requisito de la idoneidad	223
10. Distintas facetas de la idoneidad.....	223

IV. Regulación legal de los requisitos para el ingreso a la función pública	224
1. Análisis particular de los requisitos para el ingreso a la función pública.....	226
2. Idoneidad técnica.....	227
2.1. Período de prueba e idoneidad técnica	228
2.2. Previsión estatutaria del sistema de selección por acreditación de idoneidad técnica en la provincia de Buenos Aires.....	228
2.2.1. Ley 10.471. Carrera médico hospitalaria	228
2.2.2. Carrera de investigador científico y tecnológico. Decreto-ley 9688/1981	230
2.2.3. Estatuto del docente. Ley 10.579	232
2.3. Idoneidad técnica en la ley 10.430 —acreditación de estudios—. Necesidad de instrucción básica.....	232
2.4. Mecanismo de selección previsto en la ley 10.430. Necesidad de ingreso en la categoría inferior.....	234
2.4.1. Acreditación de la idoneidad a través del mecanismo concursal.....	235
3. Idoneidad moral	238
3.1. Idoneidad positiva	240
3.2. Idoneidad moral negativa	241
3.2.1. Inhabilidades e incompatibilidad para acceder a los cargos públicos	241
3.2.1.1. Incompatibilidad.....	241
3.2.1.2. Inhabilidad	244
3.2.2. Inhabilidad por sanción expulsiva	244
3.2.3. Inhabilidad por condena por delito doloso de naturaleza infame.....	246
3.2.4. Inhabilidad para quienes resulten condenados por su condición de agentes públicos.....	247
3.2.5. Inhabilidad por concurso o quiebra	247
3.2.6. Imposibilidad de ingreso por inhabilidades e incompatibilidades en general	251
3.2.6.1. Inhabilidades e incompatibilidades en la Constitución Nacional	251
3.2.6.2. Inhabilidades e incompatibilidades en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.....	251
3.2.6.3. Incompatibilidad para ejercer dos o más empleos a sueldo en el ámbito público	252
3.2.6.4. Incompatibilidades en la ley 10.430.....	254
3.2.6.5. Incompatibilidad para quien goza de un haber de pasividad	254
3.2.6.6. Incompatibilidades en la Ley de Ministerios.....	255
3.2.7. Inhabilidad por retiro voluntario	256
3.2.8. Violación a las leyes de enrolamiento	256
3.2.9. Violación a las leyes electorales	258
4. Idoneidad psicofísica.....	259
5. Idoneidad vs. edad	260
6. Idoneidad vs. ciudadanía	262
7. Religión y género como requisitos para el ingreso al empleo público.....	266
8. Idoneidad institucional	267
9. Período a prueba y nombramiento de personal	271
9.1. Nombramiento.....	271
9.2. Provisionalidad.....	272
10. Determinación de cuando un agente debe ser considerado en situación de actividad	274
11. Art. 9°. Deber de confeccionar un legajo único en el ámbito de la Administración Pública provincial.....	275

V. Jurisprudencia vinculada a la constitución de la relación de empleo pública	277
1. Período de prueba	278
1.1. Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires	278
2. Motivación de los actos decisorios en mecanismos de selección de cargos públicos	289
2.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	289
2.2. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires	291
3. Idoneidad y aptitud psicofísica	299
3.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	299
4. La nacionalidad como condición para el ingreso a un cargo público	300
4.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	300
4.2. Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires	310
4.3. Jurisprudencia de los juzgados en lo contencioso administrativo de la provincia de Buenos Aires	318
4.4. Jurisprudencia de otras jurisdicciones	318
5. La edad como requisito de idoneidad	320
5.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	320
5.2. Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires	326
5.3. Jurisprudencia de las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires	328
5.4. Jurisprudencia de otras jurisdicciones	331
6. Idoneidad y discapacidad	333
6.1. Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires	333
6.2. Jurisprudencia de los juzgados contencioso administrativos de la provincia de Buenos Aires	336
6.3. Jurisprudencia de otras jurisdicciones	336
7. Idoneidad y aptitud moral	337
7.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación	337
7.2. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires	342
7.3. Jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral	346
8. El domicilio como requisito de idoneidad	347
8.1. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires	347
9. Restricciones al requisito de la idoneidad por profesar ideas políticas	352
9.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (período no democrático)	352
10. Idoneidad y acceso al cargo por vínculo de parentesco	353
10.1. Jurisprudencia de otras jurisdicciones	353

CAPÍTULO VI

LOS DERECHOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS BONAERENSES

I. Presentación	355
1. Hacia una nueva visión sobre los derechos de los trabajadores públicos	355
2. Enumeración legislativa de los derechos de los empleados públicos bonaerenses	356
II. Derecho a la estabilidad	357
1. Concepto	357
2. Antecedentes constitucionales	357
3. Su regulación en la ley de empleo público provincial	359
3.1. El traslado	359
3.2. Los pases temporarios o comisiones	360

3.3. La reserva de cargo.....	361
3.4. La reubicación	361
4. Alcances. Jurisprudencia.....	363
4.1. Conceptualización jurisprudencial.....	363
4.2. Derecho de carácter operativo no absoluto	363
4.3. La estabilidad de los agentes nombrados irregularmente.....	364
4.4. La estabilidad de las designaciones interinas o provisorias.....	365
4.5. La estabilidad del personal de planta temporaria.....	365
4.6. La estabilidad frente a los beneficios previsionales.....	368
4.7. Los traslados frente al derecho a la inamovilidad.....	369
5. La estabilidad propia e impropia luego de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa "Madorrán".....	370
6. La estabilidad sindical.....	372
III. El derecho a la carrera administrativa.....	372
1. Concepto	372
2. La carrera administrativa en la ley de empleo público provincial.....	373
2.1. Definición legal	373
2.2. El concurso público como forma de ascenso en la carrera administrativa.....	374
2.3. La ley 13.714 de suspensión de las normas de la ley de empleo público referidas a la cobertura de vacantes	375
2.4. Evaluación y calificación de los empleados públicos provinciales	376
3. La estructura escalafonaria de la Administración Pública provincial.....	376
3.1. Escalafón: agrupamientos, clases y grados.....	376
3.1.1. Personal de servicio.....	377
3.1.2. Personal obrero.....	377
3.1.3. Personal administrativo.....	378
3.1.4. Personal técnico.....	379
3.1.5. Personal profesional	380
3.1.6. Personal jerárquico.....	381
3.2. Cargos y planteles.....	382
4. El Consejo Asesor de Personal y la Junta Central de Calificaciones, ascensos y promociones	382
5. Ascensos, promociones y cambios de agrupamiento	384
5.1. Cambio de agrupamiento.....	384
5.2. Ascenso	385
5.3. Promoción.....	386
5.4. Ley 13.699. Desempeño interino de funciones jerárquicas. Reubicación a petición del interesado.....	387
IV. Derecho a una retribución justa.....	388
1. Concepto	388
2. Su regulación en la ley de empleo público provincial	390
3. Retribuciones	391
3.1. El sueldo.....	391
3.2. Adicional por antigüedad	391
3.3. Adicional por destino	392
3.4. Sueldo anual complementario	392
3.5. Bonificaciones especiales y/o premios.....	393
3.6. Adicional por función.....	393
3.7. Adicional por disposición.....	393
3.8. Retribución especial	394
3.9. Adicional por productividad y eficiencia (sistema URPE).....	394

4. Horas extras	395
5. Compensaciones	399
5.1. Compensaciones por el cumplimiento de órdenes de servicios.....	399
5.1.1. Viáticos	399
5.1.2. Movilidad	399
5.1.3. Cambio de destino	400
5.1.4. Gastos de representación	400
5.2. Compensación por licencia para descanso anual no gozada.....	400
6. Subsidios	401
7. Indemnizaciones	403
7.1. Indemnización por enfermedad profesional o accidente laboral.....	404
7.2. La ley 24.577 de Riesgos del Trabajo.....	404
7.3. Indemnización por supresión del cargo (disponibilidad).....	406
8. Carácter alimentario del sueldo	406
9. El concepto de retribución justa, el salario mínimo, vital y móvil y el principio de igual retribución por igual tarea.....	407
10. La inequidad salarial como una forma de violencia laboral (ley 13.168).....	409
11. Protección internacional del salario	410
11.1. El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales	410
11.2. El Protocolo de San Salvador.....	410
11.3. Normas de la OIT	411
11.4. El Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción	411
12. Las sumas no remunerativas y no bonificables. Su legalidad.....	412
13. La remuneración de los secretarios privados	414
V. Derecho a las licencias y permisos	414
1. La licencia y el permiso. Diferencias.....	414
2. Licencias	415
2.1. Licencia por descanso anual	415
2.1.1. Derecho a vacaciones pagas	416
2.1.2. Obligatoriedad de uso y pérdida del derecho	417
2.2. Licencia por matrimonio	419
2.3. Licencia por maternidad, paternidad y alimentación y cuidado del hijo.....	420
2.3.1. Derechos de la madre	420
2.3.2. Derechos del padre	421
2.3.3. Licencia por alimentación y cuidado de hijo.....	421
2.3.4. Situación de excedencia	422
2.4. Licencia por adopción	422
2.5. Licencia por razones de enfermedad o accidente de trabajo	423
2.5.1. Organismo de aplicación: la Dirección de Reconocimientos Médicos ..	424
2.5.2. Procedimiento de otorgamiento de la licencia y control	424
2.5.3. Procedimiento en caso de accidente de trabajo	426
2.5.4. Prohibición de efectuar otras actividades durante la licencia.....	426
2.5.5. Examen médico y obligación de aviso	426
2.6. Licencia por atención de familiar enfermo	427
2.7. Licencia por donación de órganos, piel o sangre.....	427
2.8. Licencia por duelo familiar.....	428
2.9. Licencia por incorporación a las Fuerzas Armadas o de seguridad como oficial o suboficial de reserva	429
2.10. Licencia por razones políticas y gremiales	429
2.11. Licencia por preexamen, examen o integrar mesa examinadora	430

2.12. Licencia decenal	431
3. Permisos	432
3.1. Permiso académico	432
3.2. Permiso por actividad deportiva o cultural	432
3.3. Permiso para casos especiales	433
VI. Derechos sociales	434
1. Asistencia sanitaria y social	434
1.1. Regulación legal	434
1.2. La seguridad social	434
2. El derecho a la salud del trabajador y su protección legal	434
2.1. La prestación de salud del IOMA	434
2.2. La exclusión definitiva del IOMA como sanción disciplinaria. Su inconstitucional	437
2.3. La protección legal de las personas discapacitadas y su influencia en el régimen de empleo público (ley 10.592)	438
2.4. La protección de la salud psíquica del trabajador. Ley de Violencia Laboral (ley 13.168)	439
3. Derecho a ropas y útiles de trabajo	441
4. Derecho a la capacitación y menciones	442
4.1. Capacitación	442
4.2. Funciones del IPAP	442
4.3. Derecho a las menciones	444
VII. Derechos previsionales	444
1. El derecho a una jubilación en la LEPBA	444
2. Régimen previsional de la provincia de Buenos Aires (dec.-ley 9650/1980)	444
3. Régimen de prestaciones previsionales para agentes discapacitados (ley 10.593)	445
4. Retiro voluntario	446
5. Pasividad anticipada	446
VIII. Derechos colectivos	447
1. Los derechos colectivos de los empleados públicos: agremiación y huelga	447
2. Los convenios colectivos de trabajo en la relación de empleo público	451
3. La incorporación en la Constitución bonaerense del organismo imparcial de resolución de conflictos colectivos entre el Estado provincial y los trabajadores estatales	451
4. Regulación normativa en la LEPBA	452
5. La sindicalización. Protección internacional del derecho de sindicación	452
6. El contenido de las negociaciones colectivas	454
6.1. Aspectos sociales de las condiciones laborales	454
6.2. La salud laboral	456
6.3. La particularidad de "lo social" en el trabajo administrativo del sector público	458
6.4. Accidentes y enfermedades laborales en el trabajo administrativo del sector público	459
7. La negociación colectiva de trabajo en el sector público bonaerense (ley 13.453)	460
8. Los convenios colectivos de trabajo en el sector público bonaerense	464
8.1. Naturaleza jurídica de los convenios colectivos de trabajo del sector privado	464
8.2. Los convenios colectivos del sector público	465
9. El derecho de huelga	465
10. La huelga y los servicios públicos esenciales	467

CAPÍTULO VII
DEBERES Y PROHIBICIONES

I. Situaciones pasivas en la relación de empleo público.....	469
1. Contrato de empleo público y potestades	470
2. Potestades inherentes a la relación de empleo público	471
3. Relaciones de sujeción especial y empleo público	473
4. Diferencia entre deber jurídico y obligación en el marco de la relación de empleo público	475
5. Contenido valorativo como factor distintivo de los deberes en la relación de empleo público	477
6. El concepto de deber	479
7. Clases de deberes de los agentes estatales	480
8. El concepto de deber en la ley 10.430	482
II. Deberes regulados en la ley 10.430.....	483
1. Prestación de servicios	483
2. Deber de obediencia.....	490
2.1. Límites al deber de obediencia	491
2.2. Deber de obediencia a decisiones judiciales	495
2.3. El deber de obediencia en la ley 10.430.....	497
3. Deber de reserva	498
3.1. Deber de guardar secreto.....	499
3.2. Deber de guardar secreto por estado, oficio o profesión	502
3.2.1. Justa causa y deber de secreto profesional	503
3.2.2. Posiciones divergentes en torno a la “justa causa”	505
3.2.3. Posición que hace prevalecer al art. 156, CPen.....	505
3.2.4. Posición que hace prevalecer el deber de denunciar delitos de acción pública.....	508
3.3. Situación del profesional o auxiliar de la medicina.....	509
3.4. Nuestra opinión.....	510
3.5. Deber de guardar secreto previsto en las leyes. Revelación de secreto oficial....	511
3.5.1. El deber de guardar secreto en la provincia de Buenos Aires	513
3.5.2. Ley 23.526 de Protección de los Datos Personales	517
3.5.2.1. Acceso ilegítimo a un banco de datos personales o revelación ilegítima desde éste	517
3.5.2.2. Aplicación de la ley 25.326 al ámbito provincial.....	518
3.5.3. Deber de guardar secreto para supuestos específicos regulados en el Código Penal	519
3.6. Jurisprudencia en la provincia de Buenos Aires relativa al deber de guardar secreto	520
3.6.1. Jurisprudencia de instancias de grado en la provincia de Buenos Aires....	520
3.6.2. Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires	522
3.7. Jurisprudencia nacional relativa al deber de guardar secreto profesional.....	527
3.7.1. Jurisprudencia nacional de tribunales de grado	527
3.7.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	531
3.8. Deber de reserva	534
3.9. Deber de reserva y publicidad de los actos de gobierno.....	535
3.10. Alcances del deber de reserva.....	538
3.11. Sanción penal al incumplimiento del deber de reserva	538
4. Deber de cuidado del patrimonio estatal.....	539
5. Deber de comportarse correctamente dentro y fuera de su trabajo.....	544

6. Deber de atender correctamente a los administrados.....	545
7. Deber de mantener un buen trato con sus compañeros.....	546
8. Deber de conocimiento de las normas que lo rigen.....	547
9. Deber de capacitarse.....	548
10. Deber de denunciar las irregularidades administrativas que llegaren a su conocimiento.....	552
11. Deber de mantener un compromiso democrático.....	556
12. Deber de declarar su patrimonio.....	558
13. Deber de excusarse.....	559
14. Deber de declarar actividades laborales.....	561
15. Deber de declarar su domicilio real.....	562
16. Deber de declarar en sumarios administrativos.....	564
17. Deber de respetar la vía jerárquica.....	566
III. Prohibiciones reguladas en la ley 10.430.....	566
1. Prohibición de percibir beneficios económicos no autorizados.....	567
2. Prohibición de exceder intencionalmente su competencia.....	569
3. Prohibición de tener vínculos contractuales en forma directa o indirecta.....	569
4. Prohibición de mantener vínculos patrimoniales con personas que mantengan relaciones contractuales con la Administración provincial o estén bajo fiscalización de la dependencia que integra.....	570
5. Prohibición de expresarse en forma negativa respecto de las autoridades de la Administración o de sus actos.....	572
6. Prohibición de utilizar bienes o servicios del Estado en su provecho.....	572
7. Prohibición de practicar la usura.....	573
8. Prohibición de circular o promover suscripciones o donaciones.....	575
9. Ejercer actividades comerciales dentro del ámbito de la Administración Pública.....	575
10. Prohibición de promoción o aceptación de homenajes.....	575
11. Prohibición de actuar como gestor o patrocinante en el ámbito administrativo o judicial de tareas a su cargo.....	576
12. Prohibición de realizar gestiones inherentes a la relación de empleo fuera del canal jerárquico.....	576
13. Prohibición de uso indebido de la credencial.....	577
14. Prohibición de exigir adhesiones políticas, religiosas o sindicales a otros agentes.....	577
15. Prohibición de hacer abandono de tareas.....	578

CAPÍTULO VIII
RÉGIMEN DISCIPLINARIO

I. Responsabilidad del agente estatal.....	579
1. Especies.....	579
2. El régimen disciplinario y su encuadre normativo.....	581
3. Ubicación del derecho disciplinario.....	581
4. Potestad disciplinaria.....	587
4.1. Análisis de las posturas expuestas.....	593
5. La potestad como deber.....	594
6. Consagración de la potestad disciplinaria en la provincia de Buenos Aires.....	594
6.1. Previsión legislativa de la potestad disciplinaria en el Poder Judicial.....	596
6.1.1. Regulación reglamentaria de la potestad disciplinaria en el Poder Judicial.....	597

6.1.2. Potestad disciplinaria y Cámaras de Apelación.....	600
6.1.3. Situación del Ministerio Público.....	603
6.2. Potestad disciplinaria en el Poder Legislativo.....	603
6.2.1. Regulación de la potestad disciplinaria respecto del personal de la Cámara de Senadores.....	604
6.2.2. Regulación de la potestad disciplinaria respecto del personal de la Cámara de Diputados.....	604
6.3. Tratamiento de la potestad disciplinaria en los distintos regímenes estatutarios de la Administración Pública provincial.....	604
6.4. Supuestos en que se ha asignado legislativamente a autoridades subordinadas al gobernador la atribución de remover agentes de la Administración Pública.....	609
6.4.1. Régimen disciplinario para el personal de establecimientos de salud carente hospitalaria.....	609
6.4.2. Régimen disciplinario para el personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires.....	610
6.4.3. Razonabilidad en la atribución legislativa de potestad disciplinaria a otras autoridades diferentes al gobernador.....	610
6.5. Situación de agentes pertenecientes a la Administración Pública provincial donde el régimen disciplinario no ha sido regulado expresamente.....	612
6.5.1. Alcances de las garantías procedimentales y procesales de acuerdo con nuestro marco constitucional.....	613
6.6. Falta de previsión de régimen disciplinario para agentes que no pertenecen al Poder Ejecutivo.....	615
II. Régimen disciplinario.....	615
1. Principio de legalidad.....	615
2. La falta administrativa.....	617
3. Sanción disciplinaria.....	618
4. Sanciones correctivas.....	621
4.1. Incumplimientos reiterados fijados por las leyes y los reglamentos.....	621
4.2. Inasistencias injustificadas.....	622
4.3. Falta de respeto a los superiores, iguales, subordinados o al público.....	627
4.4. Negligencia en el cumplimiento de sus tareas o funciones.....	627
4.5. Incumplimiento de los deberes y prohibiciones previstos en los arts. 78 y 79 de la ley cuando no revistan gravedad para aplicar sanciones expulsivas.....	629
5. Sanciones de cesantía.....	629
5.1. Abandono de servicio por ausencias injustificadas.....	629
5.2. Faltas reiteradas en el cumplimiento de sus tareas o falta grave respecto de los otros agentes o el público.....	631
5.3. Inconducta notoria.....	632
5.4. Incumplimiento de las obligaciones determinadas en el art. 78 o quebrantamiento de las prohibiciones determinadas en el art. 79 cuando a juicio de la autoridad administrativa por la magnitud y gravedad de la falta así correspondiera.....	632
5.5. Incumplimiento intencional de órdenes legal y fehacientemente impartidas..	632
5.6. Inasistencias injustificadas reiteradas que excedan de diez días discontinuos en los doce meses inmediatos anteriores.....	632
5.7. Concurso civil o quiebra no causal, salvo caso debidamente justificado por la autoridad administrativa.....	633
6. Sanción de exoneración.....	640
6.1. Falta grave que perjudique material o éticamente a la Administración.....	640

6.2. Sentencia condenatoria dictada contra el agente como autor, cómplice o encubridor por delito contra la Administración o delito grave de carácter doloso de acuerdo con el Código Penal	641
6.2.1. Sentencia condenatoria dictada contra el agente como autor, cómplice o encubridor por delito contra la Administración.....	641
6.2.2. Sentencia condenatoria dictada contra el agente como autor, cómplice o encubridor por delito grave de carácter doloso	643
6.3. Las previstas en las leyes especiales.....	647
6.4. Pérdida de la nacionalidad, conforme a las leyes que reglan la materia.....	648
6.5. Imposición de pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para la función pública.....	652
7. Sanciones disciplinarias por inasistencias injustificadas y sin aviso	657
8. Carácter enunciativo de las sanciones previstas en los arts. 82 a 85	658
9. Procedimiento abreviado para sanciones correctivas leves	659
10. Denuncia e inicio del procedimiento sumarial ordinario.....	659
11. Motivación de los actos sancionatorios	661
12. Condición suspensiva de los ascensos o promociones de los agentes sumariados	662
13. Extinción de la potestad disciplinaria	663
13.1. Fallecimiento del agente	663
13.1.1. Extinción por desvinculación del agente con la Administración.....	664
13.2. Extinción de la potestad disciplinaria por prescripción.....	671
13.3. Causales de suspensión e interrupción de la prescripción.....	674
14. Principio <i>non bis in idem</i>	676
III. Procedimiento sumarial	679
1. Procedimiento sumarial	691
2. Orden de sumario.....	692
3. Sumario y acciones presumariales	693
4. Instrucción del sumario.....	693
5. Plazos de sustanciación de los sumarios.....	694
6. Instructores.....	694
7. Trámite de la recusación	697
8. Secreto de sumario.....	698
9. Actuaciones en general	704
10. Notificaciones, citaciones y emplazamientos	705
11. Medios de prueba	707
11.1. Declaración del inculpado.....	708
11.2. Prueba confesional	710
11.3. Prueba testimonial	711
11.4. Careo.....	713
11.5. Prueba pericial.....	714
11.6. Prueba documental	716
11.7. Prueba informativa	717
11.8. Prueba de reconocimiento.....	718
11.9. Diligenciamiento y disposiciones comunes.....	718
12. Conclusión de la prueba de cargo	718
13. Procedimiento de descargo y derechos de los imputados.....	720
13.1. Derecho de defensa y contenido del auto de imputación.....	722
13.2. Disposiciones comunes a la etapa de descargo	723
14. Cierre del sumario.....	723
15. La Junta de Disciplina.....	724
15.1. Composición de la Junta de Disciplina.....	726

16. Intervención de la Asesoría General de Gobierno y de la Fiscalía de Estado..	727
17. Pase de la causa a definitiva.....	729
18. Suspensión preventiva y disponibilidad relativa.....	729
18.1. Disponibilidad relativa.....	731
18.2. Suspensión preventiva.....	732
18.3. Disposiciones comunes a ambas medidas.....	733
18.4. Efectos de la sanción aplicada sobre la suspensión preventiva.....	734
19. Autoridades competentes para aplicar sanciones disciplinarias.....	735
20. Resolución final.....	736
20.1. Valoración de la prueba.....	738
20.2. Principios aplicables para la apreciación de la falta.....	739
20.2.1. Aplicación del principio de ley más benigna.....	739
20.2.2. Principio de prohibición de aplicación de leyes <i>ex post facto</i>	740
20.2.3. Principio de presunción de inocencia.....	743
20.3. Criterios para la elección y graduación de la sanción.....	744
21. Extensión de la sanción expulsiva.....	746
22. Reincidencia.....	748
23. Reintegro de haberes en caso de resolución favorable.....	749
24. Sobreseimiento.....	750
25. Impugnabilidad de la resolución sancionatoria.....	753
26. Revisión de la sanción.....	758
27. Términos en el procedimiento disciplinario.....	760
IV. Jurisprudencia vinculada al ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración.....	764
1. Medidas preventivas en el procedimiento disciplinario.....	764
1.1. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	764
1.2. Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.....	765
1.3. Jurisprudencia de las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires.....	770
1.4. Jurisprudencia de los Juzgados en lo Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires.....	770
2. Sanciones correctivas.....	772
2.1. Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.....	772
2.2. Jurisprudencia de los Juzgados en lo Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires.....	780
3. Sanción de cesantía.....	786
3.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	786
3.2. Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.....	813
3.3. Jurisprudencia de las Cámaras en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires.....	863
3.4. Jurisprudencia de los Juzgados en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires.....	870
4. Sanción de exoneración.....	873
4.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.....	873
4.2. Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.....	879
4.3. Jurisprudencia de las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires.....	897
4.4. Jurisprudencia de los Juzgados en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires.....	898

CAPÍTULO IX

EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

I. Formas generales de extinción	903
II. Disponibilidad	903
1. Concepto	903
2. Disponibilidad absoluta	906
3. Disponibilidad relativa	907
III. Cese	907
1. Concepto	907
2. Causales en la Ley de Empleo Público provincial	908
2.1. Agente provisional que no adquiere estabilidad	908
2.2. Renuncia	909
2.3. Fallecimiento	910
2.4. Agotamiento de licencias	911
2.5. Supresión del cargo	912
2.6. Incompatibilidad o inhabilidad del agente	912
2.7. Jubilación ordinaria o por edad avanzada	913
2.8. Pasividad anticipada y retiro voluntario	913
2.9. Exoneración o cesantía. Remisión	913
2.10. Vencimiento del plazo para obtener la ciudadanía	913
2.11. Ocultamiento de impedimentos para el ingreso	914
2.12. Calificaciones insuficientes	914
3. Causales de cese en las funciones jerarquizadas	914

PRÓLOGO

Los autores de la presente obra, Pablo O. Cabral y Marcelo J. Schreginger, me han honrado con el pedido de este prólogo. Me une con ellos una larga amistad que ha tenido su origen en los cursos correspondientes a la licenciatura de derecho administrativo en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, en donde se advirtieran sus aptitudes para la investigación científica en el derecho y los nobles valores que exteriorizan en su conducta, los cuales, sin duda, fundamentan que ambos enaltezcan la magistratura judicial.

La construcción teórica de los autores puede comprenderse en una línea de pensamiento crítica respecto del sistema del “régimen administrativo”: “El régimen contractual de empleo público no puede ser exorbitante de la Constitución Nacional y Provincial...”, crítica que se extiende en la doctrina perteneciente a otras disciplinas jurídicas (p. ej., Horacio H. de la Fuente), en la que se denuncia la “tradición autoritaria” en la relación de empleo público encuadrada en el derecho administrativo (“La privatización del empleo público”, LL del 14/3/2001).

Asimismo, se advierte que en un terreno en el cual el derecho administrativo ha ejercido tradicionalmente “un monopolio” en el tratamiento del tema, el derecho laboral comienza a desmoronar ese “reinado”, receptándose sus principios y reglas en el derecho de los tratados y en la jurisprudencia sobre derechos humanos; en tal orden de ideas se expresa en la actualidad que el encuadramiento de la relación de empleo público en el derecho administrativo pierde su exclusividad (CORNAGLIA, Ricardo - VALENTE, Gastón, “El reconocimiento progresivo de los derechos sociales de los trabajadores”, RAP, Buenos Aires, año I, nro. 6, septiembre de 2003). Como bien se ha dicho, resulta clara “...la existencia de una tensión en el mundo de las calificaciones jurídicas: sociológicamente, el funcionario es un trabajador más; pero el carácter público del empresario a que sirve ha aconsejado proveerle de un régimen jurídico especial distinto del laboral común” (SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso, *Apuntes de derecho administrativo*, Madrid, 1978).

En este orden de consideraciones, surge que sólo a los trabajadores de las empresas del Estado se los ha encuadrado en el régimen laboral respondiendo a una política de mayor flexibilidad.

No obstante ello, como expresan los autores, se manifiesta un avance o una expansión del derecho a la negociación colectiva, el derecho a la sindicación y el derecho a la huelga.

Al respecto nos preguntamos: ¿estamos en ciernes de la formación de un derecho laboral público “...distinto del administrativo pero no idéntico al régimen común de los trabajadores privados”?, como ha sugerido Ricardo A. Guibourg, o quizás, simplemente, sin traer a colación superados planteos de autonomía científica, ante

la necesaria coexistencia de principios jurídicos que se entrecruzan en la relación de empleo público, como entiendo se sostiene en la presente obra.

Considero que la expansión del derecho a la negociación colectiva, el reconocimiento de los derechos sociales a los agentes del sector público, no importa el comienzo de la despublicación general del sistema jurídico de derecho público, aplicable en grado sustancial a la función pública.

En España, la doctrina ha defendido el encuadramiento jurídico de la relación de empleo público en el derecho administrativo; en tal sentido, el profesor español José Ramón Parada Vázquez ha dicho: "La aplicación del régimen laboral a las Administraciones Públicas puede entenderse también que es contraria al principio de jerarquía que proclama el art. 103 de la Constitución y que se asegura a través de la ordenación en grados personales de los funcionarios y de una específica potestad disciplinaria, no aplicable a las relaciones laborales en iguales términos. En cuanto al principio de eficacia, que igualmente sanciona la Constitución, parece garantizado en mejor medida con un régimen de derecho administrativo creado e interpretado, lo mismo que la jurisdicción contencioso administrativa, en función de asegurar la prioridad y superioridad de los intereses y necesidades del servicio, que un régimen laboral nacido, igual que su jurisdicción, con una finalidad tuitiva y protectora de los intereses de los trabajadores, y a cuya defensa se subordinan los intereses de la organización..."; y advierte que con la laborización o despublicación del régimen propio de los funcionarios se desvirtúan los elementos cardinales de un sistema de función pública que impide la instrumentación política del funcionario y que las potestades disciplinarias estén "...y de por vida a cubierto de posibles represalias de los subordinados..." (*Derecho administrativo, organización y empleo público*, 2ª ed., Madrid, 1988, ps. 321/325).

El primer capítulo de la obra ("Los trabajadores del Estado y su protección jurídica") responde a un método realista y crítico; una construcción que tiene como eje una dimensión humanística, que analiza la realidad político-social en el proceso histórico argentino, destacando la importancia del constitucionalismo social y la protección internacional del trabajador.

En el capítulo II, se aborda la "Naturaleza jurídica y principios de la relación de empleo público"; los autores consideran las distintas posiciones desarrolladas en la doctrina de derecho administrativo y en la de derecho laboral.

Entienden Marcelo J. Schreginger y Pablo O. Cabral que la Constitución provincial de 1994, a la luz de lo prescripto en su art. 39, inc. 4º, consagra en esa jurisdicción el carácter contractual de la relación de empleo público. Ciertamente, en materia de definiciones y de calificaciones jurídicas, como sostiene el maestro Agustín Gordillo, no cabe hacer discusiones semánticas sin finalidad práctica. No obstante ello, cabe señalar que con la teoría unilateral y estatutaria (tesis de gran aceptación en el derecho administrativo europeo y en nuestro país, por Rodolfo Bullrich y Manuel María Díez) se encontró un argumento para evitar o relativizar la invocación de los derechos adquiridos por parte de los agentes.

En una primera etapa, hemos entendido que la teoría estatutaria y unilateral representaba una calificación realista de la relación jurídica regulada en los distintos regímenes de empleo público; también habíamos reflexionado sobre el análisis crítico a la teoría del acto administrativo bilateral de Walter Jellinek, expuesta por Agustín Gordillo en su importante tratado de *Derecho administrativo* (tomo III, Cap.

IV, ps. 27 y ss. de la 9ª ed.); en tal sentido, no hallábamos argumentos tendientes a fundamentar una teoría próxima a la contractual.

Hoy puedo revisar mis ideas sobre ello, teniendo en cuenta —como expresa Guibourg— que “En rigor, todos los agentes son contratados a menos que desempeñen una carga pública, ya que el acto de designación, aparentemente imperativo no es más que la manifestación formal de la voluntad del Estado para concertar un negocio en el que la voluntad de la contraparte ha sido expresada previamente, mediante una solicitud, o se traducirá de todos modos en el efectivo desempeño del cargo por el interesado” (“Observaciones sobre el empleo público. Derecho del trabajo”, *Rev. Crítica Mensual de Jurisprudencia, Doctrina y Legislación*, t. 1994-B, La Ley).

En este orden de conceptos, también cabe ponderar que el elemento clave para determinar la existencia de un contrato está dado por la presencia de un intercambio causal de las prestaciones, y no en función de cómo se determina el contenido de la relación jurídica.

Los autores desarrollan la relación contractual en el empleo público a la luz de todos los derechos y principios de derecho social que han sido constitucionalizados.

El capítulo III se titula “Atribución constitucional de competencias en la regulación de empleo público”; sobre este aspecto de la relación de empleo público compartimos el criterio que postula la reserva de ley para la regulación de los derechos y deberes del agente público; y consecuentemente no, por vía del llamado reglamento independiente o autónomo de ley, con fundamento en la teoría de la “reserva de Administración”. En tal sentido, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires ha consagrado la política legislativa que estimamos correcta (art. 103, inc. 3, y, especialmente, el inc. 12). Asimismo, entendemos que aun la creación de órganos desconcentrados y la de entes autárquicos, sin distinciones, en cuanto involucran a una organización pública a la que se le asigna competencias para actuar con efectos *ad extra*, es decir, con efectos que trascienden socialmente, no constituye materia propia del llamado “reglamento autónomo”.

En este capítulo se trata el tema analizándose las atribuciones del Poder Ejecutivo para el nombramiento y remoción de los agentes públicos en los órganos de la Constitución y de los distintos poderes del Estado.

En el capítulo IV se expone acerca del ámbito de aplicación de la ley 10.430, las diferencias con la Ley Marco de Empleo Público Nacional, autoridades excluidas y regímenes especiales.

En el capítulo V, “Ingreso a la organización administrativa”, los autores comienzan el respectivo tratamiento del tema efectuando consideraciones relacionadas con la teoría del órgano; sobre este aspecto, cabe decir que uno de los aportes del derecho público ha sido la distinción de la relación orgánica y la relación de servicio (García Trevijano); por la primera, el funcionario actúa como órgano del Estado, ejerciendo las competencias atribuidas por el ordenamiento jurídico; en cambio, en la relación de servicio el agente se presenta como un trabajador titular de intereses distintos de los de la organización a la que pertenece. Se advierte un integral y pormenorizado análisis de las inhabilidades e incompatibilidades, y una referencia jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Nacional, de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Cámaras de Apelaciones y Juzgados de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires y de los tribunales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, especialmente respecto del período de prueba,

concursos universitarios, decisiones del Consejo de la Magistratura, sobre el concepto del requisito de idoneidad, y en general, condiciones para el ingreso a la carrera administrativa.

En el capítulo VI se abordan en modo completo “Los derechos de los empleados públicos bonaerenses”, comprendiendo también los “derechos sociales”; aquí permítasenos agregar que el derecho a la estabilidad propia (doctrina de la causa “Madorrán”, entre otras) y el derecho a la carrera administrativa han sido un gran aporte del derecho público administrativo a la función pública; con ello, se ha apuntado a la profesionalización de la burocracia y a la vigencia del principio que consagra la neutralidad administrativa del poder político, evitándose así el *spoils system*.

Es dable destacar la importancia que tiene entonces la formación de los agentes y el sistema de concursos de antecedentes y oposiciones en el ingreso, y en general en el desarrollo de la carrera administrativa.

Con el título “Deberes y prohibiciones del agente”, los autores exponen la crítica, que comparto, al concepto de “relación de sujeción especial” para ser aplicado o fundamentar las situaciones pasivas en la relación de empleo público. En rigor se trata de un concepto jurídico foráneo y arcaico; en tal sentido expresan: “Consideramos que no hay justificativo alguno para soslayar la aplicación de garantías fundamentales, de absoluta raigambre en nuestro derecho, como lo es el principio de legalidad con base en la modulación especial que deben tener determinadas relaciones, como tampoco es posible aceptar la existencia de ‘zonas de reserva’ o parcelas exentas de control judicial”.

Es dable destacar que se ha realizado un detallado análisis respecto del deber de guardar secreto profesional y las posiciones en torno a la justa causa de revelación; y una síntesis de jurisprudencia de los tribunales de grado y de los de máxima instancia, tanto a nivel nacional como provincial.

Asimismo, en relación con el “deber de reserva” los autores expresan: “Es necesario dejar sentado que el deber de reserva debe interpretarse a la luz del principio republicano de los actos de gobierno, por lo que la regla debe ser la difusión y la excepción la reserva”.

En el capítulo VIII se desarrolla el régimen disciplinario del agente estatal, comprendiendo un análisis de las distintas posiciones de la doctrina en lo que concierne a la naturaleza jurídica del derecho disciplinario, actualmente regulado por el derecho administrativo material y procedimental.

Resulta lógico expresar, junto con Alejandro Nieto, que el derecho disciplinario material comienza su gran desarrollo cuando la revocación *ad nutum* de los servidores reales fue sustituida por la existencia de una justa causa de despido, tendencia que consagrará junto a las obligaciones concretas de los funcionarios con la formulación de una cláusula general “...un tipo tan amplio que comprendía la infracción de todos los deberes funcionales, dentro o fuera del servicio, directa o indirectamente impuestos al funcionario en el nombramiento. Con tal *excessus* se lograba, pues, un concepto general y abstracto de infracciones del cargo, que tiene ya una equivalencia en el derecho moderno y constituye un presupuesto para la iniciación de un proceso disciplinario” (“Problemas capitales del derecho disciplinario”, RAP, nro. 63, IEP, Madrid, 1970).

Estimo a esta altura de la evolución de las ideas jurídicas propias del Estado de Derecho que la potestad disciplinaria debe ejercerse en un procedimiento que garan-

tice en forma plena y efectiva el ejercicio del derecho de defensa. Entiendo también que los grandes principios del derecho penal garantizador resultan de aplicación análoga en esta materia, con las matizaciones pertinentes.

En la presente obra, el régimen disciplinario comprende los diversos “estatutos” de la Administración Pública de Buenos Aires, el vigente en el Poder Legislativo y Judicial, y en particular, las prescripciones de la ley 10.430. El procedimiento administrativo disciplinario es analizado de modo integral siguiendo las etapas del sumario hasta el dictado del pertinente acto administrativo.

Como ha dicho García Pullés, la tipicidad constituye una garantía derivada del principio de legalidad.

Se efectúa una minuciosa exposición respecto de las distintas técnicas aplicables para el control de los actos administrativos dictados en ejercicio de la potestad disciplinaria, agregándose jurisprudencia de los máximos tribunales en el orden provincial y nacional, y de las distintas instancias del fuero en lo contencioso administrativo.

Finalmente, en el capítulo IX, se considera la extinción de la relación de empleo público.

Resulta fundamental este tipo de estudios, que abordan temas tan importantes en el derecho público, y que imponen el tratamiento de modo coetáneo respecto de los principios de la organización administrativa, los conceptos de órgano y “puestos de trabajo”, la función pública y el procedimiento administrativo, los recursos humanos y financieros. Temas éstos en los que se debe evitar el exclusivismo jurídico en su tratamiento, teniendo en cuenta los aportes de la ciencia de la Administración, cuyas técnicas resultan en gran medida aplicables en común a las organizaciones públicas y privadas, y en general los estudios de las distintas ciencias administrativas (LANGROD, Georges [dir.], *Tratado de ciencia administrativa*, EN de AP, Madrid, 1977; CHEVALLIER, Jacques - LOSCHAK, Danielle, *Science administrative*, Paris, 1978, ts. 1 y 2).

Con relación a las posiciones que sostienen el carácter autoritario del sistema de derecho administrativo, es dable considerar que las llamadas potestades administrativas deben ejercerse para satisfacer el interés de la comunidad, sin conculcar la garantía innominada de la razonabilidad —art. 28, CN—. En tal sentido, la doctrina jurídica debe aportar construcciones tendientes a desmitificar teorías, dogmas y conceptos “seudo fundantes” del derecho administrativo (así surge en la línea de doctrina de Agustín Gordillo e Inés D’Argenio).

En este orden de ideas, para resolver los problemas cotidianos que involucran a entes públicos y privados, el Estado debe instrumentar la participación en la función pública de representantes de esos entes y de los grupos titulares de derechos supraindividuales; consecuentemente correspondería concretar formas organizatorias colegiadas, las que importan un concepto de participación institucionalizada, y que resultan fundamentales a los efectos de prevenir la judicialización de conflictos.

Esta obra representa un importante esfuerzo, y constituye un valioso aporte, especialmente para el derecho público local.

Ciertamente, han aparecido en los últimos tiempos importantes estudios como la obra de Fernando García Pullés, *Régimen de empleo público en la Administración nacional*, con Viviana Bonplan y Marcelo L. Ugarte, y la obra colectiva *Empleo público*, dirigida por Jorge L. Bastons; pero el presente libro de Pablo O. Cabral y

Marcelo J. Schreginger —personas que encarnan el paradigma del universitario por la vocación de ser universal que les comprende— suple el vacío existente en el derecho público provincial respecto de una materia de singular gravitación en la vida cotidiana.

Seguramente con el tiempo habrá nuevas ediciones de esta obra.

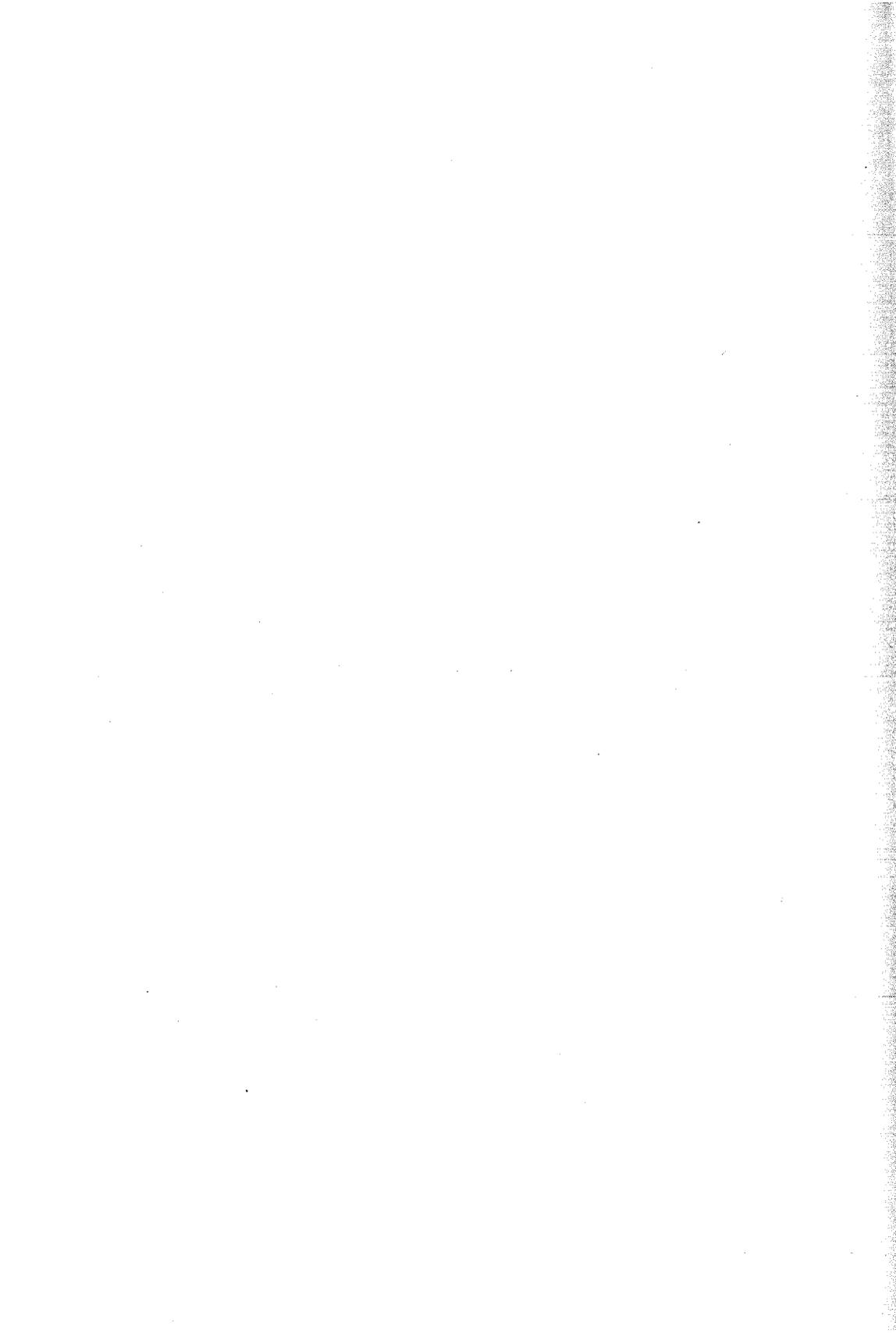
OSVALDO HÉCTOR BEZZI.
La Plata, agosto de 2009

A mi familia que siempre me acompaña, que forma parte de cada cosa que hago y que intento que lo mismo sienta cada uno de ellos.

M. J. S.

Quisiera dedicar este trabajo a mis padres, por su ejemplo de amor y lucha incansable, por la justicia y la igualdad. A Cecilia le dedico mi vida y le agradezco por acompañarme en los sueños y proyectos que tenemos en común. Finalmente, un sincero agradecimiento a Guillermo Raúl Moreno, con quien, desde estudiantes, compartimos la amistad y un derrotero común signado por el derecho público provincial.

P. O. C.



PALABRAS PRELIMINARES

Uno de los principales objetivos de este libro es que resulte una obra de utilidad a un universo heterogéneo de lectores, ya que pretendemos —y esperamos que esto suceda— que sea de interés para agentes públicos en general, estudiantes y profesionales del derecho.

Nuestro deseo es que esta publicación, con su uso, pueda enriquecerse en el futuro, ya que no tiene intención de perdurar inmutable. Si algún éxito tuviere en su lectura, sería bueno que tomara las ideas de sus críticas constructivas, para modificar todo aquello que sea necesario, ya sea fortaleciendo los conceptos o reformulándolos si ello correspondiere.

Realizar una obra conjunta no es una tarea fácil, ya que es necesario respetar la impronta de cada autor —obviamente con muchas coincidencias, pero también diferencias—, donde cada uno mantiene su independencia de ideas.

En el desarrollo de la obra pretendimos abordar la relación de empleo público en forma genérica, aunque profundizando el análisis de sus institutos sobre la base de la ley 10.430 y su decreto reglamentario —como régimen general—, y remitiendo puntualmente a las distintas regulaciones especiales que rigen determinados sectores diferenciados en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires. Es por ello que no se ha seguido puntillosamente la distribución sistemática de la Ley reguladora del régimen general de empleo público en la Provincia de Buenos Aires.

Los capítulos en los que se divide la obra son los siguientes: I. Los trabajadores del Estado y su protección jurídica, II. Naturaleza jurídica y principios de la relación de empleo público, III. Atribución constitucional de competencias en la regulación del empleo público, IV. El régimen de la ley 10.430. Sus alcances y excepciones, V. Ingreso a la organización administrativa, VI. Los derechos de los empleados públicos bonaerenses, VII. Deberes y prohibiciones, VIII. Régimen disciplinario y IX. Extinción de la relación de empleo público.

También ha sido nuestra idea complementar los distintos temas tratados con los criterios jurisprudenciales adoptados tanto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, como también por los distintos organismos del fuero contencioso administrativo de dicha provincia.

Finalmente, en nuestra condición de egresados de la Universidad Nacional de La Plata, deseamos expresar nuestro sincero agradecimiento al sistema de educación pública argentino que permitió y aún permite que cualquier ciudadano —sin importar su condición socio-económica— recorra el largo camino de aprendizaje desde el jardín de infantes hasta la obtención de un título universitario. También queremos reconocer a todos aquellos que ayudaron en la realización de esta obra

—en mayor o menor medida— tales los casos de Carlos Camps con sus propuestas, Cecilia Lovisuto en la tarea de lectura crítica y corrección, los aportes de material documental y bibliográfico de Juan Azcune y Paulo Gaguich y, por último, las visiones de experiencia en administración de personal de Ricardo Marino. Finalmente, queremos agradecer públicamente a todos los amigos con quienes compartimos la pasión por el derecho administrativo.

En el reparto de tareas le correspondió a Pablo Octavio Cabral el desarrollo de los siguientes capítulos: I. Los trabajadores del Estado y su protección jurídica, II. Naturaleza jurídica y principios de la relación de empleo público, VI. Los derechos de los empleados públicos bonaerenses y IX. Extinción de la relación de empleo público.

A Marcelo José Schreginger los capítulos: III. Atribución constitucional de competencias en la regulación del empleo público, IV. El régimen de la Ley 10.430. Sus alcances y excepciones, V. Ingreso a la organización administrativa, VII. Deberes y prohibiciones y VIII Régimen disciplinario.

CAPÍTULO I

LOS TRABAJADORES DEL ESTADO Y SU PROTECCIÓN JURÍDICA¹

I. EL ORIGEN DE LA PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES

1. La evolución de la cuestión laboral en la Argentina

Creemos que en todo trabajo que se refiera a la temática laboral en Argentina deben investigarse cuestiones históricas en relación con la conformación de la clase trabajadora en este país, ya que el proceso que encierra la incorporación de los trabajadores a la vida política de Argentina constituye un caso de características únicas en América latina. Además, como este trabajo está basado en la problemática laboral del empleo público, consideramos también de fundamental importancia el indagar históricamente acerca del papel del Estado en relación con la clase trabajadora.

En torno a esta cuestión, observamos procesos temporales diferenciados en cuanto al rol que el Estado ha desempeñado en relación con el “bienestar” de la clase trabajadora. En este punto, vamos a encontrar también características únicas que diferencian a la República Argentina de otros países del continente.

1.1. Aspectos históricos de la cuestión laboral en Argentina en relación con las políticas estatales

Es a partir de 1930 cuando se esbozan en la Argentina los primeros intentos de industrializar la base económica del país. El contexto económico internacional exigía a los países de Latinoamérica la creación de una estructura industrial y un mercado de consumo interno para poder sustituir las importaciones del viejo mundo.

En la década del 30, con el gobierno conservador, la clase obrera argentina es conducida a participar de un proyecto económico industrial en el que es sometida a un proceso de acumulación capitalista sin distribución económica y sin intervencionismo social, proceso típico de “explotación” de la clase obrera en manos de la clase dominante. La situación de los trabajadores argentinos de esta época va a contrastar con sus condiciones de vida durante el primer gobierno de Juan Domingo Perón.

En el plano estrictamente político, la característica del período es la participación reducida de los ciudadanos en la vida democrática del país a causa de fraudes electorales sistemáticos que vuelven escépticas a las masas obreras respecto del

¹ CEJAS, Elizabeth - CABRAL, Pablo - GIURLEO, Pablo, “La regulación jurídica del empleo público y el contenido de las negociaciones colectivas de trabajo”, publicado en *Primer Concurso de Ensayo. El Estado nacional*, UPCN, Buenos Aires, 2005.

gobierno de los conservadores². Los reiterados hechos de corrupción estatal van a resentir la legitimidad de este gobierno provocando una crisis de dominación. Dentro de este período, el poder económico es ejercido por la clase oligárquica, tradicionalmente ligada a las actividades agroexportadoras, que pese a estos primeros intentos de activar una industria nacional, no logran, sin embargo, establecer un proyecto de sociedad acorde con la cada vez más creciente movilización social de la población.

Junto a la incorporación de las masas trabajadoras provenientes de estratos populares a la coyuntura industrial y a la vida urbana, también comienza a crecer el accionar de los sindicatos obreros que, sin embargo, hasta los primeros años de la década del 40, no van a poder dar un cause institucional a los numerosos reclamos provenientes de la clase trabajadora, ya que estos pedidos no son tenidos en cuenta por el gobierno conservador.

Desde 1945, con el primer gobierno peronista, el Estado va a alcanzar dimensiones propias de un "Estado benefactor". El crecimiento del aparato estatal comienza con las medidas económicas "anticíclicas" que se implementan en la década del 30, pero luego, con las políticas desarrollistas del primer gobierno peronista, es cuando se conforma una suerte de "Estado de Bienestar"³. Las acciones estatales orientadas a las prestaciones sociales y de salud condujeron a conformar importantes instituciones como Pami, los organismos de recaudación previsional, las cajas de salarios y jubilaciones, etc. A través de lo que se denominaba "gasto social", el Estado justicialista elevaba los niveles de vida de los habitantes a la vez que se legitimaba como gobierno. La idea de "justicia social" que comienza a aparecer en la época apuntaba a mejorar la calidad de vida de los trabajadores a través de la calificación de la fuerza de trabajo mediante la educación y la capacitación laboral, a asegurar las condiciones que permitieran el consumo⁴ de la clase y a brindar importantes prestaciones en materia de salud⁵.

Lo dicho hasta aquí nos permite encontrar uno de los rasgos más importantes de la vida política argentina: el hecho de que en este país gran parte de los movimientos sociales y sus luchas se edificaron en torno a la "problemática histórica laboral", o, dicho de otro modo, las condiciones legales de trabajo, el lugar que la clase trabajadora ganó en la vida política del país, el accionar de las organizaciones obreras y el apoyo popular que recibe el gobierno a partir de los años cuarenta van a definir el objeto histórico de importantes luchas argentinas.

² Al período histórico que se extiende en Argentina entre 1930 y 1943 se lo conoce como la "década infame" a causa de este uso sistemático de defraudación electoral.

³ GAMBINA, Julio - CAMPIONE, Daniel, *Los años de Menem, cirugía mayor*, Centro Cultural de la Cooperación, Ediciones del Instituto Movilizador de Fondos Cooperativos, Buenos Aires, 2002. p. 81.

⁴ Estas condiciones estuvieron dadas por los niveles salariales alcanzados durante el primer gobierno peronista, así como por el acceso al crédito, lo que permitió la incorporación de la clase trabajadora al mercado de bienes y servicios.

⁵ BERROTARÁN, Patricia - JAUREGUI, Aníbal - ROUGIER, Marcelo, *Sueños de bienestar en la nueva Argentina. Estado y políticas públicas durante el peronismo 1946/1955*, Imago-Mundi, Buenos Aires, 2004.

1.2. Aspectos históricos de la transformación de las condiciones de vida de la clase trabajadora argentina

Creemos conveniente retratar históricamente algunos de los rasgos que caracterizaron a las acciones estatales que condujeron a un gradual deterioro de las condiciones de vida de la clase trabajadora argentina, teniendo en cuenta que, a partir de 1943, la vida política argentina va a alternar períodos democráticos y semidemocráticos⁶, en los que con actos eleccionarios y períodos dictatoriales⁷, las decisiones que modificaron la acción estatal se resolvieron autoritariamente, por afuera de la arena política.

Hasta el año 1973, en el que comienza la crisis económica mundial conocida como “crisis de la deuda externa”, el modelo de acumulación económica en Argentina fue el de “industrialización por sustitución de importaciones”, con etapas industrializadoras desarrollistas en las que el Estado funcionaba como sostén regulador del orden económico.

La dictadura que se inicia en 1976 va a configurar un nuevo juego económico que introduce la lógica de la “valorización financiera”, proceso caracterizado por una notable concentración del ingreso sumado al instrumento denominado “deuda externa”, que “actúa como una fuente de recursos susceptibles de ser utilizados por el sector más concentrado del capital”⁸.

Con el retorno a la democracia en 1983, el Estado vuelve a asumir funciones que regulan el circuito económico, pese a que, desde los ámbitos parlamentarios, comienzan a surgir serios cuestionamientos en torno a las dimensiones y los alcances que debe tener el aparato estatal. Los organismos internacionales de crédito, representantes del gran capital extranjero, recomiendan a los países latinoamericanos achicar progresivamente su aparato estatal con el fin de que reduzcan su déficit fiscal. La ideología política acorde a los requerimientos de los organismos internacionales es la denominada ideología “neoliberal”, que en torno a la cuestión social propone que las prestaciones que antes brindaba el Estado se diriman ahora a través del libre juego de las fuerzas económicas.

Los primeros pasos en torno al achicamiento del Estado argentino se registran en el año 1986, cuando se implementan políticas de ajustes al interior del aparato estatal a partir de la reducción del personal de la Administración Pública por medio de mecanismos de retiro voluntario, hecho éste que expulsó empleados estatales de todos los organismos y niveles sin prioridades de tipo funcional. En los años siguientes del mandato alfonsinista, 1987 y 1988, comenzarán a plantearse las primeras propuestas de privatización de empresas de servicios públicos junto a propuestas de desregulación y desmonopolización de los mercados. A esta situación de progresiva “liberalización” se le suma el deterioro generalizado de la infraestructura social y de los sueldos del sector público.

⁶ Los períodos denominados “semidemocráticos” son aquellos en los que el partido justicialista estuvo proscripto en elecciones provinciales y nacionales.

⁷ En este punto nos referimos a las dictaduras militares que gobernaron durante 1943 a 1945, 1955 a 1958 (Revolución libertadora), 1966 a 1973 (Revolución argentina) y 1976 a 1983 (Proceso de reorganización nacional).

⁸ BASUALDO, Eduardo, *Sistema político y modelo de acumulación en la Argentina: notas sobre el transformismo argentino durante la valorización financiera, 1976-2001*, Universidad Nacional de Quilmes, FLACSO, Buenos Aires, 2001.

Conviene aquí reparar en que, el telón de fondo que envuelve a la construcción de políticas estatales, tiene que ver con ideologías encerradas en los paradigmas vigentes en cada momento histórico que imponen conceptos con los cuales observar a la realidad social. Así, el poder estatal comienza a describirse a finales de los años ochenta con conceptos como “irracional”, “ineficiente”, “obsoleto”, y a perder legitimidad frente al poder del capital, denominado “moderno”, “eficiente”, “racional”⁹, etc. Estos conceptos terminarían por volverse hegemónicos durante la década del noventa, con el mandato menemista, imponiéndose así un discurso único de orientación neoliberal.

Esta oposición entre “moderno” y “tradicional”, al aplicarse al área de las funciones estatales, se corresponde con visiones políticas a las que se denomina, por un lado, como “intervencionistas”, “asistencialistas” y “reguladoras” y, por otro, como “desreguladoras”, “empresariales”, “eficientes”, etc. En el mundo del trabajo, la lucha paradigmática se va a plantear en torno a la regulación del modo de producción, al concebirse que es el fin del tradicional “modelo fordista”, caracterizado por la producción en masa basada en una línea estandarizada, y el comienzo de un proceso de trabajo con características “flexibles” en cuanto a estabilidad, movilidad, horarios, etcétera.

Como conclusión de este punto, destacaremos que la “modernización” de la economía de un país desde esta concepción neoliberal, va a encerrar la idea de que el Estado es “ineficiente” e “irracional”¹⁰ en muchas áreas, y debe, por lo tanto, renunciar a algunas de sus formas usuales de mediación entre trabajo y capital, abandonando, entre otras cosas, las políticas redistributivas de ingresos, las transferencias de ingresos vía créditos, las prestaciones sociales y las políticas industriales de orientación desarrollista.

1.3. La clase trabajadora argentina después de la década del 90

Usualmente se caracteriza a las reformas producidas en el seno del Estado argentino a partir de 1989 como generadas dentro de un proceso “modernizador” que reemplazó a la “obsoleta” estructura estatal. Al referirse a las causas que llevaron a la concreción de dicho proceso, los autores Julio Gambina y Daniel Campione¹¹ afirman que “en el caso particular de la Argentina, el contenido realmente modernizador de las reformas realizadas en el aparato del Estado, estuvo ligado a reflejar los cambios políticos, económicos y culturales que desde la década de 1970 convirtieron a nuestro país en una sociedad muy diferente a la que se había conformado a partir de los 40”¹².

Las reformas adoptadas van a conducir a desarmar la matriz estatal “estadocéntrica”, privatizándose el grueso de las empresas públicas y traspasando buena parte de las funciones estatales a los gobiernos locales¹³, como sucedió, por ejemplo, en

⁹ GAMBINA, Julio - CAMPIONE, Daniel, *Los años de Menem...*, cit., p. 90.

¹⁰ Por “racionalidad” entendemos aquí su acepción económica, que considera la racionalidad según la ecuación: costo-beneficio.

¹¹ GAMBINA, Julio - CAMPIONE, Daniel, *Los años de Menem...*, cit.

¹² GAMBINA, Julio - CAMPIONE, Daniel, *Los años de Menem...*, cit., p. 79.

¹³ GAMBINA, Julio - CAMPIONE, Daniel, *Los años de Menem...*, cit., p. 80.

materia de educación, con la transferencia de las escuelas nacionales a las respectivas provincias¹⁴. Los criterios seguidos apuntaron a reducir el gasto nacional, y también, hay que decirlo, a brindar oportunidades a empresas de capital extranjero, favorecidas ahora por el retiro del Estado de ciertas áreas y por la apertura del mercado para bienes y servicios.

En este contexto de transformación social, la clase trabajadora no fue una excepción, ya que va a heterogeneizarse como consecuencia de las nuevas características que asume el mercado de trabajo, características éstas que además van a desorganizar a los trabajadores. Algunas de las causas que condujeron a esta gradual desmovilización de la clase obrera pueden explicarse por el feroz disciplinamiento laboral que el modelo impuso a partir de los inéditos índices de desocupación registrados. “Lo que se debilita, en última instancia, son las precondiciones para la acción política”¹⁵ al dificultarse las posibilidades de acción colectiva a través de la representación sindical, de la solidaridad, la coordinación de problemáticas conjuntas, etcétera.

Como contrapartida, puede señalarse que estas transformaciones también trajeron aparejadas nuevas formas de organización. Los “empleados públicos”, típicos representantes del sector medio, pasan a distinguirse por un alto índice de conflictos laborales, producto de una combatividad que antes les era desconocida¹⁶.

1.4. Nuevas luchas de la clase trabajadora

En el nuevo panorama que se plantea mundialmente a partir de los años noventa, se vislumbran nuevas luchas sociales con la participación de una clase obrera guiada por una “subjetividad diferente a la subjetividad tradicional”¹⁷ de la clase trabajadora en un modo de organización capitalista clásico.

Por subjetividad entendemos al proceso por el cual el individuo adquiere y construye su lugar en el mundo a través de lo pensado. Cuando hablamos de subjetividad social, al proceso anteriormente definido se le van a agregar las características que encierra “lo social”, donde cada individuo construye su subjetividad en un determinado momento histórico a partir de las marcas y huellas que lo social deja en él. De esta forma, no puede decirse que la subjetividad nazca de un proceso espontáneo o natural, ya que las construcciones mentales y simbólicas se originan a partir de las relaciones sociales en las cuales está inmerso el sujeto. “Estamos viviendo un período en el que la política de la emancipación debe ser completamente repensada y reinventada. Esta tarea supone pensar en un nuevo sujeto social y por lo tanto en una nueva subjetividad”¹⁸.

Este “nuevo sujeto social” del que estamos hablando es y va a ser el principal protagonista de las luchas sociales durante el transcurso del siglo XXI. Observamos que en su accionar exige reivindicaciones que cuestionan al poder desde lugares diferentes a los tradicionales desde donde lo cuestionaba el sujeto del capitalismo clásico, que eran básicamente reclamos estrictamente salariales. Para ilustrarnos acerca

¹⁴ Ley 24.049.

¹⁵ GAMBINA, Julio - CAMPIONE, Daniel, *Los años de Menem...*, cit., p. 201.

¹⁶ GAMBINA, Julio - CAMPIONE, Daniel, *Los años de Menem...*, cit., p. 202.

¹⁷ BADIOU, Alain, “Ese sujeto que no es el de Marx”, *Página 12*, abril de 2002.

¹⁸ BADIOU, Alain, “Ese sujeto...”, cit.

del nuevo carácter que están asumiendo las luchas sociales podemos remontarnos a los casos de protesta ocurridos en nuestro país durante la década del 90, donde nos encontraremos con:

- Luchas por la educación pública en 1992.
- Conflictos regionales con métodos novedosos como puebladas con cortes de ruta y asambleas populares que se incrementan a partir de 1997.
- Conflictos que exceden el lugar de trabajo y se extienden por encima de sus límites iniciales, combinándose con la problemática de la precariedad laboral y la desocupación.

Estas búsquedas de nuevas modalidades organizativas tienen como mérito principal el intento de construir reivindicaciones desde abajo hacia arriba, construyendo además nuevas relaciones de poder, ajenas a la estructura tradicional, a la patronal y al Estado. La convergencia entre desocupación y precarización de las condiciones de trabajo, la caída de los salarios y la pérdida de las conquistas y los beneficios que los trabajadores argentinos vienen sufriendo desde hace décadas constituyen el telón de fondo sobre el que afloran nuevas experiencias organizativas con comportamientos renovados y nuevos modos de conciencia social.

2. El aspecto particular del trabajo en la Administración Pública

Ya con el comienzo del mandato menemista, en 1989, la drástica reducción del aparato estatal se va a justificar como una consecuencia inevitable de la crisis social, política y económica¹⁹ en la que se hallaba inmerso el país. A partir de entonces, desregulación y privatización son conceptos clave, hegemónicos, a la hora de pensar en la acción estatal. En este contexto, los horizontes administrativos deseables van a ser: modalidades organizativas más flexibles, mayor descentralización, monitoreos sobre eficiencia y rendimientos laborales, y demás acciones que tiendan a dotar a la estructura estatal argentina de técnicas de dirección y gestión similares a las que se utilizan en las empresas capitalistas²⁰, donde nuevamente la medida de la eficiencia es la regla de la “racionalidad económica”, basada en el cálculo de costo-beneficio.

En el plano de los recursos humanos, se multiplicaron los programas de capacitación de altos funcionarios, así como la extensión del régimen de concurso, medidas éstas que buscaron crear una burocracia altamente profesionalizada. En la Administración Pública es la creación del Sistema Nacional de Profesión Administrativa (Sinapa) la normativa que apuntó a sistematizar los puestos de trabajo.

El sociólogo Manuel Castells, en su libro *La sociedad red*, afirma respecto del trabajo que “existe una variación histórica de los modelos de empleo según instituciones, culturas y entornos políticos específicos”²¹. De esta definición podemos extraer la conclusión de que el trabajo, en la Administración Pública argentina, tiene características específicas dadas por la dinámica en la que se ha desarrollado históricamente como ambiente laboral.

¹⁹ Recordar por ejemplo la crisis hiperinflacionaria del año 1989.

²⁰ GAMBINA, Julio - CAMPIONE, Daniel, *Los años de Menem...*, cit., p. 96.

²¹ CASTELLS, Manuel, *La sociedad red*, Alianza, Buenos Aires, 2001, p. 231.

Una buena forma de adentrarnos en dicho ambiente es comenzar a considerar los elementos que van a definir la particularidad del trabajo administrativo.

— En primer lugar podemos decir que la Administración Pública es una organización burocrática en la que sólo puede desempeñarse personal con preparación técnica.

— Por corresponderse con el tipo de “dominación legal con administración burocrática”²², el trabajo administrativo requiere de disciplina, racionalidad y conocimientos específicos que debe poseer el personal que se desempeñe en la esfera pública.

— La acción administrativa se realiza a través de procedimientos impersonales.

Las políticas que van a buscar la modernización del Estado argentino a partir de los años noventa consideran como fundamental la incorporación de “técnicas de eficiencia empresarial” a la esfera de lo público para crear una nueva “gerencia pública”. En general, se utiliza la concepción de “tecnócrata” para definir a este modelo de funcionario, basado en la competencia técnica que se basa a su vez en saberes impermeables a las “presiones” de los problemas sociales y a la negociación que impone el juego político. Pese a su pretendida neutralidad ideológica, esta visión “tecnocrática” de lo social trata de manera consciente de reducir la influencia de la voluntad popular en el funcionamiento de las instituciones estatales.

Para concluir con este punto, nos parece conveniente destacar nuevamente que la Administración Pública de un país se ve permeada por el entorno socioeconómico y político institucional de una nación, por lo que el ámbito de “lo público” se tiñe de los paradigmas políticos, sociales y económicos vigentes en cada momento histórico.

En los años noventa, el paradigma que apuntaló a las políticas neoliberales encierra la idea de que “el crecimiento económico se contrapone al desarrollo humano”, idea ésta que ha establecido condiciones de vida cada vez más desfavorables para los trabajadores argentinos en todas las ramas, incluidos los trabajadores de la Administración Pública. De esta manera, la pérdida de relieve de la acción social del Estado es en gran parte una consecuencia del tipo de concepción que presidieron sus procesos de transformación.

Queda demostrado en la actualidad que es imposible desvincular los efectos sociales de las políticas macroeconómicas de fondo, por lo tanto, la desigual distribución de la riqueza, los desequilibrios regionales y los niveles de desocupación que se visualizan en este momento como efectos sociales concretos, son la consecuencia de las políticas económicas que se aplicaron durante la década del 90. Siguiendo esta línea de pensamiento, podemos afirmar que dichas políticas condujeron a una desestimación de la cuestión social y de toda idea de desarrollo social.

En oposición al paradigma neoliberal anteriormente mencionado, afirmamos que la inversión en desarrollo social mejora la calidad de vida de los trabajadores a la vez que amplía los beneficios económicos del Estado como organización económica.

²² WEBER, MAX, *Economía y sociedad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 173.

II. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL TRABAJADOR

1. La constitucionalización de los derechos de los trabajadores.

El art. 14 bis de la Constitución Nacional

En el constitucionalismo clásico, el trabajo era visto como una mercadería y la relación entre el trabajador y el empleador fue tomada por una vinculación equilibrada en la que las partes podían contratar libremente, sin intervención alguna del Estado.

El art. 14 de la Constitución de 1853 enuncia el derecho “de trabajar y ejercer toda industria lícita...” como una libertad de trabajo que se desprende de la libertad que guía el modelo político individualista y liberal de la originaria Carta Magna argentina.

Pero al decir de Cabanellas²³, la libertad de trabajo significaba también la libertad de oprimir a quienes necesitaban de un trabajo para subsistir, generando esto una desigualdad social que repercutiría en el sistema socioeconómico y en el ordenamiento jurídico de los países de Occidente.

En nuestro país, los movimientos sociales como el sindicalismo²⁴, cuyo poder fue potenciado por la ola inmigratoria europea de las primeras décadas del siglo pasado, fundados en ideas socialistas, anarquistas y comunistas, generaron las condiciones necesarias para efectuar un cambio social que modificara las relaciones entre trabajadores y empleadores²⁵.

A nivel internacional, al término de la Primera Guerra Mundial nació como rama autónoma de las ciencias jurídicas el derecho del trabajo. Como explica Eduardo Novoa Monreal, el origen del derecho laboral “se debe al rechazo de la igualdad teórica de los hombres entre sí que predicaba el individualismo y al reconocimiento de que el gran poder económico de los patrones, así como la insuficiencia de recursos de los trabajadores, son capaces de alterar el equilibrio en las relaciones laborales, razón por la cual es necesario un Derecho especial que apoye a la parte más débil, que la cohesionen en sus enfrentamientos con los patrones y que imponga exigencias mínimas de protección al trabajador, que la voluntad de las partes no pueda dejar sin efecto”²⁶.

En nuestro país, a mediados del siglo pasado, luego de la llegada al poder del gobierno de Juan D. Perón, se transformó este modelo de organización estatal, incorporando al sistema jurídico los derechos sociales y modelando un Estado social de derecho que se plasmaría en la Constitución de 1949. La doctrina justicialista considera que el trabajo es un derecho, que crea la dignidad del hombre, y es un deber, porque es justo que cada uno produzca por lo menos lo que consume. Según Sagüés, para el justicialismo “no existe más que una sola clase de hombres: los que

²³ CABANELLAS, Guillermo, *Tratado de derecho laboral*, 2ª ed., Omeba, Buenos Aires, 1961, ps. 318 y ss.

²⁴ RUBENS, Iscaro, *Historia del movimiento sindical*, Ciencias del Hombre, Buenos Aires, 1973. También ampliar en SAN MARTINO DE DROMI, Laura, *Los sindicalistas. 150 años de protagonismo*, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1992.

²⁵ SOLOMONOFF, Jorge N., *Ideologías del movimiento obrero y conflicto social. De la organización nacional hasta la Primera Guerra Mundial*, Tupac, Buenos Aires, 1988.

²⁶ NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI Editores, México, 1999, p. 154.

trabajan; y fomenta, como sus dos brazos principales, la justicia social y la ayuda social. Afirma enérgicamente que el trabajo no es una mercancía, y trata de suprimir la lucha de clases, suplantándola por un acuerdo justo entre obreros y patrono, al amparo de la justicia que emane del Estado. No se trata, por ende, de un movimiento uniclasista, ya que —puntualizó su conductor— ‘no estamos contra el capital, sino que queremos que desaparezca de nuestro país la explotación del hombre por el hombre, y que cuando ese problema desaparezca, igualemos un poco las clases sociales’”²⁷.

Como producto del constitucionalismo social, los derechos protectores de los trabajadores y sus principios fueron incluidos en las constituciones, transformando las funciones tradicionales de los Estados nacionales. El art. 14 bis, incorporado por la reforma constitucional de 1957, es una manifestación de este constitucionalismo que tiene como propósito acentuar la función social del Estado allanando las desigualdades y los desniveles injustos.

El art. 14 bis protege al trabajador dependiente en los aspectos individuales, colectivos y sociales. Establece los derechos básicos del trabajador y los principios aplicables a la relación laboral: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: condiciones dignas y equitativas de labor; jornada limitada; descanso y vacaciones pagados; retribución justa; salario mínimo vital móvil; igual remuneración por igual tarea; participación en las ganancias de las empresas con control de la producción y colaboración en la dirección; protección contra el despido arbitrario; estabilidad del empleado público, organización sindical libre y democrática, reconocida por la simple inscripción en un registro especial...”.

Como ha dicho Germán Bidart Campos: “El art. 14 bis insertado en el cuerpo sistemático de la Constitución de 1853-1860 por la reforma constitucional de 1957 es una expresión mínima del llamado constitucionalismo social... El constitucionalismo social es la culminación del constitucionalismo clásico. No lo desplaza, ni lo destruye, ni lo sustituye: lo completa y le da una nueva tónica”²⁸.

Rodolfo Capón Filas explica: “Colocar al hombre que trabaja en igualdad de posición frente a quien dispone de capital y que mediante su posibilidad de despedirlo *ad nutum* puede ejercer sobre él un poder despótico, casi de vida o muerte dada la probable exclusión social consecuente, es la primera función del derecho laboral surgida de la justicia social, entendida ésta como la fuerza que busca la igualdad real de posibilidades, colocando a todos en el mismo punto de partida”²⁹.

Esta norma constitucional debe ser interpretada de forma tal de no limitar los objetivos que motivaron su incorporación a nuestra Carta Magna. Dice al respecto Bidart Campos que “todo el art. 14 bis debe interpretarse con amplitud generosa, porque de sus antecedentes, de su debate, de su aprobación, de su espíritu, de su raíz

²⁷ SAGUÉS, Néstor, *Tratado de derecho del trabajo*, t. II, cap. VI, Vazquez Vialard (dir.), Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 699.

²⁸ BIDART CAMPOS, Germán J., “Principios constitucionales de derecho del trabajo (individual y colectivo) y de la seguridad social. Art. 14 bis”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, t. VIII, 1981, p. 481.

²⁹ CAPÓN FILAS, Rodolfo, “Protección constitucional del trabajo”, número especial del suplemento de derecho consuetudinario, *Aniversario de la Constitución Nacional*, La Ley, Buenos Aires, 2003, ps. 72 y ss.

hincada en el constitucionalismo social, se desprende que el constituyente del 57 quiso dar una cobertura total a los principios de ese constitucionalismo social³⁰.

Cuando desde la doctrina se analiza la relación de empleo público y su protección constitucional se hace referencia al derecho a la estabilidad, restringiéndose a ese principio la regulación constitucional del vínculo³¹, descuidando el desarrollo del resto de normas protectoras que, previstas para el trabajador privado, también se aplican al agente público.

El convencional constituyente de 1957, Corona Martínez, manifestó: "Los empleados públicos constituyen una categoría especial de trabajadores, pero son trabajadores"³².

Las Constituciones provinciales, así como la Carta Magna de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires³³, establecieron normas protectoras del trabajo en sus diversas formas e incluyeron expresamente a los agentes estatales.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en su reforma de 1994, regula en su art. 39 los derechos al trabajo y de asociación, sobre la libertad sindical y la seguridad social.

Recurramos, para interpretar dicha norma constitucional, a la opinión de los convencionales que redactaron dicho texto en la reforma de la Carta Bonaerense de 1994.

La convencional Mónica Estévez manifestó el 11 de septiembre, durante la 16ª sesión: "derrotemos en serio, las burocracias mentales, la mentira, la explotación del hombre por el hombre y del hombre por un Estado ineficaz y perverso, que no sirve para servir, pero que se sirve del esfuerzo comunitario".

La convencional Sara Derotier expresó que "resaltar la figura del trabajador en todas sus formas y en todas sus disciplinas es una herencia de la Constitución de 1949. Por ello, el derecho al trabajo, a la capacitación, el desarrollo de la dignidad humana, la actualización social pretendida en el texto constitucional, obligan al legislador a incorporar normas de protección contra flagelos sociales. Podemos consagrar definitivamente para los tiempos venideros el articulado que he enumerado de los derechos sociales, que serán el sendero de protección de la dignidad de la sociedad bonaerense" (p. 2118).

³⁰ BIDART CAMPOS, Germán J., "Principios constitucionales...", cit., ps. 481 y ss.

³¹ MERCADO LUNA, Ricardo, *Estabilidad del empleado público*, Astrea, Buenos Aires, 1974. BIDART CAMPOS, Germán J., "La estabilidad del empleado público", ED 84-248.

³² Diario de Sesiones de la Convención Constituyente de 1957, t. II, ps. 1452 y ss.

³³ Art. 43: "La Ciudad protege el trabajo en todas sus formas. Asegura al trabajador los derechos establecidos en la Constitución Nacional y se atiene a los convenios ratificados y considera las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. La Ciudad provee a la formación profesional y cultural de los trabajadores y procura la observancia de su derecho a la información y consulta. Garantiza un régimen de empleo público que asegure la estabilidad y capacitación de sus agentes, basado en la idoneidad funcional. Se reconocen y organizan las carreras por especialidad a las que se ingresa y en las que se promociona por concurso público abierto. Asegura un cupo del cinco por ciento del personal para las personas con necesidades especiales, con incorporación gradual en la forma que la ley determine. En todo contrato de concesión de servicios o de transferencia de actividades al sector privado, se preverá la aplicación estricta de esta disposición. Reconoce a los trabajadores estatales el derecho de negociación colectiva y procedimientos imparciales de solución de conflictos, todo según las normas que los regulen. El tratamiento y la interpretación de las leyes laborales debe efectuarse conforme a los principios del derecho del trabajo".

Respecto de los empleados públicos sostuvo el convencional Daniel Cieza, en la 17ª sesión de la Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, el día 12 de septiembre de 1994 que “vamos a sostener una mención concreta y detallada de los derechos de los trabajadores públicos, que, si bien están consagrados en la Organización Internacional del Trabajo OIT también lo están en leyes nacionales y pensamos que tienen que ser tratados expresamente por nuestra Convención bonaerense para terminar de una vez por todas con una situación por la cual los trabajadores públicos son trabajadores de segunda y no tienen estabilidad ni los mismos beneficios que los trabajadores privados... Vamos a incorporar también —y esto ha sido consensuado por los cuatro bloques— principios de interpretación de avanzada, que sean obligatorios para los magistrados de la provincia. Estableceremos, como principios rectores para los magistrados y los jueces, principios como el de justicia social, el de irrenunciabilidad, el de gratuidad de las actuaciones a favor de los trabajadores, el principio de indemnidad, de primacía de la realidad, y de principios que establezcan una interpretación a favor de los trabajadores en caso de duda”³⁴.

El art. 39 de la Carta Magna local, luego de afirmar que el trabajo es un derecho y un deber social, reconoce en el primer párrafo del punto primero los siguientes derechos; derecho al trabajo, a una retribución justa, a condiciones dignas de trabajo, al bienestar, a la jornada limitada, al descanso semanal, a igual remuneración por igual tarea y al salario mínimo, vital y móvil.

El segundo párrafo del primer punto establece que la provincia deberá fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones del empleador y ejercer en forma indelegable el poder de policía en materia laboral; propiciar el pleno empleo, estimulando la creación de nuevas fuentes de trabajo; promover la capacitación y formación de los trabajadores, y la solución de los conflictos mediante la conciliación, y establecer tribunales especializados para solucionar los conflictos colectivos de trabajo.

En el inc. 2º reconoce los derechos colectivos de los trabajadores y en el inc. 4º y último garantiza a los trabajadores estatales el derecho de negociación de sus condiciones de trabajo y la sustanciación de los conflictos colectivos entre el Estado provincial y aquéllos a través de un organismo imparcial que determine la ley, declarando que todo acto o contrato que contravenga las garantías reconocidas en este inciso será nulo.

El inc. 3º, y lo que más nos interesa destacar en este punto, establece siete principios jurídicos que regulan todas las relaciones laborales y que se dirigen básicamente a la actividad jurisdiccional cumpliendo un importante rol en la interpretación del ordenamiento jurídico. El texto dice: “En materia laboral y de seguridad social regirán los principios de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, progresividad y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador”³⁵.

Finalizaremos este punto analizando cómo se compatibilizan los derechos creados por las diferentes regulaciones de las constituciones nacional (art. 14 bis) y bonaerense (art. 39) en el marco de un Estado federal. Nuestro régimen federal permite, a partir del reconocimiento en la Constitución Nacional, que las provincias dicten

³⁴ Diario de Sesiones de la Honorable Convención Constituyente de la Provincia de Buenos Aires, 17ª sesión del 12/9/1994.

³⁵ Desarrollaremos cada uno de estos principios jurídicos que deben guiar toda la actividad de los poderes constituidos en la relación laboral, tanto privada como estatal.

sus propias constituciones en un marco de respeto de los derechos establecidos en la máxima grada nacional y el régimen republicano de gobierno.

Como vimos, la Constitución Nacional, en su art. 14 bis, trae un catálogo de derechos sociales y, mediante el art. 67, inc. 11, reformado también en el año 1957, le otorga al Congreso la competencia para dictar el código de trabajo y de la seguridad social.

En este contexto, las constituciones provinciales no podrían regular institutos que se encuentran normados por la Constitución Nacional o por normas emanadas de la legislatura federal que regulen lo atinente a la relación laboral con alcance para todo el territorio argentino. Sí puede otorgar mejores derechos sociales, en tanto no altere lo establecido en el orden federal o complete lo que él no regula.

Explica Bidart Campos que cuando la provincia inviste el carácter de sujeto pasivo, como es el caso de la relación de empleo público, parece lógico conceder que ella tiene competencia para gravarse con mayores deberes que los que pueden derivar del techo federal y conferir mayor amplitud al contenido de los derechos que se han de satisfacer con tal carga obligacional más amplia y severa³⁶.

Este autor refiere la necesidad de optar por la norma constitucional que mejor abastece y optimiza el sistema de derecho, sugiriendo la dualidad solidaria de fuentes (federal y provincial). Así explicó: “La idea de unidad o del conjunto constitucional es hábil asimismo para sostener que en el sistema de derechos aparece un bloque constitucional también unitario al que convergen dos fuentes internas: la federal y la provincial. De tal forma, la dicotomía —sin perjuicio del ápice federal y de la relación de subordinación— aconseja que, en aras de la maximización del sistema, la integración compatibilizadora de aquella unidad opte por la fuente que mejor optimice a los derechos. Si se quiere, puede hablarse, con el mismo sentido, de la completitud del sistema de derechos para dar sostén a equivalente idea de concordancia y coordinación”³⁷.

2. El derecho a la estabilidad del empleado público

Antes de adentrarnos en el estudio de la protección internacional del trabajador haremos una pausa para repasar las características que definen el derecho constitucional a la estabilidad del empleado público, incorporado por el constituyente como una garantía específica y exclusiva de los trabajadores del Estado.

La estabilidad está dispuesta constitucionalmente como un derecho específico de los trabajadores estatales, tanto en la Carta Magna nacional como en la Constitución bonaerense.

³⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. V: “El sistema de derechos y el constitucionalismo provincial”, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 51. Amplía diciendo: “No parece errado suponer que la carga obligacional del sujeto pasivo puede ser agravada en su contenido o en su dimensión por ese mismo sujeto, que acepta de ese modo conferir un mejor estatus subjetivo al titular de los derechos, y, como consecuencia, admite a la vez que se le pueda exigir el cumplimiento del débito así ampliado. Por ende, como pauta global parece contar con suficiente seriedad la que indica que cuando se trata de establecer qué obligaciones gravan al sujeto pasivo de los derechos, el constitucionalismo provincial dispone de margen para determinar las que corresponden a la provincia y a sus órganos de poder, aun cuando tales obligaciones tengan una mayor extensión que las que puedan imputarse al Estado federal en igual situación de sujeto pasivo en virtud del plexo federal”.

³⁷ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental...*, cit., p. 179.

El art. 14 bis de la Constitución Nacional establece: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador... estabilidad del empleado público”.

El art. 103, inc. 12 de la Carta Magna bonaerense dice: “Corresponde al Poder Legislativo... organizar la carrera administrativa con las siguientes bases: acceso por idoneidad; escalafón; estabilidad; uniformidad de sueldos en cada categoría e incompatibilidades”.

La estabilidad del empleado público fue definida por Ricardo Mercado Luna al afirmar que consiste en la facultad de conservar el cargo y gozar de los derechos estatutarios —referidos en particular a la carrera administrativa—, mientras una causal legal no determine la extinción del vínculo o altere la relación funcional creada en virtud del empleo público³⁸.

En la Convención Constituyente del año 1957 confrontaron dos posturas referidas a la conveniencia de la incorporación de este derecho en el art. 14 bis de la Constitución a reformar.

El convencional González Bergez se manifestó en contra de dicha incorporación argumentando que la relación jurídica del empleado con el Estado constituía un contrato administrativo y no un contrato civil o de trabajo.

Esta postura fue rechazada con los siguientes fundamentos: 1. Los empleados públicos constituyen una categoría especial de trabajadores, pero son trabajadores (convencional Corona Martínez). 2. No es posible dejar reservada exclusivamente a la ley esa garantía constitucional porque puede ser cercenada por otra ley, de manera que los azares de la política pueden transformar esa garantía y dejar totalmente desamparado al empleado público (convencional Crespo). 3. La estabilidad consagrada no sólo se limita a la protección contra el despido, sino que tiene mayor amplitud en cuanto ella se vincula a la justicia en el ingreso, al escalafón; en definitiva, a la garantía de la defensa frente a la posibilidad de la cesantía (convencional Ricci)³⁹.

La estabilidad del empleado público es el derecho equivalente al que protege al trabajador privado contra el despido arbitrario. Ha dicho la Cámara Nacional del Trabajo, sala 6ª, en autos “Fariás, Angélica v. Instituto de Obra Social para el Personal de los Ministerios de Bienestar Social y Trabajo”: “En todo contrato por tiempo indeterminado, sea en el régimen público o en el privado, la estabilidad es un derecho constitucionalmente protegido y en este sentido el art. 14 bis de la Constitución Nacional prevé, con carácter genérico, la protección contra el despido arbitrario y, para los empleados públicos, el derecho a la estabilidad que se satisface con el otorgamiento de un resarcimiento equitativo”⁴⁰.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “García, Raúl y otros v. Provincia de Santa Fe”, estableció el carácter operativo de la cláusula constitucional, enfatizando que, en su recto sentido, la norma que asegura la estabilidad de los empleados públicos proscribela ruptura inmotivada del vínculo y es así susceptible de autónomo acatamiento por las autoridades administrativas⁴¹.

³⁸ MERCADO LUNA, Ricardo, *Estabilidad del empleado...*, cit., p. 23.

³⁹ Diario de Sesiones de la Convención Constituyente 1957, t. II, ps. 1492 y ss. Citado por MERCADO LUNA, Ricardo, *Estabilidad del empleado...*, cit., p. 25.

⁴⁰ Publicado en la *Revista Derecho del Trabajo*, 1998-B-1503.

⁴¹ Corte Sup., Fallos 261:361.

Existen dos formas de entender el derecho a la estabilidad del empleo público: una, considerando que implica el derecho que se reconoce al trabajador de continuar en su empleo hasta cuando pueda y quiera hacerlo (estabilidad propia) y, la otra, que permite la separación del agente de su cargo, transformándose en un derecho indemnizatorio (estabilidad impropia).

La Corte federal dispuso que el derecho a la estabilidad, al igual que los demás que consagra la ley fundamental, no es absoluto y debe ejercerse de conformidad con las leyes que lo reglamentan y en armonía con los demás derechos individuales y atribuciones estatales establecidos con igual jerarquía por la Constitución Nacional⁴².

También sentó como criterio jurisprudencial que la estabilidad del empleado público no importa un derecho absoluto a la permanencia en la función sino el derecho a una equitativa indemnización cuando, por razones que son de exclusiva incumbencia, el Poder Legislativo decide suprimir un empleo o el Poder Ejecutivo resuelve remover a un empleado sin culpa de este último⁴³.

Esta doctrina judicial ha sido criticada por la doctrina, pero al decir de María Castellucci: “Una atenta lectura de los fallos del Alto Tribunal en relación al tema permite advertir que la posibilidad de sustituir el derecho a la estabilidad (o a la permanencia en el cargo por una indemnización), sólo resulta viable en la medida que una ley lo disponga, vale decir, que el Poder Ejecutivo no puede disponer *per se* el cese incausado de los agentes públicos y reconocer el derecho a una indemnización a favor de éste, sosteniendo, si bien en un aislado fallo que en el contrato de empleo o de función pública debe ser nota esencial la estabilidad propia”⁴⁴.

III. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJADOR

1. Introducción

Comenzaremos por estudiar la evolución de la protección internacional de los trabajadores y el carácter de derecho humano que reviste la protección jurídica de las personas que enajenan su fuerza productiva en la relación laboral.

Luego estudiaremos la incorporación de derechos y principios protectorios del trabajador a través de la actividad normativa de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y su influencia en los ordenamientos de los países que forman ese organismo supranacional.

2. Los derechos humanos de los trabajadores en el ámbito internacional⁴⁵

El trabajo ha sido definido de muchas formas, pero uno de los conceptos más amplios es el que lo considera como “todo comportamiento humano encaminado a

⁴² Corte Sup., Fallos 254:169; 270:299.

⁴³ Corte Sup., Fallos 272:99 y 120; 274:397; 280:311; 283:340.

⁴⁴ CASTELLUCCI, María T., “La situación de los empleados temporarios frente a la estabilidad consagrada constitucionalmente”, RAP, Buenos Aires, año I, nro. 6, septiembre de 2003, p. 9.

⁴⁵ Este punto ha sido realizado con base en la ponencia efectuada junto con el Dr. Antonio Escobar, presentada en el Congreso Internacional de Derechos Humanos realizado en Catamarca en diciembre de 2003.

producir algo”⁴⁶. Esta actividad humana ha sido regulada por el derecho y, es por lo general, el derecho laboral la disciplina encargada de regular el trabajo humano.

El trabajo ha sido considerado inherente a la persona y por ello se consideró un derecho humano —podríamos afirmar que uno de los más importantes y más trascendentes dentro de la sociedad actual—, siendo así establecido y protegido por varias convenciones y tratados internacionales.

Los derechos humanos han sido clasificados por una gran parte de la doctrina y los instrumentos internacionales en: a) derechos civiles y políticos y b) derechos económicos, sociales y culturales. El profesor Hitters reflexiona sobre la confluencia de estos derechos en cada persona al decir que “antes que nada hay que tener en cuenta que los derechos del hombre, son indivisibles porque esto hace a su disfrute. Por ello debemos decir que sus características son de: integralidad, interdependencia e indivisibilidad”⁴⁷.

Los derechos económicos, sociales y culturales, a diferencia de los civiles y políticos, son más colectivos que individuales y abarcan prerrogativas y libertades, como por ejemplo la protección del trabajo, los derechos gremiales, sindicales, la seguridad social, la salud, la cultura, la alimentación, el vestuario, la protección contra los despidos arbitrarios, etcétera.

El derecho al trabajo, como vimos, es un derecho humano y está protegido por el ordenamiento jurídico internacional a través de varios instrumentos que pasaremos a detallar a continuación.

La Declaración Universal de Derechos Humanos establece los siguientes derechos que gozan todas las personas: al trabajo y a la justa retribución (art. XIV); al descanso (art. XV); a la seguridad social (art. XVI). En el ámbito continental, por la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. XV y XXXVII).

El Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales, vigente desde el 3 de enero de 1976, refiere a los siguientes derechos humanos: el de trabajar, el de huelga, el de libertad de sindicalización y afiliación y el de seguridad social. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que entrara en vigor el 23 de marzo de 1976, que tutela, entre otras cosas, el derecho a fundar sindicatos y afiliarse a ellos para la protección de sus intereses (art. 22, inc. 1°).

El Pacto de San José de Costa Rica trata expresamente de los derechos económicos, sociales y culturales en el preámbulo y el art. 26, y tácitamente en el art. 31. El Protocolo Adicional del Pacto de San José de Costa Rica, protege el derecho al trabajo, a las condiciones justas equitativas y satisfactorias de trabajo, los derechos sindicales y los de seguridad social (arts. 6°, 7°, 8° y 9°).

Estos tratados sobre derechos humanos, junto con otros, han sido incorporados a nuestra Constitución en su última reforma del año 1994, a través de su art. 75,

⁴⁶ FALCHETTI, Roberto, “Las relaciones laborales de los trabajadores al servicio del Estado”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, XIII-1986-391 y ss., Buenos Aires.

⁴⁷ HITTERS, Juan C., *Derecho internacional de los derechos humanos*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 248: “No hay que perder de vista que no es posible aislar a estos derechos, ya que el no acatamiento de cualquiera origina un daño al individuo, por lo que todos son interdependientes. En tal orden de pensamiento téngase en cuenta que la Asamblea General de las Naciones Unidas destacó en su resolución 241, que el goce de las libertades civiles y políticas, y el de los derechos económicos y sociales y culturales están vinculados entre sí y se condicionan mutuamente”.

inc. 22. Expresa esta norma que estos pactos “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”.

Tanto la doctrina mayoritaria de derecho administrativo como la jurisprudencia de nuestros supremos tribunales nacional y provinciales reconocen como fuente las normas supranacionales y, asimismo, la interpretación y aplicación que los órganos judiciales transnacionales hacen de las normas de la Convención Americana de Derechos Humanos⁴⁸. Luego de analizar los instrumentos internacionales que citamos a lo largo del presente, y teniendo en cuenta la jurisprudencia tanto de la Corte Interamericana como de la Corte Suprema nacional respecto de los derechos humanos, podemos inferir que todos los derechos, garantías y principios protectores del trabajador, establecidos en dichas normativas, les son aplicados directamente a los empleados públicos, pues la mayoría de las normas no hacen alguna distinción ni discriminación entre trabajadores del ámbito privado con los del ámbito público.

Y ello es así dado que también la Corte Interamericana ha expresado que los derechos y garantías judiciales del Pacto de San José de Costa Rica son aplicables a los procedimientos administrativos en los que se juzga el comportamiento de trabajadores estatales⁴⁹.

En ocasión de dictar sentencia en el caso “Baena, Ricardo y otro v. Panamá”, entre otras cosas se dijo respecto del procedimiento administrativo: “131. Pese a que el Estado alegó que en Panamá no existía carrera administrativa al momento de los hechos del caso (diciembre de 1990) y que, en consecuencia, regía la discrecionalidad administrativa con base en la cual se permitía el libre nombramiento y remoción de los funcionarios públicos, este Tribunal considera que en cualquier circunstancia en que se imponga una sanción administrativa a un trabajador debe resguardarse el debido proceso legal. Al respecto es importante distinguir entre las facultades discrecionales de que podrían disponer los gobiernos para remover personal en función estricta de las necesidades del servicio público, y las atribuciones relacionadas con el poder sancionatorio, porque estas últimas sólo pueden ser ejercidas con sujeción al debido proceso”.

Además también se pronunció la Corte Interamericana en el mismo caso, sobre los derechos sindicales de los trabajadores estatales, manifestando entre otras cosas: “159. La libertad de asociación, en materia laboral, en los términos del art. 16 de la Convención Americana, comprende un derecho y una libertad, a saber: el derecho a formar asociaciones sin restricciones distintas a las permitidas en los incs. 2º y 3º de aquel precepto convencional y la libertad de toda persona de no ser compelida u

⁴⁸ GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 7ª ed. y 1ª ed. brasileña, Editora Del Rey FDA, Belo Horizonte - San Pablo, 2003; VI-11: “La Corte Suprema ha dicho que su interpretación debe efectuarse, tal como la Convención citada rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su afectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación”. “De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos en lo relativo a la aplicación e interpretación de la Convención Americana (conf. arts. 75 de la Constitución Nacional, 62 y 64 de la Convención Americana, y art. 2º, ley 23.054), incluyendo las opiniones consultivas del tribunal”.

⁴⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Baena, Ricardo y otros (270 trabajadores v. Panamá)”, sent. del 2/2/2001.

obligada a asociarse”. El Protocolo de San Salvador del 17 de noviembre de 1988, en su art. 8.3, recoge la misma idea y precisa que, en materia sindical, “nadie podrá ser obligado a pertenecer a un sindicato”. Y también: “160. Consta en el acervo probatorio del presente caso que al despedir a los trabajadores estatales, se despidió a dirigentes sindicales que se encontraban involucrados en una serie de reivindicaciones. Aún más, se destituyó a los sindicalistas por actos que no constituían causal de despido en la legislación vigente al momento de los hechos. Esto demuestra que, al asignarle carácter retroactivo a la ley 25, siguiendo las órdenes del Poder Ejecutivo, se pretendió darle fundamento a la desvinculación laboral masiva de dirigentes sindicales y de trabajadores del sector público, actuación que sin duda limita las posibilidades de acción de las organizaciones sindicales en el mencionado sector”⁵⁰.

Por su parte, la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales está compuesta por treinta y nueve artículos y se refiere a la siguiente temática: contrato de trabajo individual; jornada de trabajo, descanso y vacaciones; trabajo de menores; trabajo de la mujer; estabilidad; contrato de aprendizaje; trabajo a domicilio; trabajo doméstico; trabajo de la marina mercante y de la aeronáutica; empleados públicos; trabajadores intelectuales; derechos de asociación; derecho de huelga; previsión y seguridad sociales, inspección del trabajo; jurisdicción del trabajo; conciliación y arbitraje y trabajo rural.

Por último, la Encíclica *Laborem Exercens* (1981) consideró el trabajo como un derecho inherente a todo ser humano al afirmar: “...Si el trabajo —en el múltiple sentido de esta palabra— es una obligación, es decir, un deber, es también a la vez una fuente de derechos por parte del trabajador. Estos derechos deben ser examinados en el amplio contexto del conjunto de los derechos del hombre que le son connaturales, muchos de los cuales son proclamados por distintos organismos internacionales y garantizados cada vez más por los Estados para sus propios ciudadanos. El respeto de este vasto conjunto de los derechos del hombre, constituye la condición fundamental para la paz del mundo contemporáneo: la paz, tanto dentro de los pueblos y de las sociedades como en el campo de las relaciones internacionales, tal como se ha hecho notar ya en muchas ocasiones por el Magisterio de la Iglesia especialmente desde los tiempos de la Encíclica *Pacem in Terris* (1963). Los derechos humanos que brotan del trabajo, entran precisamente dentro del más amplio contexto de los derechos fundamentales de la persona...”.

3. La actividad normativa de la OIT y la obligatoriedad de los convenios ratificados por nuestro país

Luego de la Primera Guerra Mundial, a través del Tratado de Paz de Versalles, se puede considerar que nació el derecho del trabajo a nivel internacional, y se establecieron las pautas de creación de la OIT en 1919, con el propósito primordial de adoptar normas internacionales que abordaran el problema de las condiciones de trabajo que entrañaban “injusticia, miseria y privaciones”⁵¹.

La filosofía del naciente derecho laboral plasmada en el Tratado de Versalles es sintetizada por Miguel Ángel Sardegna al decir: “Allí se acuerda y expresa que

⁵⁰ Caso “Baena, Ricardo y otros”, *ut supra* mencionado.

⁵¹ La página web del organismo es www.ilo.org.

el trabajo debe dejar de ser considerado como una mercadería. No debe serlo. Se rompen así los esquemas clásicos y se destaca este nuevo Derecho distintivo de las clásicas ramas insertas en el Derecho Privado y en el Público”⁵².

A partir de la Declaración de Filadelfia, realizada en el año 1944, la OIT extendió su labor al estudio de los aspectos socioeconómicos que repercuten en las condiciones de los trabajadores. En su Constitución amplió el mandato normativo de la organización para dar cabida a asuntos de carácter general relacionados con la política social y los derechos humanos y civiles. Esencialmente, las normas internacionales del trabajo traducen un acuerdo internacional tripartito sobre dichos asuntos.

Desde el año 1946 la OIT actúa como organización especializada de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y es el único resultado importante que aún perdura del Tratado de Versalles, el cual dio origen a la Sociedad de Naciones.

La OIT está compuesta por los Estados que la integran y sus órganos son: a) La Conferencia Internacional del Trabajo, b) El Consejo de Administración, y c) la Oficina Internacional del Trabajo. La elaboración de normas internacionales del trabajo es un proceso legislativo único en su género en el que participan gobiernos y representantes de los empleadores y de los trabajadores de todas partes del mundo.

Los Estados miembros contraen la obligación de cumplir y respetar lo dispuesto por la Constitución de la OIT: informar, someter a los órganos legislativos los convenios y recomendaciones aprobados por la Conferencia, abonar la cuota anual, etcétera⁵³.

Los convenios son discutidos en la Conferencia por los representantes de los Estados, que se integran con cuatro miembros, dos elegidos por el gobierno y dos a propuesta de las organizaciones de empleados y empleadores más representativas, que actúan con independencia de aquéllos.

Estos convenios deben ser aprobados por una mayoría calificada de dos tercios de los delegados presentes. Luego, los Estados se encuentran obligados a incorporarlos a los ordenamientos jurídicos nacionales; en nuestro caso, mediante la sanción de una ley por el Congreso de la Nación. Una vez ratificada la convención por uno o varios Estados, ésta entra en vigor en el o los países que la aprobaron, quedando obligados frente a la OIT a adoptar las medidas para que aquélla se haga efectiva a través de los procedimientos internos⁵⁴.

En nuestro país, a partir de la reforma constitucional del año 1994, los convenios de la OIT aprobados por el Congreso nacional tienen jerarquía superior a las leyes. El art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional dispone: “Corresponde al Congreso: ...aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”. También tenemos que la misma norma, en el último párrafo del inciso *ut supra* mencionado, prevé las formalidades para incorporar nuevos tratados que se sumarían a los ya mencionados expresamente en la reforma, estipulando que “los demás tratados y convenciones sobre derechos

⁵² SARDEGNA, Miguel Á. - SLAVIN, Luis P., *Derecho colectivo del trabajo*, Eudeba, Buenos Aires, 1999, p. 156.

⁵³ VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 1999, ps. 254 y ss.

⁵⁴ FONTANA, Beatriz, “La negociación colectiva en el empleo público”, *Derecho del Trabajo* XLIX-B-1109 y ss.

humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

Los derechos laborales que han sido regulados por la OIT en referencia a la relación de trabajo, y que son aplicables a la relación de empleo público, son los siguientes: a) derecho a la sindicación, b) derecho a la negociación colectiva y c) derecho a huelga⁵⁵.

3.1. El convenio 87 sobre libertad sindical y protección del derecho de sindicación

La Conferencia General de la OIT, el 17 de junio de 1948, adoptó el convenio 87 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación.

En su art. 2º establece: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.

La norma expresamente dispone que el derecho a constituir asociaciones y sindicarse es para los trabajadores “sin ninguna distinción” y “sin autorización previa”, por ello entendemos que este derecho comprende también a los agentes estatales.

No obstante la amplitud de los destinatarios del convenio, la norma le otorga a los Estados miembros la posibilidad de regular estos derechos para el caso de personal de las fuerzas armadas y de la policía —de lo cual se infiere que el resto de los agentes públicos no tendrían ningún tipo de restricciones—. El art. 9º del convenio dispone: “La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio. De conformidad con los principios establecidos en el párrafo 8º del art. 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, no deberá considerarse que la ratificación de este Convenio por un Miembro menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía garantías prescriptas por el presente Convenio”.

3.2. El convenio 95 sobre protección del salario

Con fecha 8 de junio de 1949 se aprobó el convenio 95 relativo a la protección del salario, que se aplica a todas las personas a quienes se pague o deba pagarse un salario⁵⁶ —tampoco aquí se excluye a los trabajadores estatales—, entendiendo

⁵⁵ MORGADO VALENZUELA, Emilio, “Las relaciones colectivas de trabajo en la Administración Pública”, *Revista Trabajo y Seguridad Social* XIII-1986-685, Buenos Aires.

⁵⁶ Convenio 95, art. 2º: “1. El presente Convenio se aplica a todas las personas a quienes se pague o deba pagarse un salario. 2. La autoridad competente, previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan y estén directamente interesadas, podrá excluir de la aplicación de todas o de cualquiera de las disposiciones del presente Convenio a las categorías de personas que trabajen en circunstancias y condiciones de empleo tales que la aplicación de todas o de algunas de dichas disposiciones sea inapropiada y que no estén empleadas en trabajos manuales o estén empleadas en el servicio doméstico o en trabajos análogos. 3. Todo Miembro deberá indicar en la primera memoria anual sobre la aplicación del presente Convenio, que habrá de presentar

como tal la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por un acuerdo o legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

En tanto los Estados miembros no excluyan expresamente a los empleados públicos de la aplicación del convenio, los derechos en él establecidos les son garantizados a los agentes estatales.

3.3. *El convenio 98 sobre la aplicación de los principios de sindicación y negociación colectiva*

En la misma fecha del convenio anterior se aprobó el convenio 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva⁵⁷. En su art. 5º dispuso una norma similar a la establecida en el convenio 87 sobre los agentes de las fuerzas armadas y de la policía⁵⁸, pudiéndose hacer en este supuesto las mismas consideraciones que las realizadas con el convenio 87 de la OIT.

3.4. *El convenio 151 sobre protección del derecho de sindicación en la relación de empleo en la Administración Pública*

El 27 de junio de 1978 la Conferencia General de la OIT adoptó el convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública. Allí tenemos que, expresamente se menciona a la totalidad de empleados públicos sin distinción alguna.

El convenio se divide en siete partes y la primera está dedicada al ámbito de aplicación y a las definiciones de conceptos utilizados en la norma.

El art. 1º del convenio establece: "1. El presente Convenio deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo. 2. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garan-

en virtud del art. 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, cualquier categoría de personas a la que se proponga excluir de la aplicación de todas o de alguna de las disposiciones de este Convenio, de conformidad con los términos del párrafo precedente. Ningún Miembro podrá hacer exclusiones ulteriormente, salvo con respecto a las categorías de personas así indicadas".

⁵⁷ Convenio 98, art. 1º: "1. Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato; b) despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo".

⁵⁸ Convenio 98, art. 5º: "1. La legislación nacional deberá determinar el alcance de las garantías previstas en el presente Convenio en lo que se refiere a su aplicación a las fuerzas armadas y a la policía. 2. De acuerdo con los principios establecidos en el párrafo 8 del art. 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, la ratificación de este Convenio por un Miembro no podrá considerarse que menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes, que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía las garantías prescriptas en este Convenio".

tías previstas en el presente Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial. 3. La legislación nacional deberá determinar asimismo hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía”.

En su art. 2º define al empleado público como “toda persona a quien se aplique el presente convenio de conformidad con su art. 1º”. En el tercer artículo se expresa: “A los efectos del presente Convenio, la expresión *organización de empleados públicos* designa a toda organización, cualquiera que sea su composición, que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los empleados públicos”.

La segunda parte se refiere a la protección del derecho de sindicación y regula la protección de los empleados públicos⁵⁹ y de las organizaciones sindicales⁶⁰.

La parte tercera remite a las facilidades que deben concederse a las organizaciones de empleados públicos a fin de permitirles un rápido y eficaz desempeño de sus funciones.⁶¹

La cuarta parte del convenio alude a los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo de los agentes públicos⁶².

⁵⁹ Convenio 151, art. 4º: “1. Los empleados públicos gozarán de protección adecuada contra todo acto de discriminación antisindical en relación con su empleo. 2. Dicha protección se ejercerá especialmente contra todo acto que tenga por objeto: a) sujetar el empleo del empleado público a la condición de que no se afilie a una organización de empleados públicos o a que deje de ser miembro de ella; b) despedir a un empleado público, o perjudicarlo de cualquier otra forma, a causa de su afiliación a una organización de empleados públicos o de su participación en las actividades normales de tal organización”.

⁶⁰ Convenio 151, art. 5º: “1. Las organizaciones de empleados públicos gozarán de completa independencia respecto de las autoridades públicas. 2. Las organizaciones de empleados públicos gozarán de adecuada protección contra todo acto de injerencia de una autoridad pública en su constitución, funcionamiento o administración. 3. Se consideran actos de injerencia a los efectos de este artículo principalmente los destinados a fomentar la constitución de organizaciones de empleados públicos dominadas por la autoridad pública, o a sostener económicamente, o en otra forma, organizaciones de empleados públicos con objeto de colocar estas organizaciones bajo el control de la autoridad pública”.

⁶¹ Convenio 151, art. 6º: “1. Deberán concederse a los representantes de las organizaciones reconocidas de empleados públicos facilidades apropiadas para permitirles el desempeño rápido y eficaz de sus funciones durante sus horas de trabajo o fuera de ellas. 2. La concesión de tales facilidades no deberá perjudicar el funcionamiento eficaz de la administración o servicio interesado. 3. La naturaleza y el alcance de estas facilidades se determinarán de acuerdo con los métodos mencionados en el art. 7º del presente Convenio o por cualquier otro medio apropiado”.

⁶² Convenio 151, art. 7º: “Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones”.

La quinta parte concierne a la solución de conflictos⁶³ y la sexta a los derechos civiles y políticos de los empleados públicos⁶⁴. Por último, en su parte séptima regula las disposiciones finales relativas a la ratificación y vigencia del convenio.

Este convenio fue ratificado por nuestro país a través de la ley 23.328, que admite la sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, y de la ley 23.544, por la que se aplican al sector público las prácticas de negociación propias del sector privado.

La protección internacional de los trabajadores, incluyendo también a los agentes estatales, y la incorporación de las normas dictadas en el ámbito de la OIT a nuestro ordenamiento jurídico, influyen en la configuración de los principios protectorios de los trabajadores.

IV. LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR EN EL ACTUAL ESTADO SOCIAL DE DERECHO

En este acápite repasaremos la incorporación de los derechos sociales y la inclusión de los principios protectores de los trabajadores, tanto en el ámbito internacional y nacional como su incorporación al ordenamiento jurídico de la provincia de Buenos Aires.

1. El Estado de Bienestar, el constitucionalismo social y la intervención positiva del Estado

El Estado de Bienestar importa una responsabilidad estatal para asegurar unos mínimos básicos de protección social para sus ciudadanos y donde las contingencias individuales se resuelven a través de mecanismos colectivos de carácter corporativo (sindicatos, mutuales) o estatales (seguridad social, salud y educación pública, etc.)⁶⁵.

Si bien sus orígenes se hallan a finales del siglo XIX en la Alemania de Bismarck y en su legislación social, su consolidación mundial se concreta en la Europa capitalista de la segunda posguerra mundial, fundándose en la doctrina inglesa del *Report Beveridge* y en la política económica keynesiana.

Esta modificación del papel del Estado se reflejó en un nuevo constitucionalismo que fue calificado como social y que se caracterizó por la inclusión, en los textos constitucionales, de declaraciones de derechos sociales y económicos que abarcan el ámbito de la educación, la cultura, la familia, el trabajo, la asociación profesional o sindical, la propiedad social, la economía, la minoridad, la ancianidad, la seguridad social, la discapacidad, etc., estableciendo regulaciones de la "cuestión social" refe-

⁶³ Art. 7º: "Deberán adoptarse, de ser necesario, medidas adecuadas a las condiciones nacionales para estimular y fomentar el pleno desarrollo y utilización de procedimientos de negociación entre las autoridades públicas competentes y las organizaciones de empleados públicos acerca de las condiciones de empleo, o de cualesquiera otros métodos que permitan a los representantes de los empleados públicos participar en la determinación de dichas condiciones".

⁶⁴ Art. 9º: "Los empleados públicos, al igual que los demás trabajadores, gozarán de los derechos civiles y políticos esenciales para el ejercicio normal de la libertad sindical, a reserva solamente de las obligaciones que se deriven de su condición y de la naturaleza de sus funciones".

⁶⁵ Ampliar en BÉJAR, Ramón C. - TORTOSA, José M., *Pros y contras del Estado de Bienestar*, Tecnos, Madrid, 1996.

ridas a la situación del hombre en función del trabajo y sus relaciones con el capital, las clases sociales, los factores de producción y el Estado. Como explica Bidart Campos: “Por un lado, pues el constitucionalismo acusa una tendencia a marcar la función social de los derechos; por el otro, se preocupa por estructurar un orden social y económico a efectos de que la remoción de obstáculos permita a todos los hombres una igualdad de oportunidades y un ejercicio real y efectivo de las libertades y los derechos subjetivos”⁶⁶.

En la Argentina de los años cincuenta, los movimientos sociales como el sindicalismo, cuyo poder fue potenciado por la ola inmigratoria europea de las primeras décadas del siglo pasado, fundados en ideas socialistas, anarquistas y comunistas, generaron las condiciones necesarias para efectuar un cambio social que modificara las relaciones entre trabajadores y empleadores y reconociera como derechos las necesidades de los sectores sociales más castigados por las disfunciones del mercado.

Luego de la llegada al gobierno de Juan D. Perón, se transformó este modelo de organización estatal, incorporando al sistema jurídico los derechos sociales y modelando un Estado social que se plasmaría en la constitución de 1949⁶⁷. En su andar, el peronismo se propuso como meta la armonización de los conflictos sociales y la afirmación del predominio del aparato público por sobre los intereses particulares, objetivo que logró a pesar del exceso de personalismo, su inclinación al autoritarismo, el ataque a la oposición política y la disminución de los controles institucionales del poder. El gobierno que lo sucedió, luego de hacerse con el poder mediante el golpe de Estado de 1955, derogó dicha ley fundamental rescatando algunos derechos sociales en el art. 14 bis de la reformada Constitución de 1957.

El Estado de Bienestar ha dado nacimiento a los derechos sociales que, aun cuando han sido consagrados constitucionalmente, no han desarrollado de hecho las formas y garantías con que el Estado de Derecho tuteló a los derechos de libertad y propiedad.

Esta falta de protección jurídica de los derechos sociales (a través de mecanismos institucionales que garanticen su efectivización) repercute negativamente en la categoría de “ciudadanía social” que, según la clásica proposición de T. H. Marshall, es una de las ideas centrales del Estado de Bienestar.

El concepto de ciudadanía social implica básicamente la concesión a la población de derechos sociales con igual estatus legal y práctico que los derechos de propiedad, esto es, deben ser inviolables y estar otorgados en forma universal y sin ningún requisito más que ser ciudadano. Esto supone una desmercantilización del estatus de los individuos con relación al mercado, ya que el bienestar de éstos no dependerá del circuito monetario. Como explica Gøsta Esping-Andersen⁶⁸, la desmercantilización se produce cuando se presta un servicio social como un asunto de derecho y cuando una persona puede ganarse la vida sin depender del mercado.

⁶⁶ BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I-B, 9ª ed. ampl. y act. a 1999-2001, Ediar, Buenos Aires, 2001, ps. 466 y 467.

⁶⁷ Ampliar en BERROTARÁN, Patricia y otros, *Sueños de bienestar en la nueva Argentina. Estado y políticas públicas durante el peronismo 1946-1955*, Mago Mund, Buenos Aires, 2004.

⁶⁸ ESPING-ANDERSEN, Gøsta, “Un estado de bienestar para el siglo XXI”, ponencia presentada en la Cumbre Europea de Jefes de Estado celebrada en Lisboa el mes marzo de 2000. Publicado en www.revistalafactoria.eu.

La enunciación constitucional de los derechos sociales a prestaciones públicas positivas no se ha visto acompañada de la elaboración de garantías procesales adecuadas, es decir, de técnicas de defensa y de justiciabilidad comparables a las creadas por las garantías liberales para la tutela de los derechos de libertad y propiedad. El desarrollo del Estado de Bienestar en este siglo se ha producido en gran medida a través de la simple ampliación de los espacios de discrecionalidad de los aparatos burocráticos y no por la institución de técnicas de garantía adecuadas a la naturaleza de los nuevos derechos.

Veremos en los puntos siguientes cómo en la provincia de Buenos Aires la Constitución reformada en el año 1994 estableció un Estado benefactor, otorgando nuevas garantías procesales para proteger y efectivizar los derechos sociales y de tercera generación que se concedieron a la ciudadanía social bonaerense.

2. El nuevo modelo de organización social estatuido en la Constitución bonaerense: el Estado social y democrático de derecho

A pesar de haberse realizado en un período histórico de nuestra república en el que, tanto desde el Estado nacional como desde las provincias se puso en marcha un modelo económico y social neoliberal, los constituyentes de la provincia de Buenos Aires colocaron en la cúspide de nuestro ordenamiento jurídico una Constitución de eminente carácter social, superando el modelo institucional liberal de la carta reformada⁶⁹.

El texto constitucional de la provincia de Buenos Aires, a la larga, fue una piedra en el zapato para aquellos teóricos del neoliberalismo que anunciaban la muerte del Estado benefactor y el surgimiento del nuevo Estado subsidiario. Juan Carlos Cassagne dice en el tomo I de su *Derecho administrativo*: “La quiebra del modelo que caracterizó al denominado Estado benefactor, está a la vista de todos. La sociedad ya no acepta que el Estado intervenga activa y directamente en el campo económico-social asumiendo actividades que corresponde realizar a los particulares *iure proprio*”⁷⁰.

Durante la década del 90 se pudo observar en el país la reducción de los aparatos estatales, la disminución de sus funciones, la reforma de sus estructuras, el traspaso a manos privadas de cometidos públicos, la privatización de las empresas prestatarias de servicios públicos⁷¹, el reinado del “libre mercado”, que con su mano invisible

⁶⁹ ZIULLU, Adolfo G., *Derecho constitucional*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1997, ps. 58 y ss.: “Respecto de la concepción del hombre, el constitucionalismo social parte de una comprensión más integral de él, a la vez que reconoce su naturaleza gregaria. Así se tutela específicamente al hombre frente a diversas situaciones sociales que debe afrontar (enfermedad, trabajo, necesidad de vivienda, salud, alimentación, etc.), y también como integrante de grupos sociales más necesitados de protección (familia, trabajadores, infancia, mujeres, discapacitados, enfermos, ancianos). Con relación al Estado, se supera la concepción estrecha del Estado-gendarme —que era tanto más eficaz cuanto menos intervenía—, para pasar a un enfoque más participativo de él. Se le debe reconocer al Estado un papel activo y protagónico, para hacer posible el aseguramiento del goce de los derechos constitucionales, en especial por aquellas personas y grupos que aparecen socialmente como más disminuidos”. MORENO, Guillermo R., *Constitución de la provincia de Buenos Aires*, Librería Editora Platense, La Plata, 2008.

⁷⁰ CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, t. I, LexisNexis, Buenos Aires, 2002, p. 68.

⁷¹ GORDILLO, Agustín, *Después de la reforma del Estado*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1996.

regularía precios, mercaderías e injusticias. Esta adhesión a las políticas públicas recetadas por los organismos financieros internacionales y el Tesoro norteamericano, que dio en llamarse “Consenso de Washington”⁷², nos hizo dejar al margen el nuevo constitucionalismo social de nuestra provincia, calificado por muchos como una utopía irrealizable. Los textos constitucionales pasaron a un segundo plano frente a la efectiva aplicación de los diez puntos del infalible Consenso de Washington por parte de gestores de los intereses foráneos que impusieron sus reformas del sector público y nos gobernaron durante esta década nefasta.

Así Cassagne nos explica, desde la ciencia del derecho, el papel secundario o decorativo de nuestro constitucionalismo social: “La desaparición del Estado benefactor, cuya estructura modélica continúa aún formalmente vigente en muchas constituciones políticas de este siglo, si bien no ha plasmado aún en todos los textos constitucionales aunque muchos han incorporado determinados principios como el de la libertad de mercado, se halla confirmada por los programas y planes puestos en práctica por los gobiernos de los Estados principalmente de Europa y, actualmente, de América latina, que han iniciado intensos procesos de transformación del Estado y de sus estructuras fundamentales”⁷³.

La idea de un *Estado gendarme*, sostenida por la ideología liberal-individualista, limita su intervención al reconocimiento y protección de los derechos naturales de los ciudadanos, bastándole para ello con asegurar la administración de justicia, organizar una policía de seguridad, responder en las relaciones internacionales y garantizar la seguridad exterior del Estado. En este modelo, el Estado sólo puede intervenir en las libres actividades de los hombres cuando éstas causen daño a otros o atenten contra la seguridad jurídica, y esta concepción estrecha de las funciones del Estado se justifica en que del progreso y riqueza individuales, libremente obtenidos por algunos, provendrá el bienestar de la comunidad entera⁷⁴.

Los gobiernos liberales y conservadores de la dupla Carlos Menem-Fernando De la Rúa llevaron a cabo medidas para restablecer las leyes del mercado y políticas monetarias para rebajar los altos índices de inflación, reduciendo considerablemente el gasto público en busca del tan ansiado equilibrio fiscal, aun a costa de las políticas de bienestar.

En nuestro país, los beneficios sociales del modelo neoliberal nunca llegaron y la sucesión de crisis económicas derivó en una grave crisis institucional que puso en evidencia la total falta de legitimación del sistema político administrativo⁷⁵. En este

⁷² Denominación acuñada por WILLIAMSON, John, “What Washington means by policy reform”, *Latin American Adjustment: How much has happened?*, cap. 2, 1990. Ver también Ocampo, J. A., “Más allá del Consenso de Washington: una visión desde la CEPAL”, documento CEPAL, diciembre de 1998.

⁷³ CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, cit., p. 75.

⁷⁴ NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo...*, cit., p. 124: “Conforme a los principios liberal-individualista, será la libre acción de los individuos, impulsada por la libre iniciativa y el espíritu de lucro, amparada por las garantías individuales y la libertad de industria y comercio, apoyada en el derecho de propiedad privada y con todas las posibilidades que da la libertad de contratación, la que promoverá el adelanto y progreso de toda la humanidad. Del libre juego de la actividad de los individuos surgirá una sociedad cada vez más adelantada, más rica en sus individuos y, por consiguiente, en su conjunto”.

⁷⁵ Basta recordar los hechos acaecidos en nuestro país el 19 y 20 de diciembre de 2001 y la profunda crisis de legitimación del poder político que se manifestó en una interminable sucesión de presidentes.

caso, los integrantes de nuestra sociedad experimentamos los cambios de estructuras como críticos y vimos amenazada nuestra identidad social, temiendo que la desintegración de nuestras instituciones nos lleve a una sociedad anómica⁷⁶.

Lo mismo ocurrió en el resto de América latina, que adoptó el fundamentalismo de mercado pregonado por el Fondo Monetario Internacional (FMI) y el Tesoro de los Estados Unidos, como lo explica el premio nobel J. E. Stiglitz: “Si el consenso de Washington tuvo sus frutos, aún no se ha gozado de ellos o por lo menos los ciudadanos promedio de muchos de los países aún no lo han hecho. Países como Bolivia, que se encontraron entre sus primeros seguidores, todavía preguntan: hemos sentido el dolor, ¿cuándo nos toca la recompensa? Si las reformas expusieron a los países a un mayor riesgo, evidentemente no les dieron las fortalezas para una recuperación rápida; en América latina en su conjunto siguió casi media década de caída en el ingreso per cápita... Cuando las reformas fracasaron en el cumplimiento de lo prometido, tal como sucedió en un país tras otro, los gobiernos volvieron a perder credibilidad. Así, las debilidades de las instituciones públicas fueron causadas en parte por las instituciones de Washington”⁷⁷.

Este fracaso del modelo neoliberal nos evidencia la necesidad de un Estado presente y es ahí cuando, buscando entre las ruinas de nuestras desgracias, encontramos el texto de nuestra Carta Magna local, que desde su sanción siempre mantuvo su literalidad, sus institutos, su catálogo de derechos, sus controles, en fin, su nuevo sistema de pesos y contrapesos, que hasta hoy no ha sido puesto en marcha en su totalidad. Es el tiempo de rescatar la estructura del Estado de Bienestar modelada por nuestro constitucionalismo.

Desde un punto de vista jurídico, la forma institucional que adopta la provincia de Buenos Aires, a través de su Carta Magna, es la de un “Estado social de derecho”. Según la definición del constitucionalista español Isidre Molas, Estado de Derecho es aquel que garantiza el ejercicio de los derechos fundamentales, que divide el ejercicio de los poderes del Estado en diferentes instituciones u órganos y que subordina la actuación de éstos a la ley, en cuanto expresión de la voluntad del pueblo⁷⁸.

La reforma constitucional del año 1994 estableció una novedosa forma de Estado de Derecho para la provincia de Buenos Aires, donde el control de la legalidad debe estar acompañado de la efectividad de los deberes de acción positiva del Estado provincial y de la protección de los derechos que de esta acción resultan, transformando así los contornos y las funciones de la Administración Pública provincial.

Analicemos desde la visión holística de la teoría general de sistemas el nuevo modelo institucional organizado desde la cúspide del ordenamiento jurídico en el

⁷⁶ La gravedad de la crisis económica se puede analizar desde los datos brindados por el INDEC, que, si bien demuestran una mejora en las cifras, exponen estadísticamente este problema humano: “Casi quince millones de pobres. El nivel de pobreza pasó del 54% al 44,3%. El nivel de pobreza se redujo durante el primer semestre del año al 44,3% de la población, comparado con el 54% que se registraba entre enero y junio de 2003, aunque traducido en datos concretos eso significa que casi quince millones de habitantes se encuentran bajo la línea de pobreza, y de ellos más de cinco millones viven en la miseria, según datos del primer semestre del Instituto Nacional de Estadística y Censos (INDEC). También el nivel de indigencia —la proporción de la población que no tiene dinero para comer— se redujo al 17%, desde el 25,7% de 2003”, *La Nueva Provincia*, Bahía Blanca, 18/9/2004, p. 3.

⁷⁷ STIGLITZ, J. E., “El Consenso posconsenso de Washington”, documento presentado en “Del Consenso de Washington para una gobernanza global”, Forum, Barcelona, 2004.

⁷⁸ MOLAS, Isidre, *Derecho constitucional*, Tecnos, Madrid, 1998, p. 47.

marco del sistema social. Este ordenamiento jurídico funciona como un sistema menor que se encuentra incluido dentro del sistema total sociedad⁷⁹.

Los sistemas son conjuntos de elementos que guardan estrechas relaciones entre sí, que mantienen al sistema directa o indirectamente unido de modo más o menos estable y cuyo comportamiento global persigue, normalmente, algún tipo de objetivo. Un sistema es un todo inseparable y no la simple suma de sus partes y esta interrelación de dos o más partes resulta en una cualidad emergente que no se explica por las partes consideradas separadamente. La totalidad del fenómeno no es igual a sus partes, sino algo diferente y superior, por lo que, si pretendemos analizar un fenómeno sistémico, tendremos que mirar más allá de sus partes y detenernos en la complejidad de su organización⁸⁰.

Cuando empleamos la teoría de sistemas para comprender o estudiar algún fenómeno es esencial entender que un sistema es, ante todo, una entidad independiente, no importa que a su vez pertenezca o sea parte de otro sistema mayor, y que, visto así, es por su parte un todo coherente que podemos analizar para mejorar la comprensión de ese fenómeno.

Por eso estudiaremos su parte desde un punto de vista teórico, el modelo de sociedad del "Estado social de derecho" o "Estado de Bienestar", con la ayuda de dos autores alemanes que han analizado las contradicciones y los problemas de legitimación del capitalismo europeo tardío.

Para ello recurriremos a la teoría de los sistemas sociales creada por Niklas Luhmann, utilizando el modelo de funcionamiento del capitalismo tardío expuesto por Claus Offe y Jürgen Habermas, quienes encuentran explicación a la incumplida predicción de Karl Marx referida a la contradicción existente entre "democracia y capitalismo" en el paso del Estado liberal o gendarme al Estado benefactor. Dejaremos de lado las críticas que, desde la derecha y desde la izquierda, sufrió esta forma de organización estatal en Europa, para detenernos en su modelo teórico de funcionamiento.

El Estado de Bienestar cumplió una función pacificadora de las democracias capitalistas avanzadas para el período subsiguiente a la Segunda Guerra Mundial. Esta fórmula de paz, explica Offe, consiste básicamente en la obligación que asume el Estado de suministrar asistencia y apoyo a los ciudadanos que sufren necesidades y riesgos específicos, característicos de la sociedad mercantil; dicha asistencia se suministra en virtud de pretensiones legales otorgadas a los ciudadanos (derechos sociales). En el Estado de Bienestar cumplen un rol importante los sindicatos o gremios que ejercen un papel formal en la negociación colectiva de las condiciones de trabajo como en la formación de planes públicos⁸¹.

Esta composición estructural del Estado de Bienestar tiene la función de limitar y mitigar el conflicto de clases, equilibrando la asimétrica relación de poder entre trabajo y capital, y, de ese modo, colabora en superar la situación de luchas paralizantes y contradicciones que constituían el rasgo más visible del capitalismo liberal.

⁷⁹ Ampliar en BERTALANFFY, Ludwig von, *Teoría general de sistemas*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

⁸⁰ BUCKLEY, W., *La sociología y la teoría moderna de los sistemas*, Amorrortu, Buenos Aires, 1973.

⁸¹ OFFE, Claus, *Contradicciones en el Estado de Bienestar*, Alianza, Madrid, 1990, p. 135.

En nuestro país, los Estados provinciales dispusieron en sus constituciones locales normas que le dan forma a una organización típica de los Estados democráticos de bienestar europeos. Los datos de la realidad no reflejan el predicado “bienestar” de la sociedad. Aquí es donde se nos presenta un problema, ya que no existe correspondencia entre lo que se dice y lo que se hace, entre los derechos que se garantizan a los ciudadanos y su efectivo ejercicio, entre los roles activos de los Estados y su tibia intervención en los mercados.

Jürgen Habermas, al analizar las tendencias a la crisis en el capitalismo tardío, expone en un modelo descriptivo del Estado de Bienestar o “capitalismo regulado por el Estado” sus rasgos estructurales más importantes. Esta forma de organización social, según este filósofo de la Escuela de Frankfurt, se distingue por dos fenómenos: por un lado, el proceso de acumulación de empresas y la organización de los mercados de bienes, de capitales y de trabajo; por el otro, el hecho que el Estado interviene en las crecientes fallas de funcionamiento del mercado⁸².

Según Claus Offe, este Estado “se caracteriza, más bien, por estructuras organizativas y constitucionales cuya selectividad específica se ordena a reconciliar y armonizar la economía capitalista organizada privadamente y los procesos de socialización disparados por esta economía”⁸³.

En el último medio siglo, el Estado moderno ha asumido funciones nuevas en la inmensa mayoría de los países desarrollados, interviniendo en la economía y asumiendo cada día un mayor número de funciones de beneficio social o de interés colectivo.

En la evolución de la sociedad capitalista occidental se sucedieron incorporaciones de ciertas clases de derechos (civiles, políticos, sociales y nuevos derechos), de acuerdo con cada etapa de los procesos socioeconómicos por las que transitaban estos países. Como explica Danilo Zolo, los derechos civiles —entre ellos, especialmente la libertad personal, la autonomía negocial y la propiedad privada— resultaban funcionales a la economía de mercado en su fase de nacimiento y expansión. Durante el siglo XIX, los derechos políticos, por su parte, habían favorecido la inserción de las clases trabajadoras en las instituciones elitistas del Estado liberal, desarrollando su sentido de pertenencia, con efectos no sólo de integración social sino de mayor conciencia reivindicativa. Por último se incorporaron los derechos sociales, como por ejemplo aquellos que protegen a los trabajadores, y más recientemente los “nuevos derechos”, como los que resguardan el medio ambiente, a los consumidores, a la mujer, etcétera⁸⁴.

Danilo Zolo hace referencia a la paradoja que se plantea por el hecho de que los derechos sociales, a diferencia de los derechos civiles y, en parte, de los derechos políticos, sean de signo opuesto a la lógica adquisitiva del mercado de las sociedades capitalistas. Los derechos sociales tienden, esencialmente, a la igualdad, mientras que el mercado produce desigualdad⁸⁵.

⁸² HABERMAS, Jürgen, *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu, Buenos Aires, 1998, p. 49.

⁸³ OFFE, Claus, *Contradicciones...*, cit., ps. 61 y ss.

⁸⁴ ZOLO, Danilo, “Libertad, propiedad e igualdad en la teoría de los derechos fundamentales. A propósito de un ensayo de Luigi Ferrajoli”, trabajo publicado en la obra colectiva *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2001, ps. 75 y ss.

⁸⁵ ZOLO, Danilo, “Libertad, propiedad e igualdad...”, cit., p. 95.

Propone este autor una solución explicativa a través de lo que él llamó “ley de eficacia decreciente”, en la que expresa que al reconocimiento más amplio de nuevas categorías de derechos corresponde una eficacia decreciente del disfrute por parte de la ciudadanía de éstos. Así afirmó: “A medida que se ha pasado del reconocimiento de los derechos civiles al de los derechos políticos y, finalmente, al de los derechos sociales, la garantía de los derechos se ha vuelto cada vez más selectiva, más jurídicamente imperfecta y más políticamente reversible”⁸⁶.

Pero más allá de la veracidad de estas afirmaciones iusrealistas, que de ninguna forma podemos desconocer, compartimos la visión optimista de Ferrajoli cuando explica que si un derecho carece de garantías, por no ser aplicado o tutelado por las autoridades, estamos frente a una laguna del derecho que las autoridades tienen la obligación de resolver.

Por su parte, la propuesta de Thomas Marshall⁸⁷ sigue este camino al predecir que los derechos sociales terminarán, si no por eliminar la desigualdad social, sí, al menos, por modificar su estructura. En el Estado Social de derecho o Estado de Bienestar sobrevivirá sólo la desigualdad de rentas y de consumos privados, pero no una desigualdad de estatus y, por ello, de acceso de los ciudadanos a los derechos subjetivos.

En cuanto a la protección de los trabajadores dentro del Estado social de derecho, adherimos a la propuesta de los laboristas Gastón Valente y Ricardo Cornaglia, quienes afirmaron: “La mejor forma de superar la crisis del Estado y el capital, pasa por racionalizar los conflictos que las profundizan, con el consiguiente reconocimiento de los derechos sociales que ello implica, de los trabajadores dependientes sean éstos públicos o privados”⁸⁸.

Esta nueva construcción de un Estado benefactor pretende dejar atrás el modelo de capitalismo liberal y conformar un modelo donde los diferentes sistemas sociales funcionen de la siguiente manera:



⁸⁶ ZOLO, Danilo, “Libertad, propiedad e igualdad...”, cit., p. 96.

⁸⁷ MARSHALL, Thomas H., *Ciudadanía y clase social*, citado por ZOLO, Danilo, “Libertad, propiedad e igualdad...”, cit., p. 96, nota 45.

⁸⁸ CORNAGLIA, Ricardo - VALENTE, Gastón, “El reconocimiento progresivo...”, cit., ps. 74 y ss.

Este modelo sistémico expuesto por Claus Offe y seguido, con algunas variantes, por Habermas, funciona de la siguiente manera: el sistema económico depende de la continua intervención estatal eliminando sus defectos internos de funcionamiento (servicios reguladores); por su parte, el sistema económico transfiere (a través del pago de impuestos) partes del valor producido en él al sistema político-administrativo (recaudación fiscal). El sistema político-administrativo se vincula al sistema sociocultural por las expectativas, demandas y pretensiones a las que se ve enfrentado y ante las cuales reacciona a través de servicios organizativos y otros del Estado de Bienestar (rendimientos sociales del Estado). Por otra parte, la autonomía y capacidad de acción del sistema político-administrativo depende de la lealtad de masas (apoyo difuso).⁸⁹ Este sistema administrativo debe mantener equilibradas las relaciones con los otros dos sistemas para evitar crisis que afecten sus relaciones con ellos (crisis de racionalidad en su relación con el sistema económico⁹⁰ y crisis de legitimación en su vinculación con el sistema sociocultural)⁹¹.

El sistema político-administrativo a fin de mantener su legitimidad en el ejercicio del poder, debe brindarle al sistema sociocultural los rendimientos sociales del Estado, a cambio de una difusa lealtad de masas. Este tipo de apoyo difuso, según Offe, puede describirse como la capacidad del sistema administrativo para ganarse una auténtica aceptación de sus estructuras, procesos y resultados políticos efectivos⁹².

El Fisco, como explica Habermas, debe cargar con los costos comunes de una producción cada vez más socializada: los costos de obras de infraestructura que atañen directamente a la producción (sistemas de comunicaciones, progreso técnico-científico, formación profesional); los costos del consumo social que afecta indirectamente a la producción (construcción de viviendas, acondicionamiento del tránsito, salud pública, educación, seguridad social); los costos de la asistencia social (planes y subsidios para desempleados) y, por último, los costos externos generados por las empresas privadas (deterioro del ambiente). A esta lista hay que agregarle, para países del Tercer Mundo como el nuestro, el costo del pago de la deuda externa

⁸⁹ OFFE, Claus, *Contradicciones...*, cit., ps. 61 y ss.

⁹⁰ THURY CORNEJO, Valentín, *Juez y división de poderes hoy*, Ciudad Argentina, Buenos Aires 2002, p. 131: "La crisis económica o fiscal hace referencia a la tendencia de las demandas de intervención dirigidas al Estado a crecer más rápidamente que las posibilidades para producir respuestas intervencionistas por parte de éste, con lo cual nos introducimos en una de las típicas paradojas del sistema, en la cual se requiere un mayor intervencionismo estatal, pero, si éste se produjera, amenazaría las posibilidades de desarrollo económico del sistema capitalista. El Estado de bienestar, por lo tanto, debe responder a una doble dinámica de mercantilización-desmercantilización, según la cual la propia supervivencia del Estado supone su autolimitación frente al sistema capitalista, al mismo tiempo que la morigeración de sus efectos perversos requiere de su intervención operativa".

⁹¹ HABERMAS, Jürgen, *Problemas de legitimación...*, cit., p. 81: "El ciclo de la crisis distribuido a lo largo del tiempo y de consecuencias sociales cada vez más graves se reemplaza ahora por una inflación y una crisis permanente de las finanzas públicas. Es un problema empírico averiguar si estos fenómenos de reemplazo han logrado dominar con éxito la crisis económica o sólo indican su desplazamiento provisional hacia el sistema político. Ello depende, en última instancia, de si el capital invertido de manera indirectamente productiva logra un acrecimiento de la productividad del trabajo suficiente para asegurar la lealtad de masas y, al mismo tiempo, para conservar la marcha".

⁹² OFFE, Claus, *Contradicciones...*, cit., p. 69.

(Banco Mundial y FMI)⁹³. Todo ello debe financiarse con lo recaudado del cobro de impuestos.

El Estado provincial bonaerense garantiza, a través de la nueva Carta Magna, entre otras, las siguientes conductas: a) la promoción del desarrollo integral de las personas, garantizando la igualdad de oportunidades y la efectiva participación de todos en la organización política, económica y social (art. 11, CPBA); b) la tutela judicial continua y efectiva (art. 15, CPBA); c) la conservación y recuperación del medio ambiente (art. 28, CPBA); d) la eliminación de obstáculos económicos sociales o de cualquier otra naturaleza, que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y garantías constitucionales (art. 36, CPBA); e) los derechos a la protección de la familia (art. 36, inc. 1º, CPBA); f) los derechos de la niñez (art. 36, inc. 2º, CPBA); g) los derechos de la juventud (art. 36, inc. 3º, CPBA); h) los derechos de la mujer (art. 36, inc. 4º, CPBA); i) los derechos de la discapacidad (art. 36, inc. 5º, CPBA); j) los derechos de la tercera edad (art. 36, inc. 6º, CPBA); k) el derecho a la vivienda (art. 36, inc. 7º, CPBA); l) el derecho a la salud (art. 36, inc. 8º, CPBA); ll) los derechos de los indígenas (art. 36, inc. 9º, CPBA); m) los derechos de los veteranos de guerra (art. 36, inc. 10); n) el derecho a percibir, a través de políticas efectivas de acción social y salud, las utilidades producidas por los juegos de azar (art. 37, CPBA); ñ) la educación para el consumo y el establecimiento de procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos (art. 38, CPBA); o) la fiscalización de las normas laborales y propiciar el pleno empleo (art. 39, CPBA); p) los regímenes de seguridad social (art. 40, CPBA); q) el reconocimiento de las entidades intermedias, gremiales, sociales y económicas, fomentando la organización y desarrollo de cooperativas y mutuales (art. 41, CPBA); r) la investigación científica y tecnológica (art. 43, CPBA); y s) el desarrollo de políticas protectoras del patrimonio cultural, histórico, arquitectónico, arqueológico y urbanístico.

Estas conductas activas, que le son ordenadas a la Administración por la actual Constitución, hacen nacer en cabeza de los ciudadanos los siguientes derechos fundamentales: a) a la igualdad de oportunidades y a la no discriminación; b) a la tutela judicial efectiva; c) a un ambiente sano; d) a la protección social; e) a la vivienda; f) a la salud; g) a la educación; h) a la protección laboral; i) a la seguridad social; j) a la asociación en entidades intermedias, gremiales, sociales y económicas, entre otras.

Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía o regiría en su ausencia. Los derechos fundamentales son impuestos por la Constitución a las decisiones de la mayoría y al libre mercado.

Del texto constitucional se puede inferir la construcción de un renovado estatuto institucional de la Administración Pública provincial, enmarcado en un "Estado social y democrático de derecho". Este rol activo en materia social que debe desempeñar la Administración local, como vimos, trae consigo el nacimiento de nuevos derechos en cabeza de los administrados. Esta situación debe estar acompañada por

⁹³ Ampliar en LOZADA, Salvador M., *La deuda externa y el desguace del Estado nacional*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2002; CALCAGNO, Alfredo E. - CALCAGNO, Eric, *La deuda externa explicada a todos (los que tienen que pagarla)*, Catálogos, Buenos Aires, 2000; CÁNEVA, Pablo, *La deuda ¿debemos o nos deben?*, Nuestra América, Buenos Aires, 2003; MORELLO, Augusto M., *La deuda pública externa*, Rubinzal-Culzoni, Sante Fe, 2002; MEZA, Jorge A. - JUDICA, Juan I., *La deuda argentina. La condena de Sisifo*, Dunken, Buenos Aires, 2003.

la modificación de los sistemas de control del poder público al que la Constitución le ordenó administrar un Estado benefactor que intervenga complementando y sustituyendo parcialmente los mecanismos del mercado⁹⁴.

El reconocimiento de los derechos sociales de los trabajadores dependientes, tanto públicos como privados, ha sido dispuesto en el derecho positivo internacional, nacional y provincial acordando estándares mínimos de protección sin generar formas discriminatorias, ni desigualdades injustas. Cornaglia y Valente nos recordaban una frase que signaba el portal del campo de concentración y exterminio de Auschwitz: "El trabajo dignifica, pero el Estado, cuando expresa su cultura totalitaria, suele olvidarlo"⁹⁵.

⁹⁴ BREWER CARIAS, Allan R., "Los condicionamientos políticos de la Administración Pública en los países de América latina", *Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública* XXVI-303-91 y ss.

⁹⁵ CORNAGLIA, Ricardo - VALENTE, Gastón, "El reconocimiento progresivo...", cit., p. 75.

CAPÍTULO II

NATURALEZA JURÍDICA Y PRINCIPIOS DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

I. LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO¹

1. La naturaleza jurídica de la relación de empleo público

El agente o empleado público es aquella persona que presta servicios remunerados a favor del Estado enajenando su fuerza de trabajo. Para Jorge Docobo, el elemento principal de esta relación es la prestación de servicios para el Estado, siendo indiferente la naturaleza jurídica como la actividad del organismo empleador².

Más allá de esta opinión, la naturaleza jurídica de la relación de empleo público ha sido objeto de diversas posturas doctrinarias expresadas en teorías civilistas, políticas, mixtas, de derecho público, contractual y estatutario³.

Actualmente, tanto los autores de derecho administrativo, como la jurisprudencia de la Corte nacional, coinciden en otorgar al derecho público la regulación del vínculo jurídico existente entre el Estado y sus agentes.

Descartando que se trata de una relación regida por el derecho privado, y reconociendo que se trata de una relación ubicada en el ámbito del derecho público, se discute entre posturas que sostienen que es un contrato administrativo (bilateral) o una relación estatutaria (unilateral).

Manuel María Díez se enrola en la corriente estatutaria ya que el Estado pone las condiciones y normas que regulan la relación de empleo público no entrando en juego la voluntad del trabajador estatal. No se configura, por lo tanto, una unión contractual ni siquiera de aquellas regidas por el derecho administrativo⁴.

Agustín Gordillo se enroló en la postura contraria, pronunciándose a favor de la posición contractualista.

La posición de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sido cambiante aunque, por lo general, prevalece la postura de considerar dicho vínculo como un

¹ Capítulo realizado con base en el trabajo de CABRAL, Pablo O., "Los principios del derecho laboral y su operatividad en la relación de empleo público, con particular referencia al derecho a la estabilidad", LNBA 2005-6-654.

² DOCOBO, Jorge J., "Tendencias actuales respecto del principio protectorio frente a la relación de trabajo en el sector público", RDA 1996-18-145.

³ Ampliar en VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, t. III, TEA, Buenos Aires, 1951, cap. II: "Naturaleza jurídica de la función y empleo público", p. 289.

⁴ Díez, Manuel M., *Manual de derecho administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1997.

contrato administrativo⁵. El mismo tribunal, antes de aceptar la teoría contractual, afirmó que existía: "...Un acto de imperio o de mando, en virtud del cual sin ningún acuerdo previo, el Estado inviste al empleado nombrado de la función pública"⁶.

El profesor Agustín Gordillo, al explayarse sobre la naturaleza de la relación de empleo público, y al analizar la jurisprudencia del Supremo Tribunal nacional, manifestó: "No creemos que pueda sostenerse que la jurisprudencia ha aceptado esta última doctrina —la contractual—, en primer lugar por los vaivenes sufridos hasta el presente, pero fundamentalmente porque en todos estos fallos no se discutía en verdad si nos encontrábamos ante una relación unilateral o ante un contrato administrativo; las consideraciones efectuadas por el tribunal al respecto son meramente incidentales y por lo tanto carecen de valor decisivo como precedentes. A nuestro juicio —dice, coincidiendo con Villegas Basavilbaso—, la cuestión no está aún resuelta en la jurisprudencia"⁷.

En igual sentido, como explica Villegas Basavilbaso, "cualquiera sea la teoría que se acepte —la del acto unilateral, la del contrato de derecho público o la del acto bilateral—, siempre y en todos los casos ocurrentes predomina la voluntad del Estado, en cuanto se presume que representa los intereses generales, y, por consiguiente, ningún interés personal puede ser un obstáculo insuperable"⁸.

La tradicional jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación establece que las relaciones del empleado público con el Estado están regidas por el derecho constitucional y administrativo⁹.

La Corte ha planteado de manera terminante la diferencia entre derecho público y derecho privado, cuando al sentenciar en autos "Fasola, Castaño y otro v. Obra Social del Poder Judicial", una causa de empleo público, afirmó que "la relación de empleo con la Nación y el personal de administración de ella es de carácter público y no de derecho privado, laboral o no laboral. Y las reclamaciones que con motivo de aquélla puedan dar lugar a intervención judicial, no son, en consecuencia, de competencia de los jueces de trabajo"¹⁰.

Según explica Justo López, el Máximo Tribunal, al resolver esta causa mantuvo la línea que separa la relación de "empleo público", considerándola regida por el derecho administrativo, de la de "empleo privado", regida por las normas del derecho laboral, de modo que lo que en él se decide es la incompetencia *ratione materiae* y no *ratione personae*¹¹.

También la Corte tuvo oportunidad de expresarse sobre la naturaleza de la relación de empleo público en el ámbito provincial. En autos "Provincia de Buenos Aires v. Bemberg, Luis y otros" dijo: "Las relaciones de derecho entre el Estado y el empleado público no nacen de un contrato civil sino de un acto de imperio por virtud del cual se inviste al empleado nombrado, que acepta su designación, de la función

⁵ Causa "Labella de Corso" (1942), Fallos 194:111.

⁶ Causa "Berges" (1932), Fallos 166:264.

⁷ GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, Macchi, Buenos Aires, 1974, p. X-14.

⁸ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo...*, cit., p. 337.

⁹ Corte Sup., autos "Zelayes v. Provincia de Mendoza", publicado en DT 1942-II-447; autos "Labella de Corso v. Municipalidad de la Capital", Fallos 194:111 (1942); autos "Gerlero v. Gobierno Nacional", publicado en DT 1951-XXI-589.

¹⁰ Fallos 239:214.

¹¹ LÓPEZ, Justo, "El trabajador del Estado", DT 1974, p. 443.

pública reglamentada por leyes, decretos y resoluciones que, en su conjunto constituyen el derecho administrativo que les es aplicable, entre cuyas disposiciones figuran las que determinan la remuneración (Fallos 189:228; 193:352; 210:85; 220:383 y los en ellos citados) por ello y porque corresponde a la Nación y a las provincias, en sus respectivas esferas, la adopción de esas normas de derecho público, no cabe hablar aquí de la supremacía constitucional de la legislación común, ni de infracción a los preceptos de ésta...”¹².

El procurador general del Tesoro dispuso, mediante dictamen 25/1992 de fecha 30 de enero de 1992: “El principio general aplicable a la relación que media entre el personal de la Administración Pública y el Estado, es que la misma está regida por las normas del derecho público —constitucionales y administrativas— y no por las del derecho privado —laboral o no laboral—”.

En el mismo sentido dispuso la C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2^a, 13/12/1994, en autos “Mayol Inés A. v. Estado Nacional - Ministerio del Interior”: “La relación de empleo público está sujeta a una normativa específica, diferente a la ley de contrato de trabajo que expresamente excluye de su ámbito de aplicación a los empleados públicos”.

En otro conocido fallo, la Corte se pronunció sobre la naturaleza de la relación de empleo público y su regulación jurídica al tener que resolver sobre la constitucionalidad de las reducciones salariales adoptadas por el Poder Ejecutivo en el marco de una emergencia económica. En autos “Guida, Liliana v. Poder Ejecutivo Nacional s/empleo público” dijo que “la relación de empleo público se rige por pautas de derecho público, en las que el Estado goza de prerrogativas que resultarían exorbitantes para el derecho privado, pero que componen el marco en que se desenvuelve su poder de gobierno”, agregando que: “por lo demás, en el marco de la relación de empleo público el Poder Ejecutivo goza —en el ámbito de su competencia— de prerrogativas exorbitantes propias del régimen iusadministrativo que le permiten, a fin de satisfacer en la mejor forma el interés público, introducir modificaciones en el contrato, siempre que ellas sean razonables y no signifiquen una alteración sustancial de sus condiciones”¹³. Para resolver esta causa, la Corte corroboró si la decisión del Poder Ejecutivo de reducir la remuneración de los agentes estatales violaba los derechos constitucionales a la propiedad (art. 17, CN), a la igualdad (art. 16, CN)

¹² Corte Sup., fallo publicado en DT 1952-XII-665.

¹³ Fallos 323:1566, agregó la Corte: “Que la modificación de los márgenes de remuneración, en forma temporaria, motivada por los efectos de una grave crisis internacional de orden financiero, no implica *per se* una violación del art. 17 de la Constitución Nacional. Corresponde advertir, en este aspecto, que la ausencia de indemnización o compensación por la reducción salarial, no constituye el elemento determinante para juzgar la constitucionalidad de la norma... Cabe destacar que esta Corte ha reconocido desde antiguo las particularidades de la relación de empleo público y su incidencia en las modalidades que ésta asume (Fallos 166:264; 187:116; 191:263; 210:85; 220:383, entre otros). Más recientemente, aunque fundado en otras motivaciones, este Tribunal ha señalado que no puede soslayarse que el Estado se encuentra en posición de variar unilateralmente las condiciones del contrato, inclusive en lo concerniente a las funciones que han sido encomendadas al empleado, siempre que tales modificaciones sean impuestas de modo razonable (Fallos 315:2561 y 318:500). Asimismo, con relación a la garantía establecida en el art. 14 bis de la Constitución Nacional se ha puntualizado, que el derecho a la estabilidad en el empleo público no es absoluto, de modo que coloque a sus beneficiarios por encima del interés general, al obligar a mantenerlos en actividad aunque sus servicios dejen de ser necesarios, ya sea por motivos de economía o por otras causas igualmente razonables (Fallos 261:361, entre otros)”.

y a la estabilidad del empleado público (art. 14 bis, CN), decidiéndose finalmente por la constitucionalidad del recorte salarial. No obstante ello, tampoco en este fallo se aclaró por parte del Tribunal si la naturaleza de la relación entre el Estado y sus agentes era contractual o estatutaria, pues de los votos de los ministros que se pronunciaron no surge esto, ni tampoco del dictamen del procurador general de la Corte, Dr. Nicolás Becerra¹⁴, quien manifestó una opinión similar a la de Gordillo y Villegas Basabilvaso.

En el ámbito provincial, la Suprema Corte de Justicia bonaerense tiene establecida la doctrina que se inclina por considerar a la relación de empleo público como de carácter estatutario.

En la causa "Souto, Susana y otros v. Municipalidad de General Pueyrredón s/demanda contencioso administrativa", sentenciada en el año 1992, dijo el Máximo Tribunal provincial: "La relación de empleo público —de naturaleza estatutaria— se regula por actos unilaterales provenientes de la Administración Pública..."¹⁵.

Como señalara Luis Arias¹⁶, esta postura fue modificada, primero, con la integración de la Suprema Corte de Justicia con conjuces en las causas "Lorroque"¹⁷, "Todisco"¹⁸ y "Barrionuevo"¹⁹, "Flores"²⁰ y "López"²¹, en las que calificaron a la relación de empleo público como un contrato administrativo, criterio luego reiterado con una conformación compuesta parcialmente por magistrados estables del Tribunal, en las causas "AERI"²² y "UPCN"²³.

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires, reformada en el año 1994, en su art. 39, inc. 4º, al regular el derecho de negociación de los trabajadores estatales, dispone que "todo acto o contrato que contravenga las garantías reconocidas en el presente inciso será nulo".

En nuestra opinión, la nueva Constitución vino a poner fin a la polémica en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, ya que al referirse a "contrato" está reconociendo que el instrumento mediante el cual se establece el vínculo entre el trabajador estatal y su empleador es de carácter contractual. La referencia a los actos tiene su explicación en la inteligencia que, aun cuando la relación de empleo público sea con-

¹⁴ Dictamen del procurador general de la Corte Suprema: "...Tal como se puede apreciar, la respuesta a la cuestión planteada es afirmativa, reitero, cualquiera sea la posición doctrinaria que explique la naturaleza jurídica de la relación de empleo público. En efecto, si se la considera una especie del género contrato administrativo, se trataría del ejercicio del *ius variandi* que, con ciertos límites, se admite como prerrogativa del Estado; mientras que, si se le otorgara naturaleza reglamentaria o estatutaria, entonces, también se podría adoptar esta medida para el futuro, porque 'nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos ni a su inalterabilidad'" (Fallos 315:839, 2769, 2999; 316:204, 2483; 318:1237, 1531, entre muchos otros).

¹⁵ Sup. Corte Bs. As., causa B-50.551.

¹⁶ ARIAS, LUIS F., "Emergencia y empleo público: una distorsión ideológica en la teoría de la contratación administrativa y los derechos sociales", Suplemento especial de la revista jurídica argentina LL: "El contrato administrativo en la actualidad", mayo de 2004, p. 86.

¹⁷ Sup. Corte Bs. As., B-63.442.

¹⁸ Sup. Corte Bs. As., B-63.212.

¹⁹ Sup. Corte Bs. As., B-63.177.

²⁰ Sup. Corte Bs. As., B-63.279.

²¹ Sup. Corte Bs. As., B-63.099.

²² Sup. Corte Bs. As., I-2312.

²³ Sup. Corte Bs. As., B- 64.621.

tractual, la Administración expresará su voluntad a través de actos administrativos. De haber reconocido el carácter estatutario de la relación se hubiera manifestado en referencia a “todo reglamento o estatuto”, no mencionando ninguna de estas dos figuras jurídicas que le dan sustento a la postura que sostiene el carácter estatutario de la relación de empleo público.

Por lo tanto, el constituyente, al referirse a “acto o contrato”, no lo hizo pensando en la posibilidad de la existencia de relaciones estatutarias o contractuales, sino con la intención de proteger al empleado público tanto en el momento de la contratación como en los actos de ejecución de dicho acuerdo por parte del Estado empleador.

Que la relación sea contractual no implica desconocer la existencia de estatutos o reglamentos que regulan los derechos y las obligaciones de los trabajadores que prestan servicios en el Estado, a los cuales se somete al momento de ingresar como agente público.

Adherimos a la definición efectuada por Carlos Botassi, en la que afirma: “El contrato de empleo público es aquel mediante el cual una persona física compromete la realización de una serie de tareas, previamente reglamentadas, por las cuales el Estado asume el pago de una suma de dinero en forma periódica”²⁴.

Veremos adelante qué rama del derecho regula jurídicamente este contrato, si el derecho público o el derecho laboral, donde en definitiva se volverá a la discusión sobre el carácter público o privado de la relación.

A continuación daremos un vistazo a las posturas expuestas por los doctrinarios que desarrollan su actividad en el derecho administrativo y luego las de aquellos que lo hacen desde el derecho del trabajo.

2. La regulación jurídica del trabajo estatal. El empleo público y los paradigmas del derecho administrativo

Hoy en día, como explican Gastón Valente y Ricardo Cornaglia, la regulación del empleo público se desarrolla a partir de una contradictoria y complicada relación entre el derecho administrativo y el derecho del trabajo²⁵.

El empleo público es un instituto jurídico que ha nacido en el ámbito del derecho administrativo y con anterioridad a la aparición del derecho laboral. Este último se incorporó a la realidad nacional como una fuerza protectora del trabajador y se consagró con su recepción en la Constitución peronista de 1949.

Fue la doctrina administrativista la encargada de crear las instituciones que regulan el vínculo de los trabajadores públicos con el Estado, siempre con una visión del derecho público, en la que el Estado se encuentra en una situación de privilegio frente al resto de personas que están obligadas a soportar las potestades de este último.

²⁴ BOTASSI, Carlos A., *Contratos de la administración provincial*, Scotti, La Plata, 1996, p.117.

²⁵ CORNAGLIA, Ricardo - VALENTE, Gastón, “El reconocimiento progresivo de los derechos sociales de los trabajadores dependientes del Estado”, RAP Buenos Aires, año I, nro. 6, septiembre de 2003, p. 74. Agregan estos prestigiosos laboristas: “En el derecho positivo interno, acompañando una clara tendencia internacional, es notorio que la relación de este tipo de empleo viene perdiendo aceleradamente su encuadramiento exclusivo en el Derecho administrativo. A ese proceso se lo caracteriza como propio de la privatización de la relación de empleo público o la laboralización del mismo”.

El paradigma que está presente entre muchos de los autores de derecho administrativo es la primacía del Estado por sobre los particulares y la efectiva presencia del real poder estatal en sus relaciones con los ciudadanos, fundado en la superioridad del interés público por sobre los intereses individuales.

Esta desigualdad que inclina la balanza hacia el poder estatal también está presente en la relación del Estado con sus empleados. Los poderes y las prerrogativas del Estado, como defensor del interés general, deben primar, según esta concepción, por sobre los intereses particulares de los trabajadores que se desempeñan dentro de su órbita y es por esta idea protectora del *ius imperi* estatal que Horacio de la Fuente calificó esta doctrina administrativista como “autoritaria”²⁶.

La paulatina incorporación de los derechos sindicales a los trabajadores estatales puso de relieve la contradicción entre los intereses sectoriales de los empleados públicos y esta concepción administrativista de la relación jurídica que los une con el Estado empleador.

3. El empleo público desde la óptica del derecho laboral

Como se ha visto, el derecho laboral, como rama del ordenamiento jurídico que regula la relación de trabajo, no es aplicado por la doctrina administrativista ni por la jurisprudencia a las relaciones entre los asalariados y el Estado²⁷. Lo afirmado se puede apreciar al leer los fallos del Tribunal Superior de la Nación en distintos períodos, pues ni aun en situaciones que hubieran sido configurativas de fraude laboral, o de contrataciones que estaban en pugna con el marco regulatorio que establecía las formas de incorporación de agentes a la Administración Pública, se aplicaron normas o principios de índole laboral²⁸.

²⁶ DE LA FUENTE, Horacio H., “La privatización del empleo público”, LL del 14/3/2001, p. 1: “Esta doctrina se inspira y recoge, con algunos matices, la vieja tradición autoritaria que considera al funcionario público como un servidor del Príncipe —ahora Estado moderno— a quien se le reconoce, por un lado, pocos derechos, sólo los necesarios para que pueda ejercer la función pública con la mayor eficacia, mientras que por otro lado se lo grava con incontables deberes, prohibiciones y responsabilidades. En la constitución y desarrollo de la relación jurídica creada el Estado actúa siempre investido del *ius imperi*, adquiriendo por lo tanto una definida situación de supremacía y mando, frente a un empleado que queda sometido a una rígida ‘sujeción especial, a quien se coloca en una extrema desigualdad jurídica y económica. Conforme a esta doctrina, que en adelante llamaremos autoritaria...”

²⁷ El procurador general del Tesoro de la Nación dispuso mediante dictamen 25/1992, de fecha 30/1/1992, que “el principio general aplicable a la relación que media entre el personal de la Administración Pública y el Estado, es que la misma está regida por normas del derecho público —constitucionales y administrativas— y no por las del derecho privado laboral o no laboral”. La C. Nac. Trab., sala 1ª, 21/4/1993, en autos “Balado, Jorge A. y otros v. Banco Central”, JA 1994-III-453, expresó: “Los dependientes de la Administración Pública nacional, provincial o municipal están comprendidos dentro del régimen jurídico del derecho administrativo, salvo las excepciones contempladas por el art. 2º, inc. a), Ley de Contrato de Trabajo, al requerir que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo”.

²⁸ RODRÍGUEZ MANZINI, Jorge, “Tendencias actuales respecto del principio protectorio frente a la relación de empleo público”, DT 1994-B-1131. Ampliar en POTOBsky, Gerardo von, “La negociación colectiva en la Administración Pública”, *Revista Legislación del Trabajo* XXXIV-641.

Excepcionalmente y en forma aislada, alguna jurisprudencia del fuero laboral adoptó la postura contraria, con interesantes planteos en sus sentencias, de prestigiosos doctrinarios del derecho laboral, que cumplían función judicial²⁹.

El derecho laboral, al igual que el derecho administrativo, es un derecho en nacimiento y continuo desarrollo³⁰, y ambos son producto de las luchas sociales que, en un caso, persiguieron la limitación y el control de los poderes públicos y, en el otro, la protección del trabajo frente al capital³¹. Ambos derechos intervienen a fin de equilibrar relaciones entre partes que son objetivamente desiguales: Estado-ciudadano, empleador-trabajador.

En apariencia, en la relación de empleo público las prerrogativas y potestades exorbitantes del derecho privado, que caracterizan al Estado, y la prioridad del interés público estarían en contraposición con las normas y los principios protectorios del trabajador, propios del derecho laboral.

Así se ha sostenido que el empleo público satisface las necesidades colectivas y el Estado lo organiza con fines de interés público, en tanto que el contrato de trabajo tiene lugar entre particulares para la satisfacción de intereses privados³².

Entendemos que esto no es así, ya que, como expondremos luego, de una correcta hermenéutica jurídica no se desprende tal oposición sino, por el contrario, existe una armonía, al menos teórica, que permite la coexistencia pacífica de las prerrogativas estatales, el interés público y los principios protectorios del derecho laboral.

Algunos doctrinarios del derecho del trabajo se han manifestado contrarios a la regulación de la relación de empleo público por las normas o principios que constituyen el orden público laboral.

²⁹ C. Nac. Trab., sala 6ª, 27/2/1997, "Farias, Angélica N. v. Instituto de Obra Social para Personal de los Ministerios de Bienestar Social y de Trabajo": "...A los efectos de considerar incluido a un trabajador en el régimen de la ley de contrato de trabajo y por aplicación del art. 2º, inc. a), hay que atenerse a la intención de las partes en la oportunidad de la celebración de los contratos pero, cuando la contratación es fraudulenta y desprovista de toda legitimidad, tendiente exclusivamente a cercenar derechos del trabajador en oposición a expresos dictados de la Constitución Nacional, no puede hacerse valer la voluntad expresada en tales contratos, de por sí carentes de validez y corresponde en tal situación excepcional, aplicar la norma de rango superior, que garantiza a todo trabajador público o privado un resarcimiento en el supuesto de despido arbitrario, para lo cual es justo aceptar como parámetros las disposiciones de los arts. 245, 232 y 233 del régimen de contrato de trabajo" (voto del Dr. Capón Filas, con adhesión del Dr. Fernández Madrid), DT 1998-B-1503 y ss.

³⁰ NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo al cambio social*, Siglo XXI Editores, México, 1999, p. 154: "El derecho del trabajo es una rama nueva, nacida al término de la Primera Guerra Mundial. Su origen se debe al rechazo de la igualdad teórica de los hombres entre sí que predicaba el individualismo y al reconocimiento de que el gran poder económico de los patrones, así como la insuficiencia de recursos de los trabajadores, son capaces de alterar el equilibrio en las relaciones laborales, razón por la cual es necesario un Derecho especial que apoye a la parte más débil, que la cohesione en sus enfrentamientos con los patrones y que imponga exigencias mínimas de protección al trabajador, que la voluntad de las partes no pueda dejar sin efecto".

³¹ RODRIGUEZ MANCINI, Jorge, *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 35: "El derecho del trabajo parte así de una desigualdad (jurídico personal y económica) entre trabajador y empleador, que es necesario corregir o mitigar para evitar que se transforme en sometimiento del más débil a las condiciones del poderoso, poniendo en grave riesgo los más elementales derechos de la persona que trabaja e, inclusive, su misma existencia física".

³² PÉREZ, Benito, "Los empleados de la Administración Pública no están amparados por la ley 11.729", DT 1947-45.

Ernesto Krotoschin³³ afirma que, por más que haya aproximación de instituciones y principios jurídicos relativos a las relaciones de empleo privado y de empleo público, esta última no es contrato de trabajo.

Así explica: “Sucedee que la relación de empleo público está sufriendo cambios —emocionales, ideológicos, pragmáticos e incluso jurídicos— los que sin duda influyen en el desarrollo tanto de la práctica como del derecho administrativo, pero que no llegan, ni pueden llegar a sustituir el acto administrativo, que es la base del verdadero empleo público, por un contrato de trabajo, ni siquiera como variante pública de aquél. Las múltiples coincidencias de instituciones y reglas jurídicas en ambas clases de empleo no privan ni a uno ni a otro de su naturaleza jurídica que es bien distinta. Por otro lado se mantienen diferentes también en cuanto al contenido de cada relación”³⁴.

Asimismo, desde el derecho laboral se han expuesto teorías doctrinarias tendientes a la inclusión de las personas al servicio del Estado dentro del derecho del trabajo y a la regulación del vínculo de los empleados públicos por un derecho común a todos los trabajadores, reconociendo la existencia de ciertas diferencias que justificarían la calificación como contrato especial dentro de la normativa genérica del derecho laboral³⁵.

Entre los administrativistas, Bartolomé Fiorini adhirió a esta postura doctrinaria y, en un trabajo publicado en el año 1964 y titulado gráficamente: “El trabajo que se aliena al Estado”, expresó: “El contrato laboral, en cuanto simple contrato de suministro de trabajo productor, nada tiene que hacer con el impelente y joven derecho administrativo, como expresión de la manifestación jurídica del poder público... El contrato de trabajo, pese a su publización, continúa siendo la expresión de la voluntad de un asalariado que enajena su fuerza productora de trabajo a un tercero, y no se transforma esta sustancia si el tercero, extraño a la voluntad de quien aliena, se presenta con el aparente férreo casquete de poder público”³⁶.

³³ KROTOSCHIN, Ernesto, “Los empleados públicos y el derecho del trabajo”, *Revista Legislación del Trabajo* XIX-865.

³⁴ KROTOSCHIN, Ernesto, “Los empleados públicos...”, cit., p. 866.

³⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “El trabajador público y los convenios colectivos”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, t. XIII, Buenos Aires, 1986, p. 673: “Debemos empezar por destacar que existe una firme y creciente tendencia hacia la extensión del derecho del trabajo a los servidores del Estado... La noción de la relación de trabajo —que, en cierto modo, se independiza del contrato de trabajo—, la idea de trabajo como hecho que expusiera De Ferrari, la difusión del principio de la primacía de la realidad, fueron afirmando y afianzando una línea de pensamiento que centra su atención en los hechos de la vida real más que en los aspectos formales de la contratación”. Para una postura contraria ver FALCHETTI, Roberto, “Las relaciones laborales de los trabajadores al servicio del Estado”, *Revista Trabajo y Seguridad Social*, t. XIII, Buenos Aires, 1986, p. 391: “Por ello, nosotros pensamos que el estado actual de la normativa indica que las personas al servicio del Estado no son trabajadores en el sentido técnico laboral del término y que, salvo indicación expresa que así lo determine, no están comprendidos por la regulación del Derecho laboral. Lo expresado no desconoce que la tendencia parecería ser la de determinar la aplicabilidad de institutos de Derecho laboral a la esfera de las personas al servicio del Estado”.

³⁶ FIORINI, Bartolomé, “El trabajo que se aliena al Estado”, DT 1964-337. Del mismo autor: “Los obreros de las empresas estatales son siempre asalariados”, DT 1972-363.

Ricardo Guibourg³⁷ afirma que la diferencia entre la relación de empleo público y el contrato de trabajo no se funda en sus naturalezas esencialmente distintas, sino en la particular regulación normativa de cada uno. En virtud de ello, no debe pensarse al derecho administrativo y al derecho laboral como compartimentos estancos.

Para que exista un contrato de trabajo es necesario: a) que la relación emane del mutuo y libre consentimiento de las partes; b) que en virtud de ella una de las partes (que debe ser una persona física) se obligue a prestar (o preste efectivamente) una actividad personal; c) que dicha actividad se preste bajo la dirección y supervisión de la otra parte, que asume un carácter preeminente en la relación jurídica y d) que quien presta su actividad sea remunerado por la otra parte, mediante entregas más o menos periódicas de dinero u otros bienes económicos.

A partir de estos conceptos tipificadores del contrato de trabajo, Guibourg observa que “estas condiciones son tan amplias que su presencia puede ser detectada fácilmente en las relaciones llamadas de empleo público”³⁸.

Afirma este autor: “Un empleado estatal es una persona física; se obliga a prestar sus servicios a otra persona, que es el Estado; está sujeto a una estricta dependencia, que incluye a veces un poder disciplinario inimaginable por un empleador privado; y —con independencia de la satisfacción patriótica que encuentre en su tarea— recibe una remuneración que se supone destinada a su subsistencia y cuya importancia depende de la tarea cumplida, según el valor que el presupuesto le asigne”³⁹.

Esta postura de la doctrina del derecho laboral, según la cual no hay diferencias entre el trabajador estatal y el privado, se manifiesta a favor de un proceso de privatización de la relación de empleo en el Estado. Guillermo A. Fernández ha dicho que “la naturaleza jurídica del vínculo en cuya virtud el empleado público presta sus servicios a la Administración Pública se correlaciona con la circunstancia de que reviste calidad de trabajador, sujeto del Derecho del Trabajo y no del Derecho Administrativo, de donde ese vínculo constituye un contrato de trabajo y el empleado público no es un administrado más”⁴⁰.

Este autor plantea el error de considerar al contrato de empleo público como un contrato administrativo, ya que en verdad se trata de un contrato concluido con la Administración y, por lo tanto, regido por principios diferentes de los que rigen la contratación administrativa⁴¹.

En las VII Jornadas Científicas de la Magistratura Argentina, llevadas a cabo en Salta durante el mes de octubre de 1988, se concluyó por mayoría en la Comisión

³⁷ GUIBOURG, Ricardo A., “El contrato de trabajo y la naturaleza jurídica del empleo público”, *Revista Legislación del Trabajo* XXVII-481.

³⁸ GUIBOURG, Ricardo A., “Contrato de trabajo y empleo público: un caso de hipóstasis”, *Revista Notas de Filosofía del Derecho*, nro. V, Buenos Aires, 1969.

³⁹ GUIBOURG, Ricardo A., “El contrato de trabajo...”, cit., p. 483.

⁴⁰ FERNÁNDEZ, Guillermo A., “El Estado empleador y los conflictos vinculados con la llamada relación de empleo público: en busca de un punto de equilibrio”, JA 1994-I-761.

⁴¹ FERNÁNDEZ, Guillermo A., “El Estado empleador...”, cit., p. 768: “Pero no obstante este paso decisivo, persiste la vena administrativista, pues hasta los más calificados autores ubican ese vínculo entre los contratos administrativos, confundiendo contrato administrativo y contrato concluido con la Administración Pública, por ej., el contrato de locación de un inmueble, o los proclives a institucionalizar un fraude, el contrato de locación de servicios o de obra”.

de Derecho Laboral que “la relación de empleo público pertenece al Derecho del Trabajo y es en esencia un contrato de trabajo”.

En la actualidad, pese a estas posturas laboralistas, tanto el contrato de trabajo en el ámbito privado como el contrato de empleo público, tienen sus propias regulaciones legales y estatutarias dentro del derecho laboral, el primero, y dentro del derecho administrativo, el último⁴².

La Ley de Contrato de Trabajo excluye del ámbito de aplicabilidad de sus normas a los dependientes de la Administración Pública nacional, provincial y municipal. Sin embargo, establece su aplicación, como excepción, cuando por acto expreso se los incluya en aquélla o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo⁴³.

No obstante, es posible aplicar a la relación de empleo público los principios del derecho laboral que, como veremos, fueron constitucionalizados, tanto a nivel nacional y provincial como de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En este sentido se manifestó Juan Carlos Fernández Madrid al decir que “el empleo público es un contrato de trabajo y que, tal como está regulado en el régimen básico de la función pública, es un estatuto particular de ciertos empleados al servicio del Estado, a los que no alcanza el régimen de la Ley de Contrato Trabajo, pero al que son aplicables las disposiciones del art. 14 bis de la Constitución Nacional y los principios generales del derecho del trabajo que la LCT recoge de la misma forma en que unas y otros tienen vigencia en otros regímenes estatutarios excluidos de la misma ley”⁴⁴.

II. LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL Y SU OPERATIVIDAD EN LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

Versará el presente acápite sobre la posibilidad de aplicación de los principios jurídicos del derecho laboral a la relación de empleo público. Para ello comenzaremos por enmarcar doctrinaria y jurisprudencialmente esta relación entre el agente estatal y su empleador, buscando su “naturaleza jurídica” y estableciendo los límites y umbrales de su regulación normativa.

⁴² LÓPEZ, Justo - CENTENO, Norberto - FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Ley de Contrato de Trabajo*, Contabilidad Moderna, Buenos Aires, p. 36: “Una reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación separó la relación de empleo público de la de empleo privado, considerando a aquélla regida por el derecho constitucional y el administrativo y no por el del trabajo”. RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Curso de derecho del trabajo...*, cit., p. 129: “Cabe destacar, como principio, que el trabajo regulado por nuestra disciplina es el que se presta en la actividad privada; dicho con un juego de palabras es privativo de los trabajadores privados (Borrajó Dacruz). En cambio, el trabajo prestado a favor del Estado está regido, también en principio, por el derecho público (constitucional y administrativo). La doctrina tradicional ha fundado la distinción anterior en las condiciones supuestamente intrínsecas en que se forma y se desarrolla una y otra relación. Sin embargo, una corriente importante sostiene que no habría diferencias sustanciales entre las relaciones de empleo público y de empleo privado, y propicia un enfoque unitario, en virtud del cual las disposiciones del derecho del trabajo serían aplicables a los trabajadores del Estado”.

⁴³ Ley de Contrato de Trabajo 20.744, art. 2º: “...Las disposiciones de esta ley no serán aplicables: a) A los dependientes de la Administración Pública nacional, provincial o municipal, excepto que por acto expreso se los incluya en la misma o en el régimen de las convenciones colectivas de trabajo...”.

⁴⁴ FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., “El empleo público y el derecho del trabajo”, *Legislación del Trabajo XXXIV*-883.

Luego continuaremos diferenciando los *principios* de las *normas* y, dentro de los primeros los *generales del derecho* de aquellos específicos de un sector del ordenamiento jurídico como el derecho laboral o el derecho administrativo.

Repasaremos el catálogo de derechos y principios establecidos en la Constitución Nacional, para luego desarrollar los siete principios de interpretación de la relación laboral dispuestos en la Carta Magna provincial para comprender su significado y vinculación con la materia que nos toca desarrollar.

Abordaremos la crisis que plantea la contradicción y oposición entre principios del derecho laboral, del derecho administrativo y del derecho constitucional estableciendo pautas armonizadoras del sistema, que permitan, a quien ha de resolver una contienda o dictar una norma, contar con herramientas para evaluar el peso relativo de cada uno de los principios que se entrecruzan en la relación de empleo público.

1. Los principios generales del derecho

En la definición del concepto de los principios jurídicos se mezclan diferentes corrientes filosóficas del derecho, así como regulaciones normativas y posiciones doctrinarias encontradas.

La primera distinción que haremos será entre los *principios generales del derecho* y aquellos principios jurídicos de una rama específica de la ciencia jurídica como los *principios del derecho laboral* o los *principios del derecho administrativo*. En este punto no nos referiremos a los principios específicos de un área jurídica en particular, sino a aquellas directrices que se aplican a la totalidad del derecho.

La clásica definición positivista de los principios generales del derecho expuesta por Carnelutti dice que éstos no son algo que exista fuera, sino dentro del mismo derecho escrito, ya que derivan de las normas establecidas, agregando gráficamente que se encuentran dentro del derecho escrito como el alcohol dentro del vino: son el espíritu o la esencia de la ley⁴⁵.

Así, los principios se obtienen por inducción del análisis de las normas que integran el ordenamiento jurídico. Se parte de las normas individuales que integran el sistema jurídico y se obtiene un principio superior o general que orienta el derecho positivo particular.

Desde una postura crítica del iuspositivismo, Ronald Dworkin define los principios como estándares que han de ser observados, porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad⁴⁶. Aquí los principios son previos o anteriores al ordenamiento jurídico positivo y constituyen verdades supremas del derecho nacidas de la lógica y la ética y que por ser racionales y humanos son universales.

Eduardo García de Enterría describió los principios generales del derecho como una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constitu-

⁴⁵ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema di diritto processuale civile. I. Funzione e composizione del processo*, Padova, 1936, p. 120.

⁴⁶ DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia. De la teoría del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría y práctica*, Gedisa, Barcelona, 2002.

yen el *substractum* mismo del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica⁴⁷.

Buscando una delimitación del concepto seguiremos un trabajo de Genaro Carrió en el que destaca los diversos significados que en los ámbitos jurídicos se le otorga a la palabra "principios", vinculándola con las ideas de: 1) "propiedad fundamental", "núcleo básico", "característica central"; 2) "regla, guía, orientación o indicación generales"; 3) "fuente generadora", "causa" u "origen"; 4) "finalidad", "objetivo", "propósito" o "meta"; 5) "premisa", "inalterable punto de partida para el razonamiento", "axioma", "verdad teórica postulada como evidente", "esencia", "propiedad definitoria"; 6) "regla práctica de contenido evidente", "verdad ética incuestionable"; 7) "máxima", "aforismo", "proverbio", "pieza de sabiduría práctica que nos viene del pasado y que trae consigo el valor de la experiencia acumulada y el prestigio de la tradición"⁴⁸.

El concepto de "principios jurídicos" que utilizaremos aquí, siguiendo a este autor, no coincide con las diversas ideas antes expuestas, sino que presenta las siguientes características:

1) Son pautas de segundo grado, ya que presuponen la existencia de otras reglas y se refieren a ellas.

2) Están orientadas a quienes se encuentran en posición de justificar decisiones con base en normas de primer grado.

3) Disponen pautas referidas a cómo y cuándo deben aplicarse las reglas sobre las que versan, qué alcance darles, cómo combinarlas, etc. Asimismo, en determinados casos completan las llamadas "lagunas del derecho".

4) Tienen un cierto grado de neutralidad tópica o de relativa indiferencia de contenido, ya que trasponen los límites de distintos campos de regulación jurídica.

Asimismo, los llamados principios generales del derecho integran nuestro ordenamiento jurídico y las disposiciones positivas expresas se refieren a su aplicación a la hora de resolver una cuestión litigiosa por parte de un juez.

La función de estas reglas se puede sintetizar en las siguientes tres misiones:

a) Informadora: se dirigen al legislador, quien los debe considerar al momento de legislar, actuando como fundamento del ordenamiento jurídico.

b) Normativa: sirven para llenar los vacíos legislativos actuando en forma supletoria, en caso de ausencia de norma, por ello se afirma que los principios son medios de integrar el derecho.

c) Interpretadora: esta función es trascendente para la interpretación realizada por los jueces, quienes se deben orientar, al momento de fallar, por estos principios del ordenamiento jurídico.

En cuanto a la obligación de los jueces de fallar o resolver los casos planteados por las partes, el Código Civil en su art. 15 dispone: "Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes".

Asimismo, en su art. 16 establece una pauta de interpretación de las cuestiones civiles que se ha extendido a la totalidad del ordenamiento: "Si una cuestión civil no puede resolverse, ni por las palabras, ni por el espíritu de la ley, se atenderá a los prin-

⁴⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder*, Civitas, Madrid, 1983, p. 42.

⁴⁸ CARRIÓ, Genaro R., *Notas sobre derecho y lenguaje*, 4ª ed. corr. y aum., reimpr., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994, p. 209.

principios de leyes análogas; y si aún la cuestión fuere dudosa, se resolverá por los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

En autos “Petruccelli, F. y otro v. Municipalidad de la Capital”, la Corte Suprema de la Nación resolvió que la regla de interpretación prevista en el art. 16 excede los límites del derecho privado para proyectarse como un principio general vigente en todo el orden jurídico interno⁴⁹. Sin embargo, hay que dejar expuesto que la analogía no puede utilizarse en materia penal ni sancionatoria, en virtud de los principios de legalidad y tipicidad que rigen dicho ámbito.

Adelantamos que la Constitución bonaerense establece en su art. 171 un criterio similar de fundamentación de las decisiones judiciales, ya que ante la falta de texto expreso de la ley deberá estar sustentada la sentencia en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva y, en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso.

2. Los principios del derecho laboral

Los principios del derecho laboral o del trabajo sólo son aplicables en dicha área del ordenamiento jurídico y en muchos casos difieren o contradicen principios generales del derecho o principios de otras áreas específicas, como el derecho privado o el derecho administrativo.

Julio Armando Grisolia dijo que los principios generales del derecho laboral son las reglas inmutables e ideas esenciales que forman la base en las cuales se sustenta todo el ordenamiento jurídico laboral⁵⁰.

El jurista uruguayo Américo Plá Rodríguez definió los principios del derecho del trabajo como aquellas “líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa e indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos”⁵¹.

El profesor Ricardo Cornaglia explicó que “los principios generales de la rama jurídica autónoma que es el derecho del trabajo se constituyen con referencia a esta ciencia, con el mismo sentido y función que los cimientos y la estructura de hormigón cumplen en el edificio de varios pisos. Ni los cimientos, ni la estructura son a primera vista apreciados cuando el edificio está terminado, pero sin ellos nada queda en pie”⁵².

Roberto García Martínez explica la función de filtro que deben cumplir los principios del derecho laboral: “Al estudiar las relaciones entre el derecho civil y el derecho del trabajo, hemos señalado que el derecho común actúa como supletorio de nuestra rama, aplicándose sus reglas en forma subsidiaria, en ciertos y determinados casos, estando sujeta a su aplicación a la adaptación del derecho común a las exigencias o conveniencias del derecho laboral, acomodándose a los principios generales del derecho del trabajo”⁵³.

⁴⁹ Corte Sup., fallo del 13/6/1989, publicado en JA 1990-II-93.

⁵⁰ GRISOLIA, Julio A., *Manual de derecho laboral*, 4ª ed., AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2008.

⁵¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, “El trabajador público...”, cit.

⁵² CORNAGLIA, Ricardo J., *Derecho de daños laborales. Acciones comunes por infortunios*, Némesis, Buenos Aires, 1992.

⁵³ GARCÍA MARTÍNEZ, Roberto, “Principios del derecho del trabajo e interpretación de normas del derecho común”, DT XLVII-A-698.

Juan Carlos Fernández Madrid dijo de los principios que son las ideas fundamentales de la organización jurídico laboral que surgen del orden normativo dado y lo realimentan, dándole determinado sentido a cada una de las disposiciones que lo componen, resultando indispensables para aplicar rectamente sus normas⁵⁴.

Enumerar los principios de derecho laboral no ha sido tarea sencilla y existen tantos listados como autores, por ello tomaremos, a modo de ejemplo, la enumeración realizada por Plá Rodríguez en su obra "Los principios del derecho del trabajo" estableciendo los siguientes:

- 1) Principio protector, del que se desprenden las siguientes reglas:
 - a) regla *in dubio pro operario*;
 - b) regla de la aplicación de la norma más favorable;
 - c) regla de la condición más beneficiosa.
- 2) Principio de irrenunciabilidad de los derechos.
- 3) Principio de la continuidad de la relación laboral.
- 4) Principio de la primacía de la realidad.
- 5) Principio de la razonabilidad.
- 6) Principio de la buena fe.
- 7) Principio de no discriminación.

Coinciden la mayoría de los autores en el carácter abierto de las enumeraciones de los principios laborales, pudiendo ser incorporadas nuevas reglas y estándares que reflejen nuevas situaciones sociales y que deban ser plasmadas en el ordenamiento jurídico.

3. La aplicación de los principios del derecho laboral a la relación de empleo público

Consideramos que los trabajadores estatales se encuentran protegidos tanto por los principios y derechos que establece el art. 14 bis de la Constitución Nacional, como por los que le otorga el art. 39 de la Carta Magna de la provincia de Buenos Aires. En ambas Constituciones no sólo se reconoce al empleado público como trabajador sino que se refuerza con especial énfasis el principio protectorio al garantizarle la estabilidad en el cargo, protegiéndolo ante la posible arbitrariedad de su empleador público.

Los principios del derecho laboral, que nacieron para proteger a la parte más débil de la relación de trabajo corrigiendo desigualdades, deben ser aplicables en el vínculo que se establece con el empleador más poderoso que es el Estado.

Se deriva de este postulado que la justicia competente en la resolución de las causas de empleo público, en nuestra provincia atribuida constitucionalmente al fuero contencioso administrativo, debe aplicar los diferentes principios protectorios del derecho laboral que, como vimos, han sido positivizados en las Constituciones nacional y bonaerense, ya que la relación de empleo público constituye un régimen particular comprendido dentro del derecho del trabajo.

La Constitución establece un criterio claro de interpretación del ordenamiento jurídico en el nuevo art. 171, que dice: "Las sentencias que pronuncien los jueces

⁵⁴ FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado práctico de derecho del trabajo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1990, p. 160.

y tribunales letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de éste, en los principios jurídicos de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en consideración las circunstancias del caso”.

4. Los principios de la Constitución bonaerense y su aplicación a la relación de empleo público

En este punto analizaremos cada uno de los principios protectores del trabajador incorporados a la Constitución bonaerense en la reforma del año 1994, intentando vincular estos principios del derecho laboral con la relación de empleo público y en especial con el derecho constitucional a la estabilidad.

Si bien todos los principios, en mayor o menor medida, se vinculan con el derecho a la estabilidad del empleado público, resalta la trascendencia del principio de primacía de la realidad a la hora de estudiar una modalidad de vinculación laboral tan utilizada por la Administración Pública como el régimen de contratados.

La relación del trabajador del Estado con su empleador, al ser regulada por el derecho público, debe recurrir a normas e institutos del derecho administrativo, pero esas creaciones jurídicas deben adecuarse a los principios del derecho laboral que han sido constitucionalizados, ya que éstos actúan como tamiz o filtro a través de los cuales las normas administrativas adquieren una nueva vitalidad y un nuevo enfoque.

El reconocimiento pleno y efectivo de los derechos sociales correspondientes a los trabajadores estatales por parte del Estado no debe ser una excepción. Los principios y las normas del derecho público no pueden ser utilizados para que éste desconozca las normas constitucionales que, además de resguardar al trabajador privado, protegen al agente estatal.

Gastón Valente y Ricardo Cornaglia nos recuerdan que “...a ese fin responde mantener la subsistencia de principios reconocidos por el Derecho administrativo, cuando las normas sociales de segunda generación no existían, afirmándose en la cultura de la reglamentación del poder autoritario, en todo lo que hace a la regulación del trabajo de los estatales y también el legitimar y promover prácticas fraudulentas en la contratación de estos trabajadores”⁵⁵.

4.1. Principio de irrenunciabilidad

La irrenunciabilidad de los derechos es la imposibilidad jurídica del trabajador de privarse voluntariamente de una o más ventajas concedidas por el derecho del trabajo en su beneficio⁵⁶. Este principio pone por sobre la voluntad de las partes contratantes, manifestada a través de la renuncia, las normas del orden público laboral que establecen condiciones beneficiosas para el trabajador no reconociéndole eficacia jurídica a la declaración del empleado de privarse del ejercicio de los derechos que le otorga el ordenamiento jurídico.

⁵⁵ CORNAGLIA, Ricardo - VALENTE, Gastón, “El reconocimiento progresivo...”, cit., p. 76.

⁵⁶ GRISOLIA, Julio A., *Manual de derecho...*, p. 113.

Como manifestaron Pérez Botija y Bayón Chacón: “El fin del principio de irrenunciabilidad es la protección de quien, por su situación económica y social menos privilegiada, puede ser fácilmente coaccionado y obligado a renunciar al ejercicio de un derecho muchas veces presunto y discutible, frente a una oferta que venga a remediar, con su valor numérico inferior, una necesidad de atención urgente, incluso en los casos en que no fuera posible probar debidamente el fraude a la ley ni la existencia de una vis compulsiva suficiente para invalidar el acto de renuncia”⁵⁷.

El principio de irrenunciabilidad, como vimos, se aparta de la libertad de contratar y de la autonomía de la voluntad, que junto con el derecho de propiedad privada constituyen los pilares del liberal-individualismo.

La teoría contractual individualista se funda en considerar a todas las partes en un plano de igualdad y que por lo tanto sus declaraciones de voluntad, emitidas libremente, ubican el contrato en un plano superior a la ley como fuente jurídica vinculante.

Fue así que nuestro codificador, Dalmacio Vélez Sarsfield, tomando como modelo el Código napoleónico, estableció en el art. 1197, CCiv.: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”. Sobre este artículo, Guillermo Borda comenta: “Es el reconocimiento pleno del principio de la autonomía de la voluntad: el contrato es obligatorio porque es querido; la voluntad es la fuente de las obligaciones contractuales. Reina soberana en todo este sector del derecho”⁵⁸.

El nacimiento del principio de irrenunciabilidad en el ámbito de las relaciones laborales, opuesto a la libertad contractual y a la autonomía de la voluntad, tiene su explicación en que esa igualdad y libertad de las partes, reinante en el plano jurídico, no refleja la realidad socioeconómica de desigualdad entre los contratantes en una relación de trabajo dentro de una sociedad capitalista.

Esta realidad, no contenida en el principio de libre contratación, es descripta por Eduardo Novoa Monreal, al decir que “los hombres viven en condiciones enormemente desiguales y tienen entre sí desigualdades de muchas clases; una de éstas, que de hecho afecta en forma considerable la real libertad para ligarse jurídicamente, es la desigualdad económica. Comparemos, por ejemplo, el significado que tiene para un gran empresario y para un obrero común la celebración de un contrato individual de trabajo: para aquél se trata de un episodio insignificante dentro del volumen de

⁵⁷ BAYÓN CHACÓN - PÉREZ BOTIJA, *Manual de derecho del trabajo*, t. I, Madrid, 1964, p. 231.

⁵⁸ BORDA, Guillermo A., *Manual de contratos*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1991, ps. 14 y 15. Explica este autor: “El siglo XIX fue testigo de la máxima exaltación de la voluntad como poder jurídico. El nuevo orden instaurado por la Revolución Francesa hizo concebir a sus teóricos la ilusión de una sociedad compuesta por hombres libres, fuertes y justos. El ideal era que esos hombres regularan espontáneamente sus relaciones recíprocas. Toda intervención del Estado que no fuere para salvaguardar los principios esenciales del orden público, aparecía altamente dañosa, tanto desde el punto de vista individual como social. Los contratos valían porque eran queridos; lo que es libremente querido es justo, decía Foullé. Esta confianza en el libre juego de la libertad individual, en el contractualismo trascendió del derecho privado al público. La sociedad fue concebida como el resultado del acuerdo entre los hombres. La obra fundamental de Rousseau —una de las que mayor influencia haya tenido en el pensamiento político de su época— se llamó precisamente *El contrato social*. El Código Napoleón recogió este pensamiento y así ha podido decirse de él que es un monumento levantado a la gloria de la libertad individual”. Asimismo, ampliar en MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Teoría general del contrato*, Orbir, Rosario, 1976.

un negocio que ocupa a miles de obreros, no lo realiza personalmente sino mediante dependientes suyos que lo representan, muy probablemente no está informado de él y no conoce sus términos; en cambio, para el obrero de ese contrato depende su vida futura y la posibilidad de subsistencia para él y su familia, lo que lo transforma para él en un compromiso trascendental que concentra todo su interés y en el que cifra sus esperanzas. Suponer, en consecuencia, que ambos celebran el contrato con igual libertad e idénticas posibilidades de influir sobre las cláusulas que en él se contienen, es algo enteramente ajeno a la realidad”⁵⁹.

Las desigualdades a que se hace mención se trasladan a la relación de empleo público en la que el agente se vincula con el Estado que se presenta con todas sus facultades y potestades ajenas al derecho privado. Aquí las partes del contrato ya no sólo son desiguales en el plano económico, sino que también lo son en el plano estrictamente jurídico.

Dice Fernández Madrid que el Estado “tiene la potestad de dictar reglamentos y colocar al dependiente en la más acentuada situación de desigualdad. Si lo que busca el derecho del trabajo es corregir desigualdades, es claro que debe ser especialmente aplicado a la relación que se traba con el empleador más poderoso que es el Estado, que impone sin discusión las condiciones de trabajo y prácticamente no puede atender las situaciones particulares”⁶⁰.

El principio de irrenunciabilidad ha sido utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en autos “Ferrari, Raúl Fernando v. Piantoni Hnos. SA s/diferencia de haberes”, donde afirmó: “Cabe liminarmente señalar para un correcto enfoque del caso y en relación a la expresión tácita de la voluntad referida a fs. 161 vta. del veredicto, que mientras el principio de renunciabilidad es la regla en el ámbito del derecho común, en el del derecho laboral rige precisamente su opuesto: el principio de irrenunciabilidad. Precisamente el art. 58 de la ley sustantiva incorrectamente aplicado en el fallo representa una de las normas legales inspiradas en tal principio, disponiendo la inadmisibilidad de todo tipo de presunciones que conduzcan a sostener la renuncia al empleo o cualquier otro derecho del trabajador, con la sola excepción que se verifique un comportamiento inequívoco en ese sentido. En consecuencia, la renuncia que efectuare el trabajador de algún derecho consagrado por el ordenamiento laboral, deviene imperativamente en una circunstancia atípica y excepcional”⁶¹.

En materia de empleo público la Cámara Civil y Comercial n. 2, sala 1ª de la ciudad de La Plata, en autos “Ucar, José G. v. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/despido injustificado” dijo, a través del voto del juez Sosa: “Constituye un principio inconcuso, que los derechos a la indemnización por despido injustificado son irrenunciables. Recuerdo, como lo subraya el apelante, que el inc. 3º del art. 39 de la Constitución provincial, consagra que en materia laboral ‘...regirán los principios de irrenunciabilidad, justicia social... en beneficio del trabajador, primacía de la verdad, indemnidad... y, en caso de duda...’, se impone una ‘...interpretación a favor del trabajador’”⁶².

⁵⁹ NOVOA MONREAL, Eduardo, *El derecho como obstáculo...*, cit., p. 168.

⁶⁰ FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado práctico...*, cit., p. 887.

⁶¹ Sup. Corte Bs. As., causa L-50.830.

⁶² Causa B-253.593 RSD 3-99 s. 12/2/1999.

La Corte provincial también afirmó, *obiter dictum*, que el Estado no puede, mediante una norma, establecer el pase de un agente público de la planta permanente a la planta temporaria ya que se violaría el principio de irrenunciabilidad garantizado en la Constitución bonaerense. Dijo el Dr. Roncoroni en autos "Bontempo, Héctor Horacio v. Provincia de Buenos Aires (Cámara de Diputados) s/demanda Contencioso Administrativa": "De lo expuesto queda claro que no existía la posibilidad del pase de los agentes a la planta temporaria —sin estabilidad—, lo que por lo demás hubiera sido inconstitucional por el principio protector que rige las relaciones laborales a favor de la parte más débil de la misma, que prohíbe la variación en su perjuicio y establece la irrenunciabilidad de sus derechos"⁶³.

Aquí la Corte enfatizó el papel que debe cumplir el principio de irrenunciabilidad a la hora de proteger el derecho a la estabilidad del empleado público.

Si bien la irrenunciabilidad corresponde a los derechos del trabajador, existe para el empleado el derecho a renunciar a su trabajo y, para garantizar que la voluntad del renunciante no sea alterada por el empleador, la legislación dispone mecanismos especiales para efectivizar la desvinculación voluntaria.

La renuncia del empleo, según explica Plá Rodríguez, no está prohibida, porque, de ser así, se llegaría al absurdo de condenar prácticamente al prestador de obra a trabajos forzados, transformando una providencia legal originada en la exclusiva preocupación de tutelar a los trabajadores, en una disposición conculcadora de su libertad⁶⁴.

La voluntad rescisoria del dependiente queda salvaguardada a través de las formalidades que la propia ley impone como requisito de validez para la renuncia al empleo, tanto en la relación privada, a través del art. 240, Ley de Contrato de Trabajo, como en la relación de empleo público provincial, mediante el art. 66, ley 10.430.

El art. 240, ley 20.744, al regular la forma de extinción del contrato de trabajo, establece: "La extinción del contrato de trabajo por renuncia del trabajador, medie o no preaviso, como requisito de validez, deberá formalizarse mediante despacho telegráfico colacionado cursado personalmente por el trabajador a su empleador a o ante la autoridad administrativa del trabajo. Los despachos telegráficos serán expedidos por las oficinas de correo en forma gratuita, requiriéndose la presencia personal del remitente y la justificación de su identidad. Cuando la renuncia se formalizara ante la autoridad administrativa ésta dará inmediata comunicación de la misma al empleador, siendo ello suficiente a los fines del art. 235 de esta ley".

El art. 66 del estatuto del empleado público de la provincia de Buenos Aires dispone: "El agente tendrá derecho a renunciar. El acto administrativo de aceptación de la renuncia deberá dictarse dentro de los treinta días corridos de recepcionada en el organismo sectorial de personal. El agente deberá permanecer en el cargo durante igual lapso, salvo autorización expresa en contrario, si antes no fuera notificado de la aceptación".

Estas normas pretenden asegurar la autenticidad de la manifestación de voluntad del trabajador de poner fin a la relación laboral existente.

⁶³ Sup. Corte Bs. As., causa B-56.994.

⁶⁴ PLÁ RODRIGUEZ, Américo, "El trabajador público...", cit., p. 172.

El principio de irrenunciabilidad también se vincula con el problema de la pérdida de la efectividad de un derecho como consecuencia de su no uso durante cierto lapso, que se manifiesta jurídicamente a través de los institutos de la prescripción y la caducidad.

La prescripción extintiva o liberatoria, que es la que aquí nos interesa, consiste en la pérdida de la acción emergente de un derecho, como consecuencia del transcurso de cierto plazo, durante el cual aquel derecho no fue ejercido por su titular.

Horacio Ferro expone sus características al afirmar: “La inercia por parte del titular del derecho trae como consecuencia que, por razones de seguridad jurídica, la acción como derecho no produzca el correlativo deber del Estado de proteger las situaciones mediante una sentencia favorable, o, mejor dicho, que éste se libere de esa carga. Por eso es que los efectos de este instituto se proyectan con respecto a la acción y no se refieren al derecho; la obligación se transforma en natural y si el deudor la cumple no puede repetir el pago”⁶⁵.

A diferencia de la prescripción, la caducidad se opera de pleno derecho, por el simple transcurrir del tiempo, no limitándose a la pérdida de la acción, sino que determina la pérdida del propio derecho.

En el derecho laboral la doctrina ha discutido sobre la posibilidad de la extinción de los derechos y las acciones de los trabajadores a través de estos institutos frente al principio de irrenunciabilidad, siendo la postura mayoritaria la que sostiene la inaplicabilidad de la prescripción y caducidad a la relación de trabajo.

De la Cueva explica: “Bien está que se admita la prescripción de las acciones de los patronos puesto que nada les impide renunciar a las que tengan en contra de los trabajadores; la prescripción de las acciones de éstos, en cambio contraría de manera manifiesta los propósitos de la legislación del trabajo”⁶⁶.

Helios Sarthou afirma que: “Siempre hemos entendido que desde el punto de vista del deber ser, la realización del valor justicia —primordial objetivo de toda rama jurídica— debería llevar necesariamente entre otras cosas, en el derecho del trabajo, a la eliminación de la inacción continuada como causal de pérdida de un derecho. Manejar iguales conceptos con respecto al silencio o a la omisión en accionar por parte del trabajador, que por los sujetos de las relaciones de derecho civil, significa, en cierto modo, revivir la vieja ficción liberal de la igualdad de las partes en el contrato de trabajo. Sólo en una visión esterilizada de los aspectos sociales y económicos del contrato de trabajo puede sostenerse que la subordinación inherente a la relación no implica un estado de sujeción que interdicta la voluntad. Si en otros institutos y campos de nuestra disciplina, las líneas del derecho del trabajo y del derecho común se separan para cumplir aquél sus fines específicos de acuerdo a su autonomía, también aquí el elemento tiempo como causal de pérdida de un derecho deberá tener un tratamiento específico. Esa necesaria especificidad de la prescripción en el derecho del trabajo viene impuesta por el principio de la irrenunciabilidad de las normas laborales. Si no es posible renunciar expresamente las normas del

⁶⁵ FERRO, Horacio J., “La renuncia y la prescripción en el derecho del trabajo”, DT 1950-456.

⁶⁶ DE LA CUEVA, Mario, *Derecho mexicano del trabajo*, t. I, México, 1943, p. 222, citado en PLA RODRÍGUEZ, cit., p. 125.

derecho del trabajo, no puede ser válida la renuncia tácita que, en esencia, es la prescripción en tanto inacción mantenida por el plazo que establece la ley”⁶⁷.

Más allá de esta postura, en la que los derechos del trabajador no son susceptibles de prescripción, los ordenamientos jurídicos han dispuesto plazos legales en los que se debe accionar judicialmente.

En el caso de los empleados públicos de la provincia de Buenos Aires y de sus municipios, la ley procesal aplicable establece un exiguo plazo de presentación de la demanda.

El art. 18 del Código Procesal Administrativo establece el plazo para deducir la pretensión disponiendo: “La pretensión de anulación, la resarcitoria vinculada con ella, la de restablecimiento o reconocimiento de derechos o intereses tutelados y la de cese de una vía de hecho administrativa, deberán promoverse dentro del plazo perentorio de noventa (90) días...”.

La naturaleza de este plazo para demandar a la Administración ha sido considerada por la doctrina y la jurisprudencia como un plazo de caducidad y no de prescripción, ya que sus términos son perentorios y sus efectos automáticos, no siendo posible suspender o interrumpir su curso⁶⁸.

Al tener que resolver sobre la constitucionalidad de normas procesales con plazos de caducidad similares, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se manifestó a favor de su constitucionalidad, tanto en el ámbito provincial⁶⁹ como en el nacional, siendo el caso previsto el del art. 25, Ley de Procedimientos Administrativos⁷⁰.

Los argumentos utilizados por el Máximo Tribunal se pueden resumir en los siguientes: a) esa exigencia constituye una prerrogativa procesal propia de la Administración que es consecuencia del denominado régimen exorbitante del derecho privado que impera en la relación iusadministrativa; b) razones de seguridad jurídica justifican la imposición de términos para enjuiciar a la Administración; c) las normas que establecen los plazos de caducidad son una reglamentación razonable del derecho de defensa, en tanto no lo suprimen, desnaturalizan o allanan.

No obstante esos argumentos, creemos que el art. 18 del Código Procesal Administrativo bonaerense debe ser aplicado a la luz del principio de irrenunciabilidad que estableció la Constitución bonaerense, y frente a la manifiesta contradicción de la norma procesal con el principio constitucional se deberá dar primacía a la disposición jerárquicamente superior y no exigir al trabajador del Estado dar cumplimiento con el requisito que establece el plazo de caducidad para la presentación de la demanda en causas de empleo público.

4.2. Principio de justicia social

Este concepto, difundido a partir de la década del 30, tiene diversas interpretaciones causadas por la generalidad y amplitud de los alcances de su significado.

⁶⁷ SARTHOU, Helios, “Consideraciones primarias sobre el nuevo régimen prescripcional del salario y el despido en la ley 14.188”, *Revista Derecho Laboral*, XIV-367, citado en PLÁ RODRÍGUEZ, cit., p. 187.

⁶⁸ Ampliar en PERRINO, Pablo E., “El plazo para deducir la pretensión procesal administrativa en el Código Procesal Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires”, JA del 3/11/2004, p. 45.

⁶⁹ Corte Sup., Fallos 209:451; 209:526 y 211:1602.

⁷⁰ Corte Sup., Fallos 318:441.

Autores como Carlos Alberto Etala remiten, a la hora de definir la justicia social, a la encíclica *Divini Redemptoris*, donde el Papa Pío XI señaló que además de la justicia conmutativa, existe la justicia social, que impone deberes a los cuales no pueden sustraerse los patronos ni los obreros, siendo propio de la justicia social exigir de los individuos todo cuanto sea necesario al bien común, siendo éste el objeto que persigue la justicia social, según la encíclica papal⁷¹.

El principio de justicia social encontró recepción legal en el art. 11, Ley de Contrato de Trabajo, que dispuso: "Cuando una cuestión no pueda resolverse por aplicación de las normas que rigen el contrato de trabajo o por las leyes análogas, se decidirá conforme a los principios de la justicia social, a los generales del derecho del trabajo, la equidad y la buena fe".

Según Grisolia, el principio de justicia social es un concepto amplio y consiste en dar a cada cual lo que le corresponde a fin de lograr el bien común. Se vincula con la protección de la dignidad del trabajador como persona humana plasmada esencialmente en el principio protectorio y, en el plano colectivo, con la libertad sindical⁷².

Este principio otorga fundamento a los siguientes derechos de los trabajadores: a la percepción de un salario justo, a gozar de condiciones dignas y justas de trabajo, al ejercicio de la libertad sindical, entre otros.

4.3. Principio de gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador

Este principio tiende a garantizar que los trabajadores accedan en forma totalmente gratuita a la justicia para proteger sus derechos y complementa el derecho a la tutela judicial efectiva establecido en el art. 15 de la Constitución bonaerense⁷³. La gratuidad no sólo se extiende a la actuación ante los estrados judiciales sino que también abarca todo tipo de trámite en sede administrativa.

Este principio es el reflejo en el orden procesal del principio de indemnidad, porque aquí la protección del patrimonio del trabajador se manifiesta a través de la gratuidad del proceso y de la inembargabilidad de ciertos bienes, como la vivienda y el salario, por las costas del juicio, porque así como no puede haber perjuicio legítimo por trabajar, tampoco debe aceptarse el desmedro de bienes necesarios para subsistir por el hecho de demandar judicialmente. Como expresó Fernández Madrid, en el derecho sustancial existe una obligación de preservar indemne al trabajador y en el derecho procesal hay una zona patrimonial de reserva vedada al acreedor por costas⁷⁴.

Revisaremos en este punto las diferentes regulaciones normativas de este principio constitucional para finalmente recalcar en el régimen de costas del proceso donde se dirimen las cuestiones vinculadas con la relación de empleo público.

⁷¹ ETALA, Carlos A., *Contrato de trabajo*, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 42.

⁷² GRISOLIA, Julio A., *Manual de derecho...*, cit., p. 131.

⁷³ Art. 15, Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia, la gratuidad de los trámites y la asistencia letrada a quienes carezcan de recursos suficientes y la inviolabilidad de la defensa de la persona y de los derechos en todo procedimiento administrativo o judicial. Las causas deberán decidirse en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas cuando sean reiteradas, constituyen falta grave".

⁷⁴ FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado práctico...*, cit., t. I, p. 264.

4.3.1. El beneficio de pobreza en el fuero Laboral de la provincia de Buenos Aires. Su constitucionalidad

El art. 29, ley 5178 (modificado por el art. 22, ley 77.118), consagraba el beneficio de pobreza a favor de los trabajadores y establecía la gratuidad de las actuaciones en los juicios laborales, agregando que en ningún caso les sería exigida caución real o personal para el pago de las costas u honorarios o para la responsabilidad por medidas cautelares. Sólo establecía la caución juratoria, que obligaba a pagar si mejoraba su fortuna⁷⁵.

A diferencia del beneficio de litigar sin gastos del proceso civil, el otorgado en materia laboral funcionaba como una presunción *iuris tantum* de la calidad de pobre atribuida al trabajador, sin requerir una previa investigación de tal circunstancia⁷⁶.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, entre los años 1966 y 1974, había sido contraria a la validez de dicho beneficio de pobreza, ya que no respetaba el tope que establecía para el embargo de sueldos y salarios la ley nacional 14.443. En autos "Agrelo, Delia R. Ledesma v. Tamet" resolvió que la ley 14.443 tiene preeminencia respecto del art. 29, ley 5178 de la provincia de Buenos Aires, en cuanto se lo interprete en el sentido de que no permite ejecutar contra los trabajadores la sentencia que les impuso la carga de las costas⁷⁷.

A finales del año 1974, mediante sentencia recaída en autos "Pablo Ledesma y otros v. Alpessa SA", la Corte modificó su criterio y declaró la validez constitucional del beneficio de pobreza previsto para los trabajadores que litigaran en el fuero Laboral argumentando que, a través del beneficio de pobreza, el legislador local ha querido garantizar la real efectividad del derecho de defensa en juicio que se vería seriamente comprometido si el Estado no facilitara el acceso al proceso de quienes no pueden soportar su costo.

Textualmente dijo el Tribunal Superior en su considerando 4º: "La solución del art. 29 de la ley provincial, similar a la de otros ordenamientos, tanto en el orden nacional como local, persigue la igualdad del trabajador o sus derechohabientes con su empleador, corrigiendo el desnivel económico con que debe afrontar el litigio mediante la declaración *ministerio legis* del beneficio de pobreza. Concreta así, junto con las normas que autorizan el otorgamiento de la carta poder y la asistencia letrada, la efectividad de la justicia gratuita, corolario lógico de la justicia social plasmada en el primer cuerpo normativo informado por esa filosofía".

Este fallo generó una variedad de opiniones doctrinarias, criticando y apoyando la declaración de constitucionalidad del beneficio efectuada por la Corte Suprema.

Entre las críticas se destaca la postura de Bidart Campos, quien expone la situación del abogado que representó al trabajador, que se encuentra privado de cobrar sus honorarios. Luego de recordarnos que el Estado, a pesar de reconocer las penurias económicas que sufren los trabajadores, no deja de cobrarles sus impuestos, dice este constitucionalista: "Ese mismo Estado cobrador nos dice ahora, por boca de su máximo órgano judicial, que cuando un particular debe cobrar a un trabajador el

⁷⁵ PALOMEQUE, Carlos A., "El beneficio de pobreza en el fuero laboral en la provincia de Buenos Aires y las leyes 9511 y 14.443", DT XXVII-11.

⁷⁶ Ampliar en LUCIANO, Juan, "El beneficio de litigar sin gastos en el fuero laboral de la provincia de Buenos Aires", LL 85-937.

⁷⁷ Publicado en DT 1967-11.

honorario judicialmente estipulado —que es un crédito también emanado del trabajo, porque el profesional es un trabajador— no puede ejecutarlo. Es decir, que debe resignarse a haber trabajado gratis para otra persona a la que el Estado sí le puede cobrar sus deudas fiscales”⁷⁸.

Una postura diametralmente opuesta sostuvo Julio Oyhanarte al afirmar: “En el caso, aceptada la precisa caracterización que hace la Corte Suprema respecto del bien tutelado por el art. 22, ley 7718, debe tenerse por cierto que el legislador provincial se ha situado ante el conflicto planteado entre: a) el derecho al justo resarcimiento del litigante vencedor, y b) el derecho a la defensa en juicio del trabajador o sus derechohabientes, presuntamente desprovistos de medios económicos; y lo ha resuelto acordando primacía al segundo sobre el primero. No creo que nadie se atreva a sostener que la opción es irrazonable. Tal vez en algún momento remoto del pasado puedo haberse pensado que la decisión debió ser la opuesta. Hoy no. Las valoraciones sociales determinantes en la actualidad, a la que conviene recurrir cuando se penetra en el difícil campo del control de razonabilidad, autorizan a tener por lícita y justa a la norma que obliga al derecho de propiedad a retroceder en la estricta medida necesaria para el aseguramiento del derecho de defensa”⁷⁹.

En opinión de José Torre: “...El beneficio de pobreza instituye la gratuidad del proceso a favor del trabajador; cede en cuanto no queda acreditado el vínculo laboral; y se mantiene mientras no se compruebe, a criterio de los jueces de la causa, que se ha operado mejora de fortuna, en cuyo caso, sólo parcialmente podrán hacerse efectivas las costas por la vía del embargo proporcional de los salarios”⁸⁰.

Con la sanción de la Ley de Contrato de Trabajo se produjo una modificación normativa del beneficio, ya que el art. 22 en forma expresa establece: a) la gratuidad de los procedimientos judiciales o administrativos laborales, b) la inembargabilidad total a los fines del pago de costas, de los ingresos salariales y de la vivienda del trabajador, salvo caso demostrado de mejoramiento de fortuna.

Antonio Vazquez Vialard dijo respecto de esta norma: “Desde el punto de vista de la política legislativa, puede discutirse la conveniencia del beneficio del art. 22 de la LCT. En cuanto a la gratuidad del procedimiento, se justifica el criterio adoptado, similar al que receptan la mayoría de las leyes procesales laborales. Alcanza una gran parte de los miembros de la comunidad, todos aquellos que desempeñan sus actividades en relación de dependencia. Además, el beneficio no se restringe a los trabajadores; todos los habitantes pueden hacer uso de él. Lo único que, en un caso es necesario acreditar —con citación del otro litigante— la imposibilidad de obtener recursos —se entiende usando una cierta diligencia—. Dicha exención no afecta en nuestra opinión, el principio de igualdad; no excluye en forma caprichosa o por razones discriminatorias, a determinados sectores, de lo que se le reconoce a los trabajadores. Lo que sí nos parece objetable, tal como lo hemos sostenido, es que

⁷⁸ BIDART CAMPOS, Germán, “Exención de cobro ejecutivo de costas y honorarios a los trabajadores”, ED 60-211.

⁷⁹ OYHANARTE, Julio, “Sobre la validez constitucional del beneficio de pobreza”, ED 60-923.

⁸⁰ TORRE, José P., “El beneficio de pobreza en el procedimiento laboral bonaerense”, *Revista Legislación del Trabajo* XIX-708.

dicha norma esté contenida en una ley de fondo que establece exenciones que deben ser de carácter provincial”⁸¹.

4.3.2. *El beneficio de la ley 12.200*

En cuanto al acceso a la jurisdicción en materia de empleo público, la legislación provincial, a través de la ley 12.200, prevé el otorgamiento automático del beneficio de litigar sin gastos a aquellos actores que pretendan hacer valer ante la justicia de cualquier fuero derechos vinculados con una relación laboral, incluyendo el empleo público provincial o municipal, así como también la materia previsional.

En su art. 1º, la citada norma dice: “Establécese la gratuidad de las actuaciones en sede administrativa y judicial, de reclamos de origen laboral y de seguridad social, cualquiera sea el tipo de relación de empleo y el fuero ante el que se intente”.

Asimismo, en su art. 2º dispone: “En sede jurisdiccional los trabajadores tendrán acordado el beneficio de litigar sin gastos, con todos sus alcances, de pleno derecho, declarándolos exentos del pago de tasas por servicios administrativos y/o judiciales”.

Los conflictos derivados de la relación de empleo público en la actualidad se dirimen ante la justicia administrativa bonaerense, reestructurada por la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires efectuada en 1994.

Durante la etapa en que la Suprema Corte de Justicia fue competente en materia contencioso administrativa, en virtud del art. 149, inc. 3º, de la Constitución bonaerense y lo normado en el Código Varela, las cuestiones vinculadas con la relación de empleo público se radicaban en sus estrados.

El Máximo Tribunal de la provincia estableció, en autos “Asociación del Personal de la Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires v. Dirección de Vialidad de la Provincia de Buenos Aires s/práctica desleal”, como criterio: “Tratándose de una relación de empleo público, y en tanto que se pretenda la tutela de un eventual derecho subjetivo de índole administrativo, la anulación que se procura del acto que dispuso la cesantía del actor, el restablecimiento del contrato y el pago de las remuneraciones caídas, concierne a la materia contencioso administrativa, sujeta, como tal a la competencia originaria de la Suprema Corte”.

A partir de la reforma de la Carta Magna local en el año 1994, y en virtud de la cláusula dispuesta en su art. 215, la Suprema Corte mantuvo dicha competencia transitoriamente hasta que se puso en marcha la justicia administrativa descentralizada el 15 de diciembre de 2003.

El nuevo art. 166, párr. 5º, de la Carta Magna provincial dispone: “Los casos originados por la actuación u omisión de la Provincia, los municipios, los entes descentralizados y otras personas, en el ejercicio de funciones administrativas, serán juzgados por tribunales competentes en lo Contencioso Administrativo, de acuerdo a los procedimientos que determine la ley, la que establecerá los supuestos en que resulte obligatorio agotar la vía administrativa”.

Con un excesivo e inconstitucional retraso se puso finalmente en marcha la justicia administrativa bonaerense, aunque parcialmente, el 15 de diciembre de 2003⁸².

⁸¹ VAZQUEZ VIALARD, Antonio, “Gratuidad del proceso laboral e inembargabilidad de ciertos bienes para el pago de las costas, en la Ley de Contrato de Trabajo”, DT 1974-537.

⁸² CABRAL, Pablo O., “La justicia administrativa como herramienta constitucional de control del sistema político administrativo”, JA del 3/11/2004.

La Suprema Corte de Justicia bonaerense dijo en autos “Vargas, Juan Omar y otros v. Municipalidad de 25 de Mayo s/demanda contencioso administrativa”: “La competencia que en forma originaria y exclusiva ha conferido a la Sup. Corte Bs. As. la norma constitucional vigente al tiempo de la promoción de la demanda (art. 149, inc. 3° de la Const. prov. de 1934), así como la que le ha asignado competencia transitoria (art. 215 del nuevo texto constitucional), se determina por el carácter administrativo de la relación jurídica que unió a las partes (circunstancia que surge en forma notoria en el caso, en tanto la que se invoca es una relación de empleo público), ello sin perjuicio del derecho en que se funde la pretensión esgrimida en sede judicial”.

Finalmente, con el nuevo fuero Contencioso Administrativo, la competencia en materia de empleo público se declaró perteneciente a los nuevos juzgados especializados.

4.3.3. *El régimen de costas en el proceso administrativo bonaerense*

En el régimen procesal civil y comercial de la provincia de Buenos Aires se establece el principio de costas a la parte vencida. El art. 68, CPCCBs.As., dice: “Principio general. La parte vencida en el juicio deberá pagar todos los gastos de la contraria, aun cuando ésta no lo hubiese solicitado. Sin embargo, el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento bajo pena de nulidad”.

Oswaldo Gozaíni dice: “El Código consagra el principio objetivo de la derrota como regla general que obliga a pagar los gastos que la contraria incurrió para poder litigar. Quien pierde, paga, ésa es la máxima, y en definitiva, un sistema simple que evita dificultades para la determinación...”⁸³.

El Código Varela, cuya vigencia se extendió por casi un siglo, establecía en su art. 17 un régimen de costas en las que se las imponía a la parte que sostuviese su acción en el juicio o promoviese incidentes con notoria temeridad. El principio que regía en esta regulación procesal de “costas por su orden” se apartaba del principio de “costas a la vencida”, que adopta, como vimos, el proceso civil y comercial.

La nueva ley procesal administrativa, que se sancionó en concordancia con lo establecido en el art. 166 de la Carta Magna, modificó este principio y adoptó el clásico del derecho procesal de imponer las costas del juicio a la parte vencida en el proceso.

La ley 12.008, en su redacción original, disponía en su art. 51 lo siguiente: “Costas. 1. El pago de las costas estará a cargo de la parte vencida en el proceso. Sin embargo, el tribunal podrá eximir total o parcialmente del pago de las costas al vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad. 2. Cuando la parte vencida en el proceso fuere un agente público o quien hubiera reclamado un derecho previsional, en causas promovidas en materia de empleo público o previsional, las costas le serán impuestas sólo si hubiere litigado con notoria temeridad”.

⁸³ GOZAÍNI, OSVALDO A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires comentado y anotado*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 2003, p. 175.

Es claro que esta norma, receptando el principio de costas a la parte perdidosa, implica que el empleado público que gana el pleito no cargue con los gastos del juicio, manteniendo firme el principio constitucional de gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador. Este principio se encuentra reforzado en el art. 51, ya que tampoco se le hace cargar al trabajador estatal con las costas del juicio, aun cuando pierda el pleito, siempre que no haya litigado con notoria temeridad.

El concepto de notoria temeridad fue limitado por la jurisprudencia de la Suprema Corte al interpretar el art. 17 del Código Varela. Así dijo: "Corresponde imponer las costas a la actora que ha litigado y obligado a la sustanciación del juicio con evidente falta de fundamentación y sobre la base de afirmaciones contradictorias, quedando configurada la notoria temeridad prevista por el art. 17 del Código Contencioso Administrativo"⁸⁴.

En autos "Lallana, Elsa Ramona v. Municipalidad de Magdalena s/demanda contencioso administrativa" dijo el Máximo Tribunal: "Corresponde aplicar las costas a la demandada si con su conducta remisa, mediante afirmaciones que no se compadecen con la realidad y con evidente falta de fundamentación, ha obligado a la actora a promover el proceso y sustanciarlo hasta su terminación, obrando con notoria temeridad (art. 17, CPCA)"⁸⁵.

Sin embargo, en otro precedente estableció que las partes podían apartarse de los criterios jurisprudenciales, ya que "la condición de notoria temeridad exigidas por el art. 17 del CPCA no concurren ante la mera discrepancia de las partes con las posiciones jurisprudenciales vigentes. Resulta jurídica e intelectualmente ilegítima imponer *a priori* a los justiciables los criterios tribunales como si fueran la ley misma y además, como si fuesen leyes claras e indiscutibles bajo sanción de tenerlos por notoriamente temerarios"⁸⁶.

El Código Procesal Contencioso Administrativo sufrió una modificación estructural mediante la reforma efectuada por ley 13.101, que lo hizo más rígido y formal, atentando contra la garantía de tutela judicial continua y efectiva dispuesta en el art. 15 de la Carta Magna local.

Esta contrarreforma, calificada de inconstitucional por la doctrina⁸⁷, modificó el régimen de las costas, volviendo al principio de costas por su orden y derogando la especial protección de los agentes públicos que litiguen en el fuero Contencioso Administrativo.

El nuevo art. 51 dice: "Costas. 1. El pago de las costas será soportado por las partes en el orden causado. 2. Las costas se aplicarán a la parte vencida solamente en los siguientes casos: a) En los procesos de ejecución tributaria. b) Cuando la vencida hubiese actuado con notoria temeridad o malicia".

⁸⁴ Sup. Corte Bs. As., autos "Roulier Gutiérrez de Manso, Ana Alicia v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa", causa B-49.124.

⁸⁵ Sup. Corte Bs. As., causa B-56.675.

⁸⁶ Sup. Corte Bs. As., autos "Barnaba, Carlos Salvador v. Instituto de Previsión Social s/demanda contencioso administrativa", causa B-49.886.

⁸⁷ BOTASSI, Carlos A., "Contrarreforma del proceso administrativo bonaerense (inconstitucionalidad parcial de la ley 13.101)", JA, suplemento de derecho administrativo del 3/11/2004, p. 2.

4.3.4. *La situación del empleado público en relación con las costas del proceso*⁸⁸

Veamos ahora cómo juega este régimen de costas con el beneficio de litigar sin gastos de pleno derecho dispuesto en la ley 12.200.

El empleado público que interponga una demanda contra su empleador (Estado provincial o municipal) se encuentra exento de abonar la tasa de justicia. Deberá sí, contar con la representación o patrocinio de un abogado matriculado para actuar en la provincia de Buenos Aires (art. 56, CPCC Bs. As.).

El letrado deberá abonar el correspondiente bono ley 8480, ya que se trata de una obligación derivada de la colegiación del matriculado. También deberá acreditar en el expediente el pago del anticipo de los aportes previsionales a la Caja de Abogados.

Según la ley 6716, el capital de la caja previsional se forma, entre otros conceptos, con el diez por ciento (10%) de toda remuneración de origen profesional que devenguen los afiliados y con el cinco por ciento (5%) de esos mismos honorarios a cargo de las personas obligadas a su pago en los juicios voluntarios y con el diez por ciento (10%) en los contradictorios (art. 12).

El art. 13 regula el anticipo que debe realizar el profesional de su parte del aporte a la Caja, al establecer: "Al iniciar su actuación profesional en todo asunto judicial o administrativo, con la única excepción de las gestiones que devenguen honorarios, el afiliado deberá abonar como anticipo y a cuenta del diez (10) por ciento a su cargo que fija el inc. a) del art. anterior...".

Los honorarios del abogado patrocinante del trabajador se consideran parte integrante de las costas y, según el principio del art. 51, éstos deberán ser soportados por cada parte, independientemente del resultado del pleito, a menos que el vencido haya actuado con notoria temeridad o malicia.

El empleado público que litigue frente al Estado en los estrados de la justicia administrativa deberá cargar con los honorarios de su representante legal, ya sea que gane el pleito o pierda el juicio.

Esta obligación de abonar los honorarios de su abogado no es exigible en virtud del beneficio de litigar sin gastos dispuesto por la ley 12.200.

Frente a este problema derivado de la articulación normativa de la ley 12.200 y el art. 51, CPA, nos enfrentamos a optar entre dos soluciones igualmente injustas que evidencian la inconstitucionalidad del régimen de costas del proceso administrativo.

⁸⁸ En este punto seguimos la ponencia presentada en el I Congreso de Derecho Procesal Administrativo Bonaerense, llevado a cabo los días 3 y 4 de diciembre de 2004 en las ciudades de Zárate y Campana. Las siguientes son las conclusiones aprobadas en la comisión correspondiente: "1) El principio constitucional de gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador es aplicable a los trabajadores del Estado que litiguen en la justicia administrativa bonaerense. 2) El régimen de costas dispuesto en el art. 51 del CPCA (según ley 13.101), en combinación con la ley 12.200, genera un sistema injusto donde se obtiene como resultado la onerosidad de la intervención en juicio de los empleados públicos que actúan en el Fuero Contencioso Administrativo o la gratuidad de la actividad profesional del abogado patrocinante, a costo personal de este último. 3) El art. 51 del CPCA (según ley 13.101), al aplicarse a los trabajadores del Estado, viola el art. 39 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. 4) Es necesario modificar el texto del art. 51 del CPCA y sancionar una norma con contenido igual o similar al establecido originariamente por la ley 12.008".

Si el empleado público no abona a su letrado sus honorarios, con fundamento en el beneficio de litigar sin gastos, nos encontramos ante la violación del derecho a una remuneración justa de todo trabajador. Todo trabajo se presume oneroso y los honorarios de los profesionales del derecho son irrenunciables como todo producto derivado del esfuerzo personal.

El art. 1º, Ley de Arancel para Abogados y Procuradores (8904/1977), establece: "Los honorarios profesionales de abogados y procuradores devengados en juicios, gestiones administrativas y prestaciones extrajudiciales, deben considerarse como remuneraciones al trabajo personal del profesional", agregando el art. 10: "El honorario devengado o regulado es de propiedad exclusiva del profesional que hubiere hecho los trámites pertinentes".

El art. 58, ley 8904/1977, establece: "La regulación judicial firme constituirá título ejecutivo contra el condenado en costas y solidariamente contra el beneficiario del trabajo profesional...".

En autos "Fernández, Héctor R. s/incidente verificación tardía en Franzino Daniel, concurso preventivo", dijo la Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca: "Pese al beneficio de litigar sin gastos que asiste al trabajador en sede laboral (art. 22, dec.-ley 7718/1971), no puede perderse de vista que como beneficiario del trabajo, resulta éste coobligado al pago de los honorarios devengados por su letrado (art. 58, dec.-ley 8904/1977), de manera tal que procede la verificación de este crédito como eventual (doct. art. 129, LC)".

Hay que tener en cuenta que en el régimen de beneficio de litigar sin gastos dispuesto por el Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, la posterior modificación de las condiciones económicas del beneficiado tornan exigibles los montos devengados en concepto de costas del juicio.

Los alcances del beneficio de litigar sin gastos regulado en el régimen procesal civil y comercial establece: "El que obtuviere el beneficio estará exento total o parcialmente, del pago de las costas o gastos judiciales hasta que mejore de fortuna; si venciere en el pleito, deberá pagar las causadas en su defensa hasta la concurrencia máxima de la tercera parte de los valores que reciba" (art. 84, CPCCBs.As.).

En autos "P. de I., E. del C. v. I., R. O. s/alimentos", la Cámara Civil y Comercial n. 1 de La Plata expresó: "Aun cuando el beneficio de litigar sin gastos otorgado no obsta, no sólo a que se impongan las costas, sino además a que se practiquen las pertinentes regulaciones de honorarios por cuanto todo ello quedará supeditado a que el obligado mejore de fortuna (doc. arts. 84 y 85, CPCCBs.As.), ya que lo que impide el aludido beneficio es la ejecución de los honorarios que se regulen".

La ley 12.200 le otorga a los trabajadores el beneficio de litigar sin gastos por el hecho objetivo de su condición de "trabajador" y por el "origen laboral" del pleito. No dispone la norma que la mejora económica del trabajador dejará sin efectos el beneficio haciendo exigible el cobro de las costas. Por ello no parece existir un futuro en el que los honorarios devengados puedan ser cobrados por el profesional que patrocinó al trabajador.

Si mediante un acuerdo extrajudicial el empleado público abona los honorarios de su abogado, se viola en forma inobjetable el principio de gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador.

Otra consecuencia negativa del sistema de costas previsto para este proceso es el probable desinterés de los letrados de representar o patrocinar a un empleado

público, en causas donde no exista una pretensión con contenido patrimonial considerable para permitir cobrarle al empleado público sus legítimos honorarios.

4.3.5. *Jurisprudencia sobre el régimen de imposición de costas en el CCA*

El planteo sobre la constitucionalidad del régimen de costas establecido en el art. 51 del CCA fue efectuado por la parte actora en dos causas de pretensiones similares, en las que se solicitó que el Estado reconociera derechos de carácter laboral en el marco de una relación de empleo público entre un grupo de docentes y la Dirección General de Cultura y Educación provincial.

Así en las causas “Asenjo” y “Bonanno” los docentes actores pretendían el reconocimiento de su derecho a que se retrotraiga la vigencia de la clasificación de establecimientos escolares a la fecha por ellos solicitada, con el pago de la correspondiente diferencia salarial. Además peticionaron se declarara la inconstitucionalidad del régimen de costas del CCA.

Ambas causas fueron resueltas en segunda instancia por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín, que dispuso que el art. 51 del CCA —en su aplicación al caso concreto planteado en autos— deviene inconstitucional. Así en sentencia de fecha 22/12/2004 en la causa “Asenjo, Daniel Horacio y otros v. Dirección General de Cultura y Educación s/proceso sumario de ilegitimidad”⁸⁹, y en sentencia de fecha 20/12/2005 en la causa “Bonanno, Norma Luján y otros v. Dirección General de Cultura y Educación s/proceso sumario de ilegitimidad”⁹⁰, el tribunal por el voto mayoritario de las Dras. Ana María Bezzi y Laura Monti, se pronunció por la inconstitucionalidad del régimen de costas del Código Procesal Administrativo con fundamento en que, habiendo los actores tenido que recurrir a la justicia para obtener el reconocimiento de su derecho, la obligación de abonar los gastos del juicio dispuesta en el art. 51 del CCA los ubica en situación de desigualdad con los docentes que obtuvieron tal reconocimiento en el trámite administrativo.

Así la Cámara afirmó, en los citados autos “Asenjo”, que: “En efecto: Conforme a la normativa sobre la que basaron su pretensión los actores, la reclasificación de los establecimientos educativos y el consecuente pago del suplemento por desfavorabilidad a los docentes que en ellas prestan servicios debía tener lugar a partir del 1° de abril de 2002. Empero, los demandantes debieron acudir a la justicia para obtener que la Administración enmendara su error y se protegiera su derecho de contenido alimentario. De obligarlos a pagar sus gastos del juicio, se los pondría en situación de desigualdad respecto de sus colegas docentes, a los que se les dictaron resoluciones ajustadas a la ley, con afectación de la garantía consagrada en los arts. 16 de la Constitución Nacional y 11 de la Constitución provincial. Por estos fundamentos, entiendo que la aplicación de las costas por su orden, prevista en forma general en el art. 51 del CCA, resulta inconstitucional en referencia específica al caso planteado en autos, por lo que corresponde confirmar la decisión de primera instancia en este aspecto”. En su voto la Dra. Bezzi agregó a los fundamentos dados por su colega preopinante, Dra. Monti, que: “Finalmente, la legitimidad del cambio del sistema

⁸⁹ C. Cont. Adm. San Martín, causa 34/2004.

⁹⁰ C. Cont. Adm. San Martín, causa 365/2005.

legal de costas cuando para el caso en concreto afectara un derecho fundamental, ha sido uno de los principios sentados en el caso “Cantos” —sentencia de la Corte Interamericana de fecha 28/11/2002”.

En su voto minoritario, el juez Dr. Jorge Saulquin propuso rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 51 del CCA efectuado por la actora, por considerar que “El art. 51 del Código citado sigue —manteniendo en este aspecto la regla dispuesta en el art. 17 del histórico Código Varela—, el principio general de la temeridad o malicia para la imposición de costas en lugar del principio objetivo de la derrota, como lo hace el Código Procesal Civil y Comercial. Ello en sí no resulta irrazonable ni censurable, porque es cuestión de política legislativa elegir un criterio u otro; prevaleciendo así por sobre la opinión personal de los jueces, el criterio razonable del legislador (doctr. causas B. 48.456, ‘Prato de Palermo’, 2/11/1982, B. 48.321, ‘Savia’, 23/11/1982). Las costas en general y la condena en costas en particular, son instituciones de naturaleza procesal, sujetas en principio a las reglas y condiciones impuestas por las leyes locales, que pueden consagrar principios propios en materia contencioso administrativa, distintos de los adoptados en el proceso civil y comercial”.

La misma Cámara, el 7/6/2005, se apartó de su criterio de la causa “Asenjo” en la causa “Méndez, Cristina Margarita v. Secretaría de Inspección Distrito Zárate y otro s/medida cautelar anticipada”, revocando un fallo de primera instancia proveniente del Juzgado en lo Contencioso Administrativo de Zárate Campana que, fundando la decisión en el principio de gratuidad de las actuaciones y acceso a la justicia, declaró la inconstitucionalidad del régimen de costas del CCA.

Allí dijo la Cámara que “Reseñados los hechos y actos vinculados con la causa, considero que le asiste razón al apelante en cuanto no se advierte que corresponda declarar *en este caso* la inconstitucionalidad del art. 51 del CCA. En tal sentido, en lo que aquí interesa, en primer lugar resulta oportuno señalar que si bien la presente causa guarda analogía con la causa ‘Asenjo’ por tratarse ambas de reclamos docentes, la declaración de inconstitucionalidad del artículo cuestionado en aquel caso obedeció a circunstancias particulares que como tales fueron expuestas y remarcadas en el voto mayoritario de la Dra. Monti y en las consideraciones de mi adhesión... Ello, toda vez que la propia Administración demandada había actuado legítimamente con relación a otro grupo de docentes que se encontraban en igualdad de circunstancias con *aquellos que se vieron obligados a litigar*. Ciertamente, en ese punto radicaba la desigualdad, y se imponía la declaración de inconstitucionalidad... En consecuencia, cabe destacar que no se confrontó la legitimidad de la norma con la Constitución, sino que sólo se analizó su inconstitucionalidad en su aplicación a las circunstancias especiales de esa causa, razón por la cual estimo improcedente la interpretación extensiva que en este aspecto efectuó el *a quo*. Por otra parte, le asiste razón al apelante en cuanto en autos no resulta acreditado que haya existido una afectación del acceso a la justicia ni de la defensa en juicio”.

Finalmente esta cuestión ha sido resuelta por la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires que, al sentenciar los recursos extraordinarios en las causas “Asenjo” y “Bonanno”, ambas del 15/4/2009, revocó las declaraciones de inconstitucionalidad del art. 51 del CCA efectuadas por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Martín por considerar que tal norma no altera el derecho de igualdad ni limita el acceso a la justicia de los actores.

En la sentencia dictada por la SCBA en los autos “Asenjo, Daniel Horacio y otros v. Dirección General de Cultura y Educación —Provincia de Buenos Aires s/proceso sumario de ilegitimidad— recurso de inaplicabilidad de ley”, la mayoría —siguiendo el voto del Dr. de Lázari— dijo respecto del argumento de la violación del principio de igualdad ante la ley que “El agravio a los derechos de los interesados parece derivarse, según el fallo de la Cámara, más de una reprochable conducta de la Administración que de una crítica razonada en relación al texto del precepto. En efecto, la desigualdad de trato alegada no provendría de la disposición procesal que regula la imposición de costas en el proceso contencioso administrativo, sino de la actividad de la Administración que obligó a los litigantes a promover un juicio y sustanciarlo hasta su total terminación... generando con ello la obligación de asumir un gasto en el que no debieron incurrir aquellos a quienes se reconoció similar derecho en la instancia administrativa”. Agrega que las instancias inferiores pudieron utilizar la herramienta prevista en la segunda parte del art. 51 del CCA para liberar a los accionantes de las cargas económicas originadas en el pleito.

En cuanto a la afectación de los derechos y garantías invocados por los actores, encuentra la Corte que no ha quedado demostrada su afectación en autos pues “Tales recaudos no han sido satisfechos en la especie en tanto en su oportunidad los actores han efectuado una crítica genérica, manifestando una mera disconformidad con la regla adoptada por el legislador...”.

Al analizar la alegada violación del art. 39 de la Constitución provincial en cuanto garantiza la gratuidad de las actuaciones en materia laboral, la Corte expone el siguiente razonamiento: “La ley 12.200 establece la gratuidad de las actuaciones administrativas y judiciales en las que se canalicen reclamos de origen laboral y de seguridad social, cualquiera sea el tipo de relación de empleo y el fuero ante el que se intenten (art. 1°). En sede jurisdiccional los trabajadores —tanto públicos como privados— tienen acordado el beneficio de litigar sin gastos, con todos sus alcances, de pleno derecho, declarándose exentos del pago de tasas por servicios administrativos y judiciales, mas no del pago de honorarios de profesionales y peritos cuando sean condenados”.

4.4. Principio de primacía de la realidad

Este principio dispone que tendrá primacía la realidad de los hechos por sobre las formas o apariencias y para el caso de no coincidir las circunstancias reales con sus formalidades se dará prioridad a los hechos.

Como sostiene Antonio Vazquez Vialard: “En la discordancia entre lo que ocurrió en la realidad y lo que surja tal vez de documentos o acuerdos, hay que dar preferencia a los primeros, es decir, a lo que acaece en el terreno de los hechos. A tal efecto, el juez debe investigar para descubrir el hecho real. Así pues, lo escrito no tiene validez, cualquiera que sea el motivo que le da fundamento a su discordancia con la realidad (simulación, error, fraude, etc.). En el caso, priman los hechos sobre lo documentado”⁹¹.

⁹¹ VAZQUEZ VIALARD, Antonio, *Tratado de derecho del trabajo*, t. II, Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 271.

Con relación al principio de la primacía de la realidad, dijo Américo Plá Rodríguez: "El principio de la primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos... Entendemos que el principio de primacía de la realidad es algo más que una presunción: constituye un criterio básico que ordena preferir los hechos sobre los papeles, las formalidades y los formalismos"⁹².

4.4.1. El principio administrativo de la verdad material

Esta concordancia entre la realidad y su regulación jurídica está plasmada en el principio de verdad material que debe regir todo procedimiento administrativo. Al respecto comenta Tomás Hutchinson, en su análisis de la ley 19.549: "En el procedimiento administrativo el órgano debe ajustarse a los hechos, prescindiendo de que ellos hayan sido o no alegados y probados por el particular... Así, la Administración deberá ajustarse a hechos o pruebas que sean de público conocimiento; que estén en su poder por otras razones; que obren en expedientes distintos, etcétera..."⁹³.

Carlos Botassi explica: "El órgano llamado a decidir la cuestión de fondo deberá valorar los hechos que lleguen a su conocimiento sin que interese que los mismos hayan sido invocados y probados por el particular, o que sean conocidos de manera casual o como resultado de actuaciones diferentes a aquella en estado de resolución final"⁹⁴.

Como expresaran los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández al describir la posibilidad de control de la actividad discrecional de la Administración a través de los hechos, "...este hecho funciona como presupuesto fáctico de la norma de cuya aplicación se trata. Este hecho ha de ser una realidad como tal hecho (existencia de la vacante, aparcamiento en lugar prohibido, etc.) y ocurre que la realidad es siempre una y sólo una: no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser en simultaneidad de una manera y de otra. La valoración de la realidad podrá acaso ser un objeto de una facultad discrecional, pero la realidad, como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido y cómo se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional, porque no puede quedar al arbitrio de la Administración discernir si un hecho se ha cumplido o no se ha cumplido, o determinar que algo ha ocurrido si realmente no ha sido así. El milagro, podemos decir, no tiene cabida en el campo del derecho administrativo"⁹⁵.

La particularidad que se presenta en la relación de empleo público es que los documentos o instrumentos formales que dan materialidad al vínculo son actos administrativos que, en cuanto tales, se presumen legítimos y gozan de ejecutoriedad y ejecutividad.

⁹² PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo...*, p. 313.

⁹³ HUTCHINSON, Tomás, *Ley nacional de procedimientos administrativos*, 8ª ed., Astrea, Buenos Aires, 2006.

⁹⁴ BOTASSI, Carlos A., *Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Platense, La Plata, 1988, p. 12.

⁹⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, t. I, Civitas, Madrid, 1993, p. 456.

Estos caracteres, que el ordenamiento le atribuye a la actuación formal de la administración, deben ser analizados en su aplicación a la relación de empleo público, bajo el prisma de los principios protectores del trabajo estudiados en los puntos anteriores y, en especial, por el principio de primacía de la realidad.

4.4.2. El personal contratado a la luz del principio de primacía de la realidad

El derecho a la estabilidad se ve afectado sensiblemente, tanto a nivel nacional, provincial y municipal, por la formalización de contratos de trabajo que, utilizados por el Estado para cubrir puestos en las plantas funcionales de la Administración evitando incrementar el presupuesto y el número de agentes, impiden al empleado público adquirir estabilidad y transitar con normalidad por la carrera administrativa.

Tanto la doctrina especializada en el derecho administrativo como en el derecho laboral se han preocupado de esta problemática, generalizada en todo el sector público, manifestándose en contra de la utilización de esta modalidad como mecanismo normal de contratación de empleados de la Administración.

Los distintos estatutos que regulan la relación de empleo público disponen una distinción entre empleados de planta permanente y planta transitoria, radicando la mayor diferencia en la presencia de la estabilidad en el cargo en el primer caso y su ausencia en el segundo.

Estos agentes que revisten la calidad de no permanentes, y que por ello no gozan del derecho a la estabilidad consagrado constitucionalmente, pertenecen al régimen de personal "contratado" o "transitorio".

Esta figura está autorizada legalmente para los casos en que la Administración requiera la realización de servicios que, por su naturaleza y transitoriedad, no pudieran ser cumplido por el personal de la planta permanente, no estando autorizado el personal contratado a realizar funciones distintas a las dispuestas en su contrato.

Como explica Azucena Ragusa: "En los últimos tiempos la Administración ha utilizado el sistema de contratar empleados para el cumplimiento de diversas funciones que habitualmente realizan empleados públicos pero sin nombrarlos por acto administrativo de designación, sino mediante la celebración de contratos *ad hoc* temporales, que a menudo se prolongan por largos períodos"⁹⁶.

Dijo Marcelo Navarro: "Sin perjuicio de admitirse como válida la solución recientemente indicada —en cuanto efectiviza la garantía constitucional de protección del trabajo en todas sus formas—, un criterio de mayor justicia permite sostener que, en la medida en que la situación laboral (forma y modalidad de la prestación, índole de la tarea, término para su cumplimiento, etc.) del personal contratado *ad hoc*, adquiera similitud con la del permanente, deben reconocerse a aquél todos los beneficios inherentes al empleo público, fundamentalmente el derecho de estabilidad absoluta. De esta manera, se encuentra salida al problema de desprotección suscitado, dentro del propio ámbito del Derecho Público y se evita todo tipo de discriminación que, en perjuicio de esta categoría de trabajadores, se deriva de la aplicación de re-

⁹⁶ RAGUSA, Azucena B., "El régimen argentino de empleo público", DT 1994-B-1386.

gímenes legales diversos, en los que la garantía de continuidad del vínculo aparece regulada con distinto alcance”⁹⁷.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación mantuvo una jurisprudencia contraria a reconocer la estabilidad de los contratados de la Administración Pública, a pesar de que los agentes desempeñaran iguales tareas a las de los empleados de planta permanente y su relación se extendiera por más de un año⁹⁸. Así en la causa “Vaquero, Mónica Silvia v. Ministerio del Interior de la Nación”⁹⁹ se aplicó la doctrina constante y pacífica que considera que aun el desempeño por más de dos años en tareas propias de los empleados de planta permanente “no puede trastocar la situación de revista de quien ha ingresado como agente transitorio” y no ha sido transferido por acto expreso. Para finalmente expresar con relación al control judicial que “la mayor o menor conveniencia de recurrir a un sistema de incorporaciones transitorias o permanentes constituye una decisión política administrativa no revisable en sede judicial”.

De la doctrina judicial expuesta se infiere en forma notoria que el agente de planta temporaria se encuentra excluido del derecho a la estabilidad en el empleo público, cualquiera sea la naturaleza de las funciones encomendadas y el lapso de duración de éstas.

En la provincia de Buenos Aires, la Suprema Corte de Justicia estableció un criterio similar al de su par nacional, no reconociendo el derecho a la estabilidad de los trabajadores del Estado que se encuentran en el régimen de contratados, expresando que este derecho constitucional sólo se adquiere con el acto expreso de designación y por ello la antigüedad del nombramiento del agente como personal contratado no debe ser computada a fin de calcular el cumplimiento del plazo fijado para adquirir dicha estabilidad.

En autos “Pocequi” dijo el Tribunal, en la sentencia dictada el 19 de octubre de 1982: “El personal de planta temporaria se encuentra incorporado a un régimen de excepción que los aparta de las normas generales aplicables a los agentes públicos regidos por el respectivo estatuto, no poseyendo más estabilidad en el empleo que la que surge del acto de designación”¹⁰⁰.

También sostuvo la Suprema Corte en autos “Villalba”, el 11 de agosto de 1987: “Las características de las tareas para las cuales fueron designados los actores y la circunstancia de que esas mismas tareas puedan efectuarse también con personal de planta permanente no modifica la situación de revista de aquellos que se encuentran nombrados como personal de planta temporaria”¹⁰¹.

En el igual sentido dijo el Tribunal: “La entidad de las tareas cumplidas resulta inidónea —por sí— para modificar la situación de revista del personal designado

⁹⁷ NAVARRO, Marcelo J., “La situación del personal contratado *ad hoc* en el sector público”, DT XLVIII-B-1251.

⁹⁸ Corte Sup., Fallos 290:87; 295:83; 306:1236; 308:1107; 308:1291; 310:195; 310:464; 310:2927, entre otros.

⁹⁹ Corte Sup., V.233.XXXV, recurso de hecho, del 23/8/2001.

¹⁰⁰ Sup. Corte Bs. As., B-48.617. En el mismo sentido, causas B-49.724, B-49.890, B-50547, B-50.208, B-51.827, B-51.829, entre muchos otros.

¹⁰¹ Sup. Corte Bs. As., B-49.890.

en aquel plantel y equiparlo a los agentes designados en la planta permanente del poder administrador”¹⁰².

La doctrina minoritaria del ministro de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, Dr. Negri, se expresó en forma constante a favor de otorgar estabilidad a los empleados contratados cuyas tareas sean similares a las de los agentes de planta y cuya extensión temporal supere el plazo de doce meses dispuesto legalmente para adquirir estabilidad.

Así, y a modo de ejemplo, en autos “Deheza, Hipólito A. v. Municipalidad Esteban Echeverría” (causa B-50.208) dispuso el Dr. Negri: “En oportunidad de emitir mi voto en la causa B-50.547, ‘Zaragoza’, sent. del 31/5/1988, en la que se debatía una cuestión sustancialmente análoga a la de autos, señalé que las designaciones del personal de planta temporaria debían responder necesariamente a las pautas fijadas en las normas respectivas... Resulta indudable, en el caso, que las tareas para las que fue contratado el actor, esto es el barrido, limpieza, poda y bacheo del cementerio local, constituyen actividades normales que pueden ser prestadas por personal estable de la comuna. Surge de esto que la Municipalidad de Esteban Echeverría al designar al actor en forma sucesiva y por breves períodos, sobre la base de excepción prevista en la ordenanza general 207, ha incurrido en una conducta carente de razonabilidad. Tal como destaqué en la ya citada causa, también en autos la conducta del municipio se manifiesta como un ejercicio abusivo de las facultades que el ordenamiento jurídico le otorga para designar agentes en planta temporaria que podría llevar a frustrar de manera ilegítima, el derecho a la estabilidad que asignan a los empleados públicos las cláusulas constitucionales en vigencia (arts. 14 bis, CN y 90, inc. 12, Const. prov.) y que tienen carácter operativo (doctrina de causa B. 49.890, sent. del 11/8/1987 y sus citas)”.

Al resolver la causa, el magistrado aplica en la práctica el principio de primacía de la realidad consagrado en el art. 39 de la Constitución bonaerense que, como vimos, indica que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en los hechos. Repara el Dr. Negri en los hechos que expresan las reales tareas que desarrolla el actor y que los documentos que formalizaron la relación desconocen.

Germán Bidart Campos comparte este criterio afirmando: “La contratación es la excepción a la regla de la estabilidad del empleado público... Hay que tener cuidado para que mediante esta posibilidad excepcional no se disfracen, mediante un ardid, situaciones que la Administración Pública quiere, con intencionalidad desviada, sustraer al régimen común y general de la estabilidad. Para esto están los jueces, que en caso de conflicto o disputa habrán de computar, en cada caso y conforme a sus circunstancias, todo el contexto contractual para descubrir y alcanzar la verdad material u objetiva por sobre la forma. Si la verdad formal —una contratación temporaria— encubre una treta para eludir la estabilidad, la verdad material estará, en principio, a favor de la incorporación estable y regular, y no de la transitoria. ¿No sería, en suma, una especie de control sobre lo que se denomina desviación de poder? Entonces, si hay una norma que sólo autoriza a la Administración a contratar, fuera de planta permanente, personal por tiempo determinado, pero sólo para realizar trabajos que no están en condición de cumplir los agentes estables, lo primero a analizar

¹⁰² Sup. Corte Bs. As., causas L-68.993 y L-72.759.

es si realmente la tarea para la que se ha contratado a un empleado en forma transitoria es de las que no pueden realizar los empleados permanentes. Si es una tarea que éstos podían realizar, la contratación temporaria está viciada administrativamente... Concurren además razones de moralidad administrativa —adicionales o fundamentales, según quiera decirse— para afianzar la noción de que el llamado ‘Estado de Derecho’ no consiente que, al margen de la legalidad y de la ética, se burlen o retaceen los derechos constitucionales que, a favor del empleado público, provienen del art. 14 bis de la Constitución y expanden su aplicación a las Administraciones de las provincias y los municipios”¹⁰³.

Creemos que a la hora de evaluar si una relación cumple con los requisitos establecidos legalmente para obtener el derecho de estabilidad se deben recabar aquellos datos de la realidad que le dan sustento y contenido a la relación (cumplimiento de tareas propias de la planta permanente y duración temporal de la relación) y, al utilizar el principio de primacía de la realidad, deviene imperativo dejar de lado las formas que pretenden sustraer al Estado de sus obligaciones como empleador.

4.5. Principio de indemnidad

Explica Fernández Madrid que la ajenidad del trabajador al riesgo empresario constituye una característica del contrato de trabajo y da fundamento al principio de indemnidad. Así dijo que “uno es la contracara del otro: porque el trabajo se realiza por cuenta y a riesgo de otro, el trabajador no debe sufrir daño alguno, ni moral ni material ni físico por el ejercicio normal de dicha labor, y, en su caso debe ser adecuadamente resarcido”¹⁰⁴.

Este principio implica que las actividades desarrolladas por el trabajador, en el marco de la relación laboral, no pueden producirle ningún daño económico, moral o físico e impone, para el caso de producirse tal perjuicio, su resarcimiento.

Asimismo, el empleador se encuentra obligado a observar: a) las normas legales sobre higiene y seguridad del trabajo y b) las pausas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en el ordenamiento legal.

Su objeto es lograr que el empleador proteja la vida y los bienes del trabajador, previendo el reintegro de los gastos erogados por el trabajador para cumplir adecuadamente con su labor y resarciendo los daños sufridos en sus bienes por el hecho y en ocasión del trabajo¹⁰⁵.

Cuando el Estado es el empleador, las exigencias en materia de seguridad e higiene deben ser las mismas que para el patrón de la relación privada y al igual que él, ante la producción de un daño al trabajador, la Administración debe garantizar el resarcimiento económico de su trabajador.

4.6. Principio de progresividad

Este principio, al igual que el de indemnidad, fue consagrado por primera vez con rango constitucional al ser incorporado al ordenamiento jurídico por la reforma

¹⁰³ BIDART CAMPOS, Germán, “Exención de cobro...”, cit.

¹⁰⁴ FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado práctico...*, cit., t. I, p. 231.

¹⁰⁵ ETALA, Carlos A., *Contrato de trabajo*, cit., p. 46.

constitucional de la provincia de Buenos Aires realizada en el año 1994, a pesar de no ser enumerado entre la mayoría de la doctrina especializada.

Para ello, tuvo influencia el Instituto de Derecho Social (del Trabajo y la Previsión) de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata, al presentar un dictamen a la Honorable Convención de la reforma de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires¹⁰⁶.

Este principio rector compromete a la acción pública llevada a cabo desde el Estado provincial a incrementar los derechos de los trabajadores en forma progresiva impidiendo todo retroceso en su situación jurídica.

Si consideramos que la estabilidad propia ha sido una conquista social de los empleados públicos, debemos entender regresivo todo intento que, mediante argumentos formales o presupuestarios, pretenda desvirtuar este derecho constitucional.

4.7. Principio in dubio pro operario

Este principio indica el criterio que debe utilizar el juez o el intérprete para elegir entre varios sentidos posibles de una norma, aquel que sea más favorable al trabajador. Agrega Rodríguez Mancini que, para su aplicación, se requiere una duda sobre los alcances de la norma legal y que no esté en pugna con la voluntad del legislador¹⁰⁷.

La mencionada regla, que para una parte de la doctrina integra el principio protectorio, se encuentra dirigida al magistrado, que debe resolver un conflicto con base en una norma que pueda ser interpretada de diversas formas, estando obligado a optar por aquella inteligencia que sea más favorable para el trabajador.

La Suprema Corte de Justicia ha dicho en autos "Pereyra, Jorge Saúl v. Provincia de Buenos Aires. Incidente de determinación de monto de indemnización": "A ello entiendo que cabe agregar que una solución contraria vulneraría el principio de interpretación que consagra el citado art. 39, inc. 3° de la Constitución de la Provincia, en cuanto manda, en caso de duda, estar en favor del trabajador en materia laboral, principio que indiscutiblemente debe también regir en cuanto respecta a la relación de empleo público"¹⁰⁸.

Este principio debe ser utilizado por aquellos intérpretes o jueces que deban resolver acerca de la naturaleza de una relación laboral entre el Estado y un particular, y determinar si el agente se encuentra protegido por el derecho a la estabilidad consagrado constitucionalmente.

III. EL PRINCIPIO PROTECTORIO Y SU PROYECCIÓN EN LA FIGURA DEL CONTRATO ADMINISTRATIVO

Habiendo repasado las distintas posturas sobre la naturaleza jurídica de la relación de empleo público y la efectiva aplicación a esta relación, poniendo especial atención al derecho a la estabilidad de los agentes estatales y luego de enumerar los principios

¹⁰⁶ CORNAGLIA, Ricardo, "La reforma constitucional de la provincia de Buenos Aires y la consagración en la misma de los derechos sociales", DT 1995-A-43.

¹⁰⁷ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Curso del derecho del trabajo...*, cit., p. 49.

¹⁰⁸ Sup. Corte Bs. As., causa B-50.218.

protectorios del trabajador que fueran constitucionalizados, entre otras por nuestra carta local, corresponde dar nuestra opinión sobre los alcances de la regulación que en esta materia le cabe al derecho público y especialmente al derecho administrativo.

Aceptando que la jurisprudencia del Máximo Tribunal, sostenida por la mayoría de la doctrina del derecho público, reconoce que la relación que une al Estado con el agente está regida por el derecho público, e inclinándonos por determinar su carácter contractual, es pertinente establecer los límites, fronteras y alcances del contrato administrativo.

En la doctrina se ha discutido sobre la utilidad y conveniencia de sostener la existencia de una teoría sobre este contrato. El defensor de ella, Juan Carlos Cassagne, parte de considerar la necesidad y utilidad del concepto de contrato administrativo donde, en virtud de la generalidad de sus postulados, los elementos y caracteres del instituto pueden ser compartidos por los diferentes contratos administrativos.

Estos contratos se caracterizan por la existencia de un interés público relevante, que conlleva a un régimen jurídico especial, típico del derecho público, que no es otra cosa que el denominado régimen exorbitante del derecho privado¹⁰⁹.

La finalidad pública que motiva a la Administración a contratar con un particular justifica la existencia de estas cláusulas exorbitantes, que ponen al Estado en una situación jurídica de preeminencia respecto de los particulares, siendo ejemplo de ello que el Estado está autorizado a rescindir en cualquier momento el contrato, a modificar cualquiera de sus condiciones, a ampliar las prestaciones o a sancionar al contratista.

Como advertimos, en los contratos administrativos el Estado tiene el poder de modificar en forma unilateral las condiciones y cláusulas pactadas con el contratista¹¹⁰. Este *ius variandi* es considerado por la doctrina como la posibilidad de la Administración de modificar en forma unilateral las condiciones del contrato¹¹¹.

La teoría del contrato administrativo fue cuestionada por Héctor Mairal, quien la criticó porque ella pretende crear una categoría conceptual y luego propone una serie de reglas aplicables a todos los entes que encuadran en tal categoría¹¹².

Este autor opina, en forma crítica, que según esta teoría existiría una categoría de contratos que el Estado celebra, definible conceptualmente y no por mera enumeración, que al regirse por un régimen exorbitante del derecho privado, le otorga al órgano público contratante una batería jurídica de prerrogativas y facultades que constituyen un régimen impreciso en el que reina la incertidumbre acerca de los alcances de las potestades públicas del órgano público contratante.

Explica: "Ello porque tal régimen especial ha sido construido generalizando las reglas que rigen en la concesión de servicio público y en la obra pública, pese a

¹⁰⁹ CASSAGNE, Juan C., *El contrato administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 26.

¹¹⁰ CASSAGNE, Juan C., *El contrato administrativo*, cit., p. 36: "Otra de las diferencias fundamentales estriba en la potestad que el ordenamiento puede atribuir, de modo expreso, a la Administración para introducir modificaciones, en forma unilateral, a lo pactado en los contratos administrativos. Poder que puede razonablemente ejercer dentro de los límites establecidos en cada ordenamiento especial (v.gr. obras públicas) y a condición de que no se altere el fin del contrato ni las obligaciones esenciales y que se efectúe la pertinente compensación económica que permita mantener el equilibrio financiero del contrato".

¹¹¹ SARMIENTO GARCÍA, Jorge H., "El *ius variandi* y los contratos de la administración", en el libro *Contratos administrativos*, jornadas organizadas por la Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ciencias de la Administración, Buenos Aires, 2000, p. 221.

¹¹² MAIRAL, Héctor, "De la peligrosidad o inutilidad de una teoría general del contrato administrativo", ED 179-655.

lo cual se lo extiende a contratos muy disímiles a ellos con la aclaración de que tal extensión debe ser hecha con los ajustes que en cada caso correspondan, frase ésta que permite al tratadista cerrar elegantemente el capítulo a costa de la incertidumbre a la que somete al contratista del Estado”¹¹³.

Coincidimos con Mairal y observamos que al contrato de empleo público no se le puede aplicar este régimen exorbitante del derecho privado, porque, como vimos, los derechos y principios constitucionales que protegen al empleado público lo defienden de la utilización de las prerrogativas, facultades y poderes que el Estado posee en otros contratos administrativos.

El régimen contractual de empleo público no puede ser exorbitante de las Constituciones nacional y provincial, no puede igualarse a las personas que alienan su trabajo al Estado con los contratistas de obras públicas, concesionarios de servicios públicos o proveedores del Estado. Su realidad socioeconómica es bien distinta y el derecho debe reparar en esa circunstancia.

Como bien expresara Luis Arias, el derecho administrativo mantiene una diferencia de trato y protección entre los empleados públicos y el resto de los contratistas del Estado, pero contrariamente a lo que dispone nuestro ordenamiento jurídico, en desmedro de los primeros. A los contratistas se les respeta el equilibrio económico financiero del contrato pero no sucede lo mismo en el contrato de empleo público¹¹⁴.

Agrega Arias: “Se observa entonces, una distinta valoración jurisprudencial del derecho de propiedad: hay derechos de propiedad superlativos (depósitos bancarios), de mediana intensidad (contratistas del Estado), restringidos (empleo público), etc. Es decir, hay una evidente desigualdad, y consecuentemente una violación al art. 16 de la Constitución Nacional”¹¹⁵.

Para evitar las consecuencias negativas de la aplicación a todos los contratos de la Administración de este régimen exorbitante adherimos a la postura subjetiva del Dr. Carlos Botassi, que entiende que es conveniente considerar como una unidad conceptual a la totalidad de contratos que celebre el Estado (contratos de la Administración) y aplicar las potestades exorbitantes del Estado únicamente a los contratos que su legislación lo establezca expresamente¹¹⁶.

Así, Botassi expuso: “Esta situación impone encarar el carácter bifronte de la contratación pública, prohiendo el concepto aglutinante de contratos de la Administración, abarcativo de todos los contratos en que el Estado sea parte, reconociendo en todos los casos, en mayor o menor medida según el objeto del acuerdo, la aplicación de regímenes de derecho público”¹¹⁷.

El contrato de trabajo de la Administración, siguiendo el criterio defendido por este autor, tiene que ser confeccionado e interpretado a la luz de todos los derechos y principios que han sido constitucionalizados por impulso del derecho laboral.

A partir de esa positivización en la cúspide de los ordenamientos jurídicos nacional y bonaerense de los principios del derecho del trabajo, su incumbencia dejó de

¹¹³ MAIRAL, Héctor, “La teoría del contrato administrativo a la luz de recientes normativas”, LL, suplemento especial, mayo de 2004, ps. 3 y ss.

¹¹⁴ ARIAS, Luis F., “Emergencia y empleo público...”, cit.

¹¹⁵ ARIAS, Luis F., “Emergencia y empleo público...”, cit., p. 101.

¹¹⁶ BOTASSI, Carlos, *Contratos de la administración provincial*, cit., p. 16.

¹¹⁷ BOTASSI, Carlos, *Contratos de la administración provincial*, cit., p. 21.

ser exclusiva de la relación laboral entre privados para pasar a aplicarse a la relación entre el trabajador estatal y el propio Estado.

IV. CONCLUSIONES

Las visiones diametralmente opuestas del derecho administrativo y el derecho del trabajo se disputan la regulación de la relación de los trabajadores del Estado pretendiendo imponer sus instituciones, normas y principios, haciendo prevalecer sus visiones ideológicas sobre ese fenómeno jurídico.

Como expresó con claridad Luis Arias: "Sabemos que el discurso ideológico está presente en el derecho, desde la producción académica hasta las sentencias, emitidas en un determinado contexto histórico social, pero el problema radica en saber si el derecho administrativo, atento su especial vinculación con los ámbitos donde se organiza, distribuye y ejerce el poder político, es un sistema de normas y principios que definen sus contornos y su accionar, o, en definitiva, una técnica al servicio de ese poder, en tanto procura justificar y legalizar su ejercicio"¹¹⁸.

A lo largo de este trabajo vimos como desde el derecho público, y fundándose en sus normas, institutos y principios, tanto la Corte Suprema de Justicia nacional como su par bonaerense, justificaron la violación por parte del Estado del derecho a la estabilidad de sus empleados, desconociendo todos los principios protectores consagrados por el constitucionalismo social, nacional y provincial.

Consideramos que los principios protectorios de los trabajadores consagrados expresamente en los arts. 14 bis y 39 de las Constituciones nacional y bonaerense, le son aplicables a los agentes públicos y deben ser utilizados por los jueces a la hora de resolver causas en las que se pongan en juego derechos constitucionales de los trabajadores como el de estabilidad en el empleo.

Se deriva de este postulado que la justicia competente en la resolución de las causas de empleo público, en nuestra provincia atribuida constitucionalmente al fuero Contencioso Administrativo, debe aplicar los diferentes principios protectorios del derecho laboral que, como vimos, han sido positivizados en las Constituciones nacional y bonaerense, ya que la relación de empleo público constituye un régimen particular comprendido dentro del derecho del trabajo.

Podemos decir que la crisis que vive nuestro país se ve reflejada en sus instituciones y en las relaciones que el Estado mantiene con la sociedad civil. También el empleo público se encuentra en crisis y esta circunstancia se refleja en la precarización laboral, extendida hoy a los asalariados del sector público¹¹⁹.

Es importante por ello que, desde el derecho administrativo, se equilibren los principios que configuran el derecho público con los derechos sociales protegidos constitucionalmente que tienen aplicación directa a relaciones como las del empleo público, que además de ser una relación iusadministrativa es un vínculo en el que una de las partes es una persona a la que la Constitución le otorgó una protección especial, que debe serle opuesta a todo empleador, incluyendo al propio Estado.

¹¹⁸ ARIAS, Luis F., "Emergencia y empleo público...", cit., p. 102.

¹¹⁹ SÁNCHEZ, Alberto M., "Empleo público: situación actual y perspectivas", en *Contratos administrativos*, cit., p. 369.

CAPÍTULO III

ATRIBUCIÓN CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS EN LA REGULACIÓN DEL EMPLEO PÚBLICO

I. INTRODUCCIÓN

En la provincia de Buenos Aires, el vínculo con sus agentes se encuentra regulado en forma precisa por cláusulas específicas tanto de la Constitución federal como de la provincial y, por debajo de ésta, por una pléyade de normas infraconstitucionales, fundamentalmente de carácter legal¹, exigencia que deriva del propio texto constitucional local².

Este tratamiento constitucional y normativo no sólo tiene por objeto reconocer garantías, sino que también responde a una necesidad estatal esencial, ya que el Estado, como toda organización —ya sea pública o privada—, necesita cubrir cada uno de sus cargos institucionales para poder cobrar vida, expresar su voluntad y cumplir las funciones y cometidos encomendados, los que necesariamente deben materializarse a través de personas físicas³.

Será la actuación u omisión de dichos sujetos, imputable a los órganos y entes provinciales y su accionar, el que permita la medición organizacional de la eficacia y eficiencia estatal, también serán éstos quienes planifiquen, gestionen e interactúen

¹ En nuestra provincia ha quedado superada la discusión de si corresponde a la Administración o al Congreso regular el régimen de los agentes públicos.

FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, t. I, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 789. Compartimos su opinión en cuanto, como principio, dicha regulación debe tener naturaleza legislativa. En este sentido ha expresado: "No puede corresponderle al poder administrador reglamentar directamente derechos y garantías consagradas en la Constitución por mandato de la voluntad constituyente. La estabilidad como garantía a favor de los agentes públicos, pero en beneficio de la función como un seguro de la idoneidad que establece el art. 16 de la Constitución Nacional, por su sustancia constitucional debe ser reglamentada por el legislador".

² El art. 103, inc. 12 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires pone en cabeza del Poder Legislativo: "Organizar la carrera administrativa con las siguientes bases: acceso por idoneidad; escalafón; estabilidad; uniformidad de sueldos en cada categoría e incompatibilidades".

³ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, 4ª ed. actual., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 8, parág. 830. "El funcionamiento de la Administración Pública requiere una adecuada 'organización'. Ésta se concreta en la estructuración de órganos y en la atribución de competencias, vale decir en la asignación de funciones a dichos órganos: éstos constituyen los llamados 'órganos institución', que en la estructura estatal son permanentes y estables, y que actúan a través de personas físicas ('órganos individuos' u 'órganos personas')".

con la comunidad que representan⁴ o con otros sujetos públicos o privados, nacionales o extranjeros⁵.

La necesaria presencia de un ser humano es la que permite al sujeto estatal cobrar vida jurídica y como consecuencia la producción de efectos de tal índole derivados de dicho vínculo. Estas consecuencias son muy variadas, pero desde la posición de los propios funcionarios frente al órgano que integran se manifiestan como derechos y obligaciones⁶. Esta concreta relación constituye la materia que cabe abordar en este libro, una vez delimitados cuáles serán los sujetos motivo de análisis.

1. Distinción

Para realizar una primera aproximación debemos excluir a aquellos que, sin formar parte de la estructura estatal, desarrollan cometidos públicos, por sí a través de una organización pública —por transferencia o reconocimiento legal— o por formar parte de entidades privadas de interés público —reconocidas por la ley o habilitadas convencionalmente por ella—⁷.

Entre todos aquellos que integran los cuadros del Estado no realizaremos distinciones conceptuales, independientemente de su posible separación en categorías diferentes, ya sean denominados “funcionarios”, “empleados”, “agentes”, “trabajadores”, “personal”, “servicio civil” o cualquier otra acepción semejante.

⁴ Constituida por todos los habitantes de la provincia de Buenos Aires, ya que el ejercicio de cualquier función estatal, por mandato electivo o por nombramiento realizado por otros funcionarios, supone asumir el compromiso social que implica desempeñar dicha función.

⁵ Los organismos estatales no sólo desarrollan sus actividades hacia adentro sino que sus vínculos jurídicos también se generan con otras personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, pertenecientes a otros Estados locales o directamente con éstos, con los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o con ésta, con el Estado federal o con sus entes, así también con personas físicas o jurídicas extranjeras (v.gr. a través de convenios con organismos internacionales o multilaterales en virtud de la atribución conferida por el art. 124 de la Constitución Nacional).

⁶ GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 8ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, cap. XII-1. El doctor Gordillo prefiere mantener la distinción entre órgano institución y órgano individuo, al expresar que “...permite diferenciar más precisamente los derechos y deberes del ser humano llamado a desempeñarse en la función”.

Así también señala la triple visión expuesta en el texto con la que cabe apreciar a la organización estatal, al expresar que “en otras palabras, estamos frente a situaciones que no se confunden; una es la repartición de atribuciones en diferentes unidades, otra es la imputación de una conducta al Estado, una tercera es la situación del funcionario”.

⁷ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. I., cap. XIV. En este capítulo, el autor estipula lo que entiende por ente estatal (aquellas de titularidad exclusiva del Estado) y distingue a las entidades públicas no estatales con participación estatal (sociedades de economía mixta con potestades o privilegios públicos, sociedad anónima con participación estatal mayoritaria, asociaciones dirigidas) y sin ella (corporaciones públicas, fundaciones e instituciones públicas no estatales), también señala dentro de las entidades privadas a aquellas con participación estatal (estatutaria pero sin potestades y privilegios públicos, no estatutaria por tenencia de acciones de sociedades privadas) y aquellas que sin ella son de interés público con (bancos, seguros, entidades financieras, concesionarios y licenciatarios de obras y servicios públicos en exclusividad o concurrencia) o sin fines de lucro (sindicatos, mutuales, asociaciones de bien común, sociedades de fomento, cooperadoras escolares, asociaciones de bomberos voluntarios, etc.).

Consideramos que igual naturaleza tienen tanto las máximas autoridades del Estado como quien se desempeñe en la última línea organizacional⁸. El concepto resulta abarcativo de los sujetos integrantes de sus tres poderes⁹.

Todos ellos asumen sus cargos por un vínculo contractual¹⁰ con el objeto de cubrir una función o actividad de un órgano estatal, ello independientemente de sus diferentes ámbitos de actuación, de si se encuentran regidos parcialmente por normas del derecho laboral o producto de una convención colectiva¹¹, de si sus conflictos son dirimidos en el fuero laboral o en el administrativo¹², de su mayor o menor capacidad de decisión o de las diferencias que pudieren existir al atribuírseles responsabilidad¹³.

⁸ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. I., cap. XIII-2. El autor critica la distinción, ya que considera que no es posible hallar agente alguno de la Administración que tenga por función exclusiva la de decidir y ejecutar, al referirse a que todo agente estatal en algún momento decide y en otros ejecuta, ya sea el presidente o un ordenanza, concluyendo: "Ningún agente de la Administración tendría la calidad exclusiva de funcionario o empleado; todos serían al mismo tiempo, o alternativamente lo uno como lo otro. Con ello se advierte que la distinción, así fundamentada, carece de sustento real, por cuanto no nos permite diferenciar distintos tipos de gentes del Estado sino a lo sumo distintos tipos de actuación de ellos. Nada impide que usemos los términos en el lenguaje ordinario como nos plazca, sólo debemos saber que no tiene proyecciones jurídicas". FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, cit., t. I, p. 771. Este autor entendió que los términos de funcionario y empleado resultan indistintos; sin embargo, excluye del concepto de agente a los titulares de los poderes del Estado. Respecto de esta distinción expresó: "Para evitar equívocos será necesario separar y destacar la existencia de ciertas personas que representan o son titulares de los poderes del Estado, ya sea el Ejecutivo, el Judicial o el Poder Legislativo, que no pueden identificar sus situaciones jurídicas con los regímenes administrativos de los denominados agentes del Estado".

⁹ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., p. 775: "Esta denominación de agente estatal cubre a todos los sujetos que trabajan en la administración del Poder Ejecutivo, centralizado y descentralizado, en los entes autárquicos, en las empresas estatales, en el Poder Legislativo, en el Poder Judicial, en las municipalidades. Hoy el agente estatal, cualquiera fuere su jerarquía y función, asienta su situación jurídica como un trabajador del Estado".

¹⁰ Consensualidad que no quita el carácter electivo o no de la designación, ya que éste no constituye una obligación sino un acto volitivo de postulación y aceptación.

¹¹ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., p. 773. El autor expresó: "Hasta cuando se rigen algunos agentes por contratos colectivos de legislación laboral, su naturaleza administrativa no desaparece, pese la norma que se aplica". Amplitud que permite abarcar tanto aquellos trabajadores regidos por convenios colectivos de trabajo vigentes por respetarse derechos adquiridos de trabajadores transferidos de la nación a la provincia como aquellos que se realicen en virtud de las normas de habilitación convencional, tal el caso de las leyes provinciales 13.453 y 13.552. En el mismo sentido ha resuelto la Corte Suprema a partir del caso "Madorrán", M. 1488. XXXVI, "Madorrán, Marta Cristina v. Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación", sentencia del 3/5/2007.

¹² Cfr. FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., p. 773: "Nada obsta a que se litigue ante fueros distintos pues esto, para nuestra organización judicial, no es fundamental".

¹³ BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, t. III, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 29, parág. 426.II. En sentido diferente, Rafael Bielsa ha expresado: "El concepto de funcionario público, claramente definido, y sobre todo diferenciado del de 'empleado', tiene particular importancia cuando se trata de la responsabilidad y de los atributos del cargo".

Así también expresó (p. 34, parág. 427): "La diferencia esencial entre función y empleo público está en lo siguiente: la función supone un encargo especial, una delegación, transmitida en principio por la ley; el servicio sólo concurre a formar la función pública. Respecto del empleado sólo hay una vinculación interna con el Estado; la del funcionario es una relación externa, que atribuye a éste cierto carácter representativo, por poco que signifique la representación que ejerza".

A su vez, todos comparten la garantía-exigencia de acceder a los cargos públicos con base en la idoneidad y el carácter personal de la prestación asumida.

Ahora bien, no todos los funcionarios tienen el mismo régimen, las necesidades de la organización burocrática estatal generan una amplia variedad de regulaciones diferentes.

En algunos casos es la propia Constitución la que se encarga de normar las condiciones de nacimiento, garantías, obligaciones y extinción de los vínculos, tal es el caso de los titulares de los tres poderes del Estado¹⁴; en otros, sólo establece las condiciones para su designación pero, fundamentalmente, es mediante normas infraconstitucionales como se regula el vínculo de los agentes estatales.

En la mayoría de los casos es a través de normas de carácter general como se determinan las condiciones de nacimiento, continuidad y extinción de la relación de los agente públicos.

Variarán los regímenes legales, inclusive permitiendo determinada flexibilidad de negociación (en virtud de la habilitación constitucional reglamentada normativamente) a través de la concertación de convenios colectivos de trabajo, generales o sectoriales.

Sin perjuicio de esta amplitud conceptual, en esta obra abordaremos un marco regulatorio específico, como lo es el Estatuto para el Personal de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires, consagrado en la ley 10.430 y sus modificaciones, que abarca al personal de todas las estructuras estatales que integran el Poder Ejecutivo provincial que no se rijan por estatutos especiales, las que por su diseño como organizaciones de tipo burocrático acentúan las notas de profesionalidad, permanencia y carrera, cuyos efectos se transportan al vínculo jurídico con sus agentes¹⁵.

Estos regímenes generales tienen la pretensión de regular íntegramente el vínculo laboral de los agentes del Estado, garantizando sus derechos y enumerando sus obligaciones¹⁶, y comúnmente se los denomina estatutos¹⁷.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, t. III, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, p. 279. Este autor comparte la opinión precedente.

¹⁴ Estas normas pertenecen al derecho constitucional, aunque eventualmente la actuación de dichos funcionarios encuadre en el derecho administrativo; tal el caso del régimen previsional o de los diferentes derechos personales derivados del ejercicio de su función.

¹⁵ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., p. 785. Señaló como caracteres esenciales de estos contratos los siguientes: a) carácter personal de la prestación convenida; b) la profesionalidad; c) la permanencia; d) retribución uniforme; e) subordinación a los órganos superiores de la Administración.

BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., p. 28. Señaló como caracteres —aunque en el caso, para distinguir al empleado del funcionario—: la retribución del servicio, la profesionalidad y su continuidad. A diferencia de los agentes señaló: “La institución de funcionario público, a diferencia de la de empleado, no está subordinada, por principio, a la mayor o menor duración del servicio, ni a la forma o régimen de aceptación; tampoco el ejercicio gratuito o remunerado es elemento esencial en la función; lo que importa es que ella se ejerce por especial encargo conferido a determinada persona”.

¹⁶ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., p. 791. Allí señala que los estatutos tienen semejanza en su estructura, capítulos y títulos, como también puede comprobarse en los convenios estatales. Indica que los estatutos fijan normas sobre: a) el ingreso a los cuadros de la Administración; b) los deberes que corresponden al estado de agente, como también las prohibiciones; c) los derechos que se les reconocen, establecidos en forma detallada; d) las normas que regulan la carrera de los que tienen el estado de agente; e) las incompatibilidades, f) el régimen disciplinario; g) los recursos y defensas de los derechos reconocidos; y h) los derechos sociales.

¹⁷ BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, t. III, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, p. 72, parág. 444. En este sentido expresó: “De modo que puede definirse al estatuto de funcionarios como un conjunto

La denominación de “estatuto” responde a una convención conceptual, que como tal resulta absolutamente inocua para condicionar la naturaleza de la relación de empleo público; no obstante ello, la regulación normativa estatal sirvió de fundamento a la posición que sustentaba la naturaleza unilateral o estatutaria de la función pública¹⁸.

II. REPARTO CONSTITUCIONAL DE COMPETENCIAS

La incorporación de un agente a un organismo estatal tiene como antecedente un proceso complejo del cual no sólo participa la autoridad competente para nombrarlo, ya que dicho acto supone la existencia de un cargo vacante dentro de una estructura organizacional, sino también debe existir un régimen jurídico que regule tanto el nombramiento como la consecuente relación jurídica derivada de dicho acto. Para definir estas diferentes facetas del vínculo debemos recurrir a la Constitución provincial, ya que es en ella donde encontraremos la asignación de atribuciones para poder regular cada uno de dichos pasos.

En el reparto de competencias consagrado en dicha Constitución debemos distinguir: (a) la atribución legislativa para crear cargos públicos; (b) la atribución legislativa para regular la relación estatutaria de los agentes estatales; y (c) las atribuciones generales (con algunas excepciones), en cabeza de cada uno de los poderes, para designar y remover a los empleados que los conforman.

1. Atribución para crear cargos públicos

Como derivación de la conformación del presupuesto de ingresos y gastos, debe ser siempre la Legislatura¹⁹ quien determine los cargos y la masa salarial correspondiente a cada uno de los organismos estatales, generalmente a través de las leyes de presupuesto anual y muchas veces de leyes particulares. En la práctica ello sufre alteraciones, y es el Poder Ejecutivo el que, no sólo establece la estructura orgánico funcional de sus dependencias y los planteles básicos de su personal, sino que asigna cargos y otorga aumentos salariales; ello, frente a la necesidad de dar respuestas rápidas a reclamos colectivos, en la mayoría de los casos para recomponer los salarios frente a su depreciación, producto de la devaluación de la moneda, por efecto de la inflación o por exigencias de recomposición de otra índole. Esta situación muchas veces se encuentra amparada por cláusulas habilitantes en las leyes

orgánico de reglas generales —en sentido lato— establecidas en forma general, cierta y permanentemente, con el fin de garantizar a los funcionarios públicos sus esenciales derechos de empleo y a la carrera y a determinar los deberes que la función o el empleo impone”.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 54, parág. 848. Este autor, en una definición muy similar, expresa: “Se entiende por estatuto de los funcionarios o empleados públicos el conjunto orgánico de normas que establecen los derechos y obligaciones de dichos funcionarios o empleados. Un estatuto, entonces, debe comprender todo aquello que se relacione con los derechos y obligaciones de los agentes estatales”.

¹⁸ Cabe realizar esta aclaración frente a las posiciones que intentaron sustentar con apoyo en el “estatuto” la naturaleza unilateral del vínculo del agente con el Estado.

BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., ps. 78-80. Este autor rebatió excelentemente dichas posiciones.

¹⁹ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 128.

anuales de presupuesto²⁰; otras, justificada en los considerandos por motivos de necesidad de urgencia²¹ y otras, simplemente, con base en el proemio del art. 144 de la Constitución provincial, que invoca en cabeza del gobernador la condición de jefe de la Administración Pública, fundamento que, inclusive, sirvió de justificación para recortar los haberes de los agentes estatales invocando razones de emergencia económica²².

2. Nombramiento y remoción de los agentes públicos integrantes del cuerpo burocrático de cada uno de los Poderes del Estado

La Constitución provincial distribuye entre los tres poderes la potestad de nombrar y remover a los empleados que integran sus cuadros, en la mayoría de los casos en forma exclusiva, y en algunos supuestos particulares a través de actos políticos institucionales de integración²³, mediante la concurrencia de la voluntad del gobernador con la de la Cámara de Diputados o de Senadores²⁴.

Un supuesto particular es el del Defensor del Pueblo²⁵, ya que debe ser designado y puede ser removido por la decisión de ambas Cámaras; luego veremos la forma de designación del personal de esta institución.

2.1. Nombramiento y remoción de los agentes integrantes del Poder Ejecutivo

En el caso del Poder Ejecutivo, el art. 52 estipula la atribución en cabeza del gobernador para nombrar y remover a todos los empleados públicos cuya elección

²⁰ V.gr. art. 23, ley 13.154 (presupuesto 2004); art. 22, ley 13.403 (presupuesto 2006); art. 22, ley 13.412 (presupuesto 2007).

²¹ A través del decreto 1822/2005, ante la falta de sanción de la Ley de Presupuesto 2005, se dispuso, justificando con razones de necesidad y urgencia, la asignación de cargos al Ministerio Público y a la Administración de justicia para incorporar colaboradores honorarios o meritorios; luego, a través de la sanción de la Ley de Presupuesto 2005 (13.402) se dispuso solamente crear los cargos en los términos del decreto 1822/2005 sin hacer mención a los fundamentos de dicho decreto (dicha ley fue sancionada el mismo día que la Ley de Presupuesto 2006 [13.403], y publicadas ambas el 30/12/2005 en el Boletín Oficial nro. 25.321 [Suplemento]).

²² Decreto 1351/2001 de reducción de salarios al personal jerárquico.

²³ GELLI, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 2ª ed. ampl. y act., La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 710. Hace referencia al concepto de acto político institucional de integración.

VILLEGAS, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 404, califica de acto jurídico bilateral a los nombramientos que requieren acuerdo del Senado.

²⁴ El art. 144, inc. 18 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone que el gobernador nombra con acuerdo del Senado: 1. el fiscal de Estado; 2. el director general de Cultura y Educación; 3. el presidente y los vocales del Tribunal de Cuentas; 4. el presidente y los directores del Banco de la Provincia que le corresponda designar. Con acuerdo de la Cámara de Diputados a los miembros del Consejo General de Cultura y Educación. En el art. 82 se prevé como requisito para el nombramiento, por parte del gobernador, de tesorero y subtesorero, contador y subcontador de la provincia, la presentación previa de una terna alternativa por parte del Senado; así también por remisión del art. 156.

²⁵ Instituto regulado por ley 13.834, sancionada el 11/6/2008, promulgada por decreto 1380/2008 del 7/7/2008 y publicada el 18/7/2008 en BO nro. 25.943, aunque hasta la fecha no se ha procedido a la designación del Defensor del Pueblo provincial.

o nombramiento no esté previsto en otra disposición constitucional. En particular, regula de manera específica el nombramiento de los ministros (art. 144, inc. 1°)²⁶.

A su vez, a través de la Ley de Ministerios²⁷, se habilita la delegación de atribuciones, las que se han plasmado y especificado fundamentalmente en el decreto 574/2001 y sus modificatorios.

No obstante el principio general, por disposición constitucional también tenemos excepciones dentro de los cuadros de la Administración, ya que el nombramiento y la remoción de todo el personal técnico, administrativo y docente de la Dirección General de Cultura y Educación²⁸ está en cabeza del director general de dicho organismo (art. 201, párr. 4°) y el de los funcionarios municipales (art. 192) en cabeza de las autoridades comunales²⁹, ello como consecuencia de las atribuciones inherentes a la naturaleza autonómica del municipio, más aún luego de su consagración expresa en el art. 123 de la CN reformada.

2.2. *Nombramiento y remoción de los agentes integrantes del Poder Legislativo*

Con relación al Poder Legislativo, la Constitución, a través del art. 93, dispone que ambas Cámaras tienen atribución para designar a sus “funcionarios y emplea-

²⁶ Con la excepción del director general de Cultura y Educación, quien se encuentra equiparado a los ministros, debe ser designado con acuerdo del Senado, tiene un mandato temporal específico y debe reunir determinadas exigencias constitucionales que no han sido previstas para los ministros (art. 201 de la Const. prov.).

²⁷ Art. 5°, ley 13.757: “El gobernador podrá delegar en los ministros secretarios, o en los funcionarios u organismos que en cada caso determine, cualquiera de sus competencias. Asimismo los ministros podrán delegar las que le son propias en órganos de inferior jerarquía dentro de su Ministerio. La delegación se ajustará a la competencia de los respectivos departamentos de Estado y en ningún caso podrán delegarse las atribuciones que se reciban por delegación, salvo que ello esté expresamente autorizado en la norma delegante”. Delegación realizada a través del decreto 574/2001 y sus modificatorias.

²⁸ Aquí se da una paradoja, ya que el personal perteneciente a esta dirección conforma el mayor porcentaje dentro del universo de agentes estatales provinciales.

²⁹ La Ley Orgánica de las Municipalidades (LOM) —dec.-ley 6769/1958— establece en el art. 108, inc. 9°, la atribución del Departamento Ejecutivo para “Nombrar, aplicar medidas disciplinarias y disponer la cesantía de los empleados del Departamento Ejecutivo, con arreglo a las leyes y ordenanzas sobre estabilidad del personal”. Como excepción encontramos la designación de los jueces de faltas, ya que, el art. 21 del dec.-ley 8751/1977 prevé que debe hacerse a propuesta del intendente con previo acuerdo del Concejo Deliberante. El art. 83, inc. 9°, dec.-ley 6769/1958, consagra como atribución del presidente del Concejo: “Nombrar, aplicar medidas disciplinarias y dejar cesantes a los empleados del Concejo con arreglo a las leyes y ordenanzas sobre estabilidad del personal, con excepción del secretario al que sólo podrá suspender dando cuenta al cuerpo en la primera sesión, en cuyo caso el Concejo deberá pronunciarse de inmediato sobre la procedencia o improcedencia de la medida”.

Cabe observar que a través del art. 106, ley 11.757, se deroga el inc. 4° del art. 63 de la LOM que ponía en cabeza del Concejo el deber de “organizar la carrera administrativa con las siguientes bases: acceso por idoneidad, escalafón, estabilidad, uniformidad de sueldos en cada categoría e incompatibilidades”. Esta decisión legislativa es cuestionada por parte de la doctrina por considerarla inconstitucional por violar el carácter autonómico del municipio y las atribuciones conferidas en el art. 192 de la Constitución provincial. La ley 11.757 prevé en el art. 6° que “El nombramiento de los agentes municipales corresponde al intendente municipal o al presidente del Concejo Deliberante, quienes constituyen la autoridad de aplicación, en sus respectivas jurisdicciones, del presente régimen”.

dos”, ello en la forma que determinen sus respectivos reglamentos³⁰. En ellos se consagra, en cabeza de sus respectivos presidentes, la atribución de nombrar y remover a los empleados de cada Cámara. El inc. 18, art. 28 del Reglamento Interno de la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires atribuye a su presidente: “Nombrar y remover todo el personal de la Cámara, con excepción de los secretarios, prosecretarios y funcionarios mencionados en el art. 30 del presente reglamento”³¹. El inc. p), art. 216 del Reglamento Interno de la Honorable Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires asigna competencia al presidente para: “Nombrar y remover al personal en general, aplicar al mismo las medidas disciplinarias que correspondan y acordarle las licencias extraordinarias que fueren del caso”.

2.3. *Nombramiento y remoción de los agentes integrantes del Poder Judicial*

En el caso del Poder Judicial, la Constitución contempla dos situaciones diferentes.

A través del art. 161³², inc. 4º, coloca en cabeza de la Suprema Corte de Justicia el nombramiento y la remoción, en forma directa, de los secretarios y empleados de dicho tribunal y, a propuesta de jueces de primera instancia, funcionarios del Ministerio Público y Jueces de Paz, del personal de dichas dependencias. En consonancia con la Constitución provincial, la ley 12.061 del Ministerio Público establece en su art. 13, inc. 12³³, que al procurador general de la Suprema Corte de Justicia le corresponde “Proponer a los funcionarios auxiliares y empleados de la Procuración, y sostener las propuestas de los demás titulares de las dependencias del Ministerio Público, para su nombramiento por la Suprema Corte de Justicia”, y no nombrarlos por sí.

Diferente es la solución que adopta la Constitución para los agentes dependientes de las Cámaras de Apelación, ya que su art. 167³⁴ aquí sí reconoce a éstas autonomía funcional para nombrar y remover a sus secretarios y empleados.

³⁰ Reglamento Interno de la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires según t.o. res. 1323/2002 de la Presidencia de la Honorable Cámara de Diputados y modificatorias, res. D/2605/02-03, 1569/03-04, 626/04-05, D/1212/04-05, D/2778/04-05 y D/1588/05-06 (fuente: www.hcdiputados.gba.gov.ar). Reglamento Interno de la Honorable Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires (publicado en www.senado-ba.gov.ar).

³¹ Art. 30, Reglamento Interno: “Del vicepresidente dependerá el Servicio de Auditoría establecido por el art. 34 de la ley 10.426, incumbiéndole la designación y remoción del funcionario allí previsto”.

³² Art. 16, Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones: ...4. Nombra y remueve directamente los secretarios y empleados del tribunal, y a propuesta de los jueces de primera instancia, funcionarios del Ministerio Público y jueces de Paz, el personal de sus respectivas dependencias”.

³³ Art. 13, ley 12.061: “Corresponde al procurador general de la Suprema Corte de Justicia: ...12. Proponer a los funcionarios auxiliares y empleados de la Procuración, y sostener las propuestas de los demás titulares de las dependencias del Ministerio Público, para su nombramiento por la Suprema Corte de Justicia...”.

³⁴ Art. 167, Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “Corresponde a las Cámaras de Apelación el nombramiento y remoción de los secretarios y empleados de su dependencia”.

2.4. Nombramiento y remoción de los agentes integrantes de la Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires

Tratamos como un supuesto diferenciado el nombramiento y la remoción del personal de la Defensoría del Pueblo de la provincia de Buenos Aires por su particular ubicación respecto de los tres poderes del Estado provincial.

La ley 13.834 reglamentó la figura del Defensor del Pueblo en la provincia de Buenos Aires prevista en el art. 55³⁵ de la Constitución provincial. La manda constitucional no ha incluido expresamente a dicho organismo bajo la órbita de la Legislatura, asegurando su autonomía funcional y política³⁶; como derivación de ello el art. 12³⁷ de la ley 13.834 establece su autonomía funcional, política y autarquía financiera, destacando su independencia respecto de cualquier otro poder u organismo. En esta línea el art. 11³⁸ de la ley 13.834 atribuye al Defensor del Pueblo competencia para designar por sí al personal administrativo y jerárquico del organismo, exigiendo el mecanismo de concurso público abierto y por antecedentes. Se exceptúa de esta regla a los secretarios, los que para su nombramiento requieren acuerdo de la comisión bicameral creada conforme lo establece el art. 2° de la ley. Se establece que el personal —sin distinción— gozará de la garantía de estabilidad, para lo cual se prevé que lo será conforme está regulada en la ley 10.430, lo que, entendemos, implica una cláusula de remisión a dicho régimen normativo en todo aquello en que fuere compatible; en este sentido, la remoción del personal debe regirse por el régimen general, por lo que frente a una conducta pasible de sanción debe gozar de las garantías consagradas en el procedimiento disciplinario regulado en éste.

³⁵ Art. 55, Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “El Defensor del Pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de los habitantes. Ejerce su misión frente a los hechos u omisiones de la Administración Pública, fuerzas de seguridad, entes descentralizados o empresas del Estado que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario o negligente de sus funciones. Supervisa la eficacia de los servicios públicos que tenga a su cargo la provincia o sus empresas concesionarias.

”Tendrá plena autonomía funcional y política. Durará cinco años en el cargo pudiendo ser designado por un segundo período. Será nombrado y removido por la Legislatura con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara. Una ley especial regulará su organización y funcionamiento”.

³⁶ En el art. 55 de la Constitución provincial no se lo ha ubicado expresamente en el ámbito del Congreso, a diferencia del art. 86 de la Constitución Nacional, aunque coincida la mecánica de designación. En el régimen nacional, a través del art. 33 de la ley 24.284 los presidentes de ambas Cámaras deben ser quienes designen a su personal a propuesta del Defensor.

³⁷ Art. 12, ley 13.834: “Actuación. El Defensor del Pueblo desempeñará sus funciones con plena autonomía funcional y política, y autarquía financiera, encontrándose legitimado activamente para promover acciones administrativas y judiciales para el cumplimiento de su cometido. No está sujeto a mandato imperativo alguno, ni recibirá instrucciones de ninguna autoridad.

”Puede iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los hechos u omisiones de la Administración Pública, fuerzas de seguridad, entes descentralizados o empresas del Estado que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario o negligente de sus funciones. Pudiendo supervisar la eficacia de los servicios públicos que tenga a su cargo la provincia o sus empresas concesionarias”.

³⁸ Art. 11, ley 13.834: “Personal. El personal administrativo y jerárquico será designado por el Defensor del Pueblo mediante concurso público y abierto de antecedentes y gozará de estabilidad según ley 10.430. Los secretarios a designarse según el art. 10 deberán contar con el acuerdo de la comisión bicameral; la que procederá a elegir al secretario que en caso de vacancia temporal reemplazará al Defensor del Pueblo. En este último supuesto dicho secretario deberá reunir los mismos requisitos que establece el art. 1°”.

3. Atribución para regular la relación estatutaria de los agentes estatales. Reserva legislativa prevista en los incs. 3 y 12 del art. 103 de la Constitución provincial

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires ha consagrado expresamente como atribución privativa de la Legislatura la regulación del régimen de empleo público.

Ello se desprende tanto del inc. 3° del art. 103 —cuya redacción se mantiene inalterada desde 1873— como del inc. 12 del mismo artículo —cuyo texto data de la Constitución de 1934—.

En nuestra provincia, prácticamente desde la consolidación definitiva de la organización nacional³⁹, se ha asignado a los representantes del pueblo la atribución de garantizar los derechos y delimitar las obligaciones en las relaciones de empleo público estatal, por lo que en la provincia de Buenos Aires la solución constitucional hace prevalecer, sin posibilidad de discusión alguna, la exigencia de ley formal para regular la relación de empleo público, superando las posturas que entienden que dicha regulación pertenece a la zona de reserva de cada poder, fundamentalmente en alusión a la esfera correspondiente al Poder Ejecutivo⁴⁰; sin perjuicio de la posibilidad de regulación autónoma en caso de vacío legal, total o parcial —esto último, tal como ocurre actualmente—.

Claramente el inc. 3° atribuye a la Legislatura la potestad para “Crear y suprimir empleos para la mejor administración de la provincia, determinando sus atribuciones, responsabilidades y dotación, con la limitación a que se refiere el primer párrafo del inciso anterior”.

Su primer antecedente, el texto del inc. 4° del art. 98 de la Constitución de 1873 era prácticamente idéntico: “Crear y suprimir empleos para la mejor administración de la provincia, determinando sus atribuciones, responsabilidades y dotación”.

En la Constitución de 1934 sólo se agregó, en su última parte, la siguiente observación: “...Con la limitación a que se refiere el primer párrafo del inciso anterior”.

El párrafo al que se refiere este agregado corresponde al inc. 2° del mismo artículo, y es el siguiente: “Fijar anualmente el cálculo de recursos y el presupuesto de gastos. Con relación a nuevos gastos, dentro de la ley de presupuesto, la iniciativa corresponderá exclusivamente al Poder Ejecutivo; pero la Legislatura podrá disminuir o suprimir los que le fuesen propuestos”.

Este agregado tiene como fin reforzar tanto la exigencia que supone respetar la planificación anual presupuestaria como la atribución exclusiva de la Legislatura para aceptar nuevos gastos siempre dentro de la ley presupuestaria. Es decir, dicho

³⁹ MORENO, Guillermo R., “Génesis histórica de la Constitución bonaerense”, en GABINO ZIULU, Adolfo (dir.), *El sistema constitucional bonaerense*, Platense, La Plata, 2006, ps. 24 y ss. Allí, el autor describe el proceso de reforma que se plasmó en la Constitución de 1873, como consecuencia de la definitiva consolidación nacional, luego de la reincorporación de la provincia de Buenos Aires a la Confederación argentina, tras el Pacto de San José de Flores del 11 de noviembre de 1859 y la posterior reforma de la Constitución Nacional de 1860.

⁴⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, parág. 849, p. 57. Este autor entiende que la competencia para emitir o dictar el estatuto de los funcionarios o empleados públicos le corresponde al Poder Ejecutivo, no al Legislativo. Consideró que por integrar la “zona de reserva de la Administración” constituye una facultad constitucional privativa o exclusiva.

agregado tiene como fin exclusivo reiterar la exigencia de planificar los gastos con certidumbre, incluidos los generados por la incorporación de personal.

De lo expuesto tenemos que —más allá de la modificación mencionada— el inciso mencionado ha permanecido prácticamente inalterable en su contenido desde 1873.

En esta cláusula, el constituyente no se limitó a determinar la potestad de crear empleos, suprimirlos o establecer su dotación de personal, cuestiones vinculadas al cálculo de recursos y gastos, sino que además de ello asignó competencia al Poder Legislativo para normar las atribuciones y responsabilidades de sus agentes.

Recordemos que la Constitución Nacional desde 1853⁴¹, en aquel entonces a través del art. 67, inc. 17 —actualmente a través del art. 75, inc. 20—, de la misma manera, no sólo otorga competencia al Congreso para crear o suprimir empleos sino también para fijar sus atribuciones, por lo que también en el ámbito federal rige la exigencia de ley formal para regular el estatuto del empleado público.

En el caso de la Carta provincial, el constituyente ha precisado aún más dicha exigencia, ya que, además de mencionar la competencia para fijar las atribuciones de los agentes públicos —las que podemos entender como derechos y garantías—, exige determinar sus responsabilidades.

Este agregado supone precisar los distintos tipos de responsabilidad administrativa imputable a los empleados públicos, ya sea en forma pecuniaria o disciplinaria, y, en este último caso, determinar los distintos deberes y prohibiciones, así como la determinación de las faltas que su incumplimiento genera y las sanciones que en consecuencia cabría imponerles.

Ahora bien, ¿qué otra cosa que un estatuto es la regulación normativa de los derechos y las obligaciones de un empleado público?

Dicha atribución se precisó y complementó definitivamente con la Constitución de 1934, al incorporar el inc. 12 al entonces art. 90 (art. 98 en la Constitución de 1873, art. 99 en la Constitución de 1889 y actual art. 103 de la Constitución reformada en 1994) el que establecía —y establece—: “Organizar la carrera administrativa con las siguientes bases: acceso por idoneidad; escalafón; estabilidad; uniformidad de sueldos en cada categoría e incompatibilidades”.

Este inciso concluye con precisión la delimitación de la atribución legislativa para regular el régimen del empleado público. Asimismo, estructura garantías y limitaciones a tener en cuenta en la regulación, partiendo de la necesidad de organización de la carrera administrativa.

Debemos notar que, al consagrar la atribución, no lo ha hecho desde el punto de vista meramente funcional u organizacional sino, fundamentalmente, protegiendo el vínculo en sí mismo.

Por un lado, con el fin de asegurar la motivación de quienes desempeñen sus funciones, les permite a aquellos que hayan demostrado idoneidad en el ingreso, progresar en la estructura (para lo cual incorpora el concepto de escalafón), garantiza un piso de equidad salarial mediante la uniformidad por categorías y brinda certidumbre en la relación mediante la consagración de la garantía de la estabilidad.

⁴¹ MORENO, Guillermo R., “Génesis histórica...”, cit., ps. 24 y ss.

Por el otro, exigiendo la prescripción de incompatibilidades, sumado a la imposición de regular las responsabilidades por el desempeño de la función, tal como lo preveía ya a través del inc. 3° expuesto precedentemente.

Debemos destacar que ya desde 1934, veintitrés años antes de la reforma de la Constitución federal, se encontraba consagrada la garantía de la estabilidad en la provincia de Buenos Aires. A su vez, también desde ese momento se vinculó normativamente a dicha garantía con la de idoneidad para acceder a los cargos públicos, cuestión que consideramos trascendente ya que ambas garantías deben ir de la mano para ser plenamente aplicables y poder ser exigidas.

Por otra parte, desde el punto de vista organizacional, la incorporación del inc. 12 en la Constitución del año 1934 sienta las bases para estructurar una administración burocrática profesional y estable que, en comparación, la Nación recién termina de garantizar en el año 1957 mediante el juego armónico de los arts. 16 y 14 nuevos.

Aunque lógicamente por tratarse de garantías consagradas en la primera parte de la Carta Magna federal con menor precisión que las que pudieren regularse en las Constituciones locales cuyas cláusulas están destinadas a profundizarlas con basamento en el principio de progresividad.

3.1. Alcances de la atribución legislativa para regular el estatuto del empleado público

La atribución constitucional a la Legislatura para reglamentar el régimen jurídico de los agentes del Estado no distingue ni excluye al personal de ninguno de los tres poderes.

Pero, frente a ello, nos encontramos con la realidad reglamentaria. Tal es el caso de los agentes de la Administración Pública, cuando la relación se encuentra regida por ley en sentido formal, y en el caso de los empleados de las cámaras y los agentes del Poder Judicial, que el régimen que regula el vínculo es diferente, con matices particulares para cada situación.

3.1.1. Regulación del vínculo del personal del Poder Legislativo

Actualmente, el régimen del personal del Poder Legislativo no se encuentra regulado íntegramente en forma directa por una ley en sentido formal que los contemple específicamente y regule de manera integral su vínculo.

En principio, la ley 10.551 prevé algunas cuestiones fundamentales, como la garantía de estabilidad y la habilitación para realizar una especie de negociación paritaria para elaborar el estatuto del personal de la Legislatura.

Actualmente, esto no sólo no ha ocurrido, sino que tanto el presidente de la Honorable Cámara de Senadores como el de Diputados han emitido sendas resoluciones para resolver la cuestión.

En la Honorable Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires, por resolución 1308/1986 de presidencia, se dispone la aplicación del régimen para el personal de la Administración Pública provincial, adhiriéndose al régimen de la ley 10.430 y, posteriormente, a la ley 11.758, debiendo ser compatibilizado con las normas que se opongan y con el reglamento interno de la cámara. Aquí se ha hecho uso de la potestad prevista en el encabezado del art. 1°, ley 10.430, que en su parte perti-

nente establece: "...Y será de aplicación al personal de los restantes poderes cuando exista una adhesión expresa de las autoridades respectivas y con los alcances que la misma disponga...".

La regulación en la Honorable Cámara de Diputados ha sido más oscilante, ya que —de la misma manera que en el caso de la Cámara de Senadores— por resolución 260/1996 del presidente del cuerpo, se disponía la aplicación del régimen general de empleo público a la cámara; luego, por resolución 2405/2000 aquélla se derogó. Actualmente el personal de la Cámara de Diputados se rige por su propia regulación a través de la resolución 3825/1987.

En ambos casos las resoluciones no han sido adoptadas por el mecanismo previsto para la formación de las leyes en sentido formal —si bien en el caso de la Cámara de Senadores la adhesión implicó la aplicación de un régimen consagrado a través de ley formal— sino a través de la decisión de la presidencia de cada una de las cámaras en uso de las atribuciones que se les han otorgado en los respectivos reglamentos internos.

En el caso del reglamento de la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, en el inc. 17 del art. 28 se establece la atribución y deber en cabeza del presidente para "reglamentar las obligaciones y atribuciones de los secretarios, prosecretarios, policía y personal de la Cámara".

En el caso del reglamento de la Honorable Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires, el art. 216, inc. q), prevé que el presidente tiene atribución para "dictar el Reglamento Interno de funciones del personal y establecer sus horarios de labor".

3.2. Regulación del vínculo del personal del Poder Judicial

En el caso del Poder Judicial, ha sido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires la que, directamente, ha regulado el régimen aplicable a los trabajadores judiciales a través de la acordada 2300/1988, incluyendo tanto a los empleados mencionados en el art. 161, inc. 4°, como a los pertenecientes a las Cámaras de Apelación, con respeto a las atribuciones conferidas por el art. 167 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires a las Cámaras de Apelación para el nombramiento y remoción de los agentes que las integran.

Posteriormente se ha regulado el régimen disciplinario a través de la acordada 3354/2007, unificando la normativa aplicable, tanto para todos los agentes del Poder Judicial, como para los funcionarios y magistrados anteriormente regidos por el acuerdo 1887/1979, norma que fue derogada, al igual que la parte pertinente del acuerdo 2300.

A través de la acordada 1864/1979 se reguló el régimen de ingreso, asistencia y licencias de magistrados, miembros del Ministerio Público y funcionarios de la Suprema Corte de Justicia con exclusión de sus ministros y del procurador general.

Como complemento de la normativa emanada del Máximo Tribunal, las Cámaras de Apelación dictan sus reglamentos internos conforme lo disponen los arts. 49 y 63, inc. 2°, ley 5827.

3.2.1. *Fundamentos para el ejercicio de la potestad normativa en cabeza de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires*

3.2.1.1. *Constitución de la Provincia de Buenos Aires*

La Suprema Corte de Justicia ha fundado la atribución para regular la relación de empleo público de sus agentes, fundamentalmente, en el art. 164 de la Constitución provincial.

Éste consagra la potestad en cabeza del Máximo Tribunal para dictar su reglamento y la facultad de establecer las medidas disciplinarias que considere convenientes para la mejor administración de justicia.

3.2.1.2. *Ley Orgánica del Poder Judicial*

a) Acuerdo 2300

Al reglamentar el estatuto para el personal del Poder Judicial a través del acuerdo 2300, de fecha 13 de diciembre de 1988, en sus considerandos se hace mención a las atribuciones conferidas por el art. 31, inc. s), ley 5827, así también se expresa haber trabajado en comisiones y coordinando funciones con el procurador general, en virtud de los arts. 152 y 180 de la Constitución provincial.

El inc. s) del art. 31 (texto idéntico al actual inc. s) del art. 32 de la ley 5827) establece: “Dictar las reglamentaciones conducentes al debido ejercicio de las funciones que le acuerden las leyes, así como también su reglamento interno”.

El art. 180 de la Constitución provincial (antecedente prácticamente idéntico del actual 189) regula la integración del Ministerio Público y, en el último párrafo, establece (igual que en aquel entonces): “El Procurador General ejercerá superintendencia sobre los demás miembros del Ministerio Público”. El art. 152 mencionado es el actual art. 164 sin modificaciones.

De lo expuesto tenemos que, si bien en los considerandos del acuerdo se justifica la atribución para reglamentar el régimen estatutario de los agentes del Poder Judicial, en la disposición expresa del inc. s) del art. 31 de la ley 5827, éste resulta ser la expresión legal de la manda constitucional consagrada en el entonces art. 152; cláusula constitucional que también fue citada expresamente, pero sólo al hacer mención a la coordinación con la Procuración en materia de superintendencia.

b) Acuerdo 1887

A través del acuerdo 1887 del 11 de septiembre de 1979 (derogado por acuerdo 3354/2007), la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires establecía el régimen disciplinario para magistrados y funcionarios de la Administración de Justicia y Ministerio Público, allí se desarrollaron los fundamentos por los cuales la Corte justificó su potestad para ejercer dicha regulación.

A través de un extenso desarrollo atribuye para sí la potestad de regular el régimen disciplinario de los funcionarios mencionados, reafirmando dicha atribución y deslindándola de la que compete al Jurado de Enjuiciamiento. Pero en lo que interesa ahora, destaca su carácter de atribución propia, no sólo como potestad sino como deber, expresando que “...resulta claro que la potestad disciplinaria de esta Corte no está supeditada a la existencia de su reglamentación por ley, ni ésta podría desconocerla...”. Para luego expresar que “...como elemento corroborante es de señalar que

la Orgánica del Poder Judicial 5827, confiere a esta Corte la atribución expresa de 'observar la conducta de los magistrados y funcionarios de la administración de justicia' y 'llamar a cualquier magistrado o funcionario de la justicia a fin de prevenirle por faltas u omisiones en el desempeño de sus funciones', art. 31, incs. 'd' e 'i'".

Estos incisos actualmente coinciden con los mismos (y en el mismo orden) que los del art. 32, ley 5827. El inc. d) otorga a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires potestad para: "Observar la conducta de los Magistrados y funcionarios de la Administración de Justicia". Mientras que el inc. i) para: "Llamar a cualquier Magistrado o funcionario de la Justicia a fin de prevenirle por faltas u omisiones en el desempeño de sus funciones".

Cabe señalar que los incs. d) e i) atribuyen a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires competencia para observar conductas y llamar a los magistrados y funcionarios para prevenir por faltas y omisiones en el desempeño de sus funciones; aquí sí puede entenderse que, como mínimo, el Máximo Tribunal debe ejercer el contralor de la función de magistrados y funcionarios, si bien la norma no expresa concretamente que ello implique atribuir potestad disciplinaria respecto de éstos, pero ello puede inferirse de tales atribuciones.

En otro sentido, podría interpretarse que la norma habilita a detectar la falta, observar dicha conducta y comunicarla y, si correspondiere, encuadrar la conducta en el supuesto previsto en el art. 182, proceder a efectuar la acusación o denuncia ante el jurado de enjuiciamiento.

La Sup. Corte Bs. As., hasta el dictado del acuerdo 3159, entendió que los apercibimientos y las llamadas de atención no constituían sanción disciplinaria, aunque sí podían ser tenidos en cuenta como antecedente. A partir de dicha reglamentación, con el fin de garantizar el derecho de defensa y posibilitar su impugnación, fueron consideradas sanciones disciplinarias e incorporadas a los acuerdos 1887, 678 y 2562. Posteriormente, a través del acuerdo 3160, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se atribuye la posibilidad de hacer exhortaciones y recomendaciones tendientes a mejorar el servicio de justicia por parte de los funcionarios, a quienes se dirigen, cuando del procedimiento llevado a cabo en ejercicio de la potestad disciplinaria no corresponde aplicar sanción. Se expresa que dichos comunicados no serán considerados sanciones, no podrán tomarse como antecedente ni darán lugar a recurso alguno.

En cambio, la consagración legal de la potestad disciplinaria puede inferirse en forma más clara del inc. o) del art. 32 de la ley 5827, que exige a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: "Llevar un registro en el que se anoten las medidas disciplinarias adoptadas contra magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial".

Dicha potestad también surgía del art. 21 bis, ley 8085 de Enjuiciamiento de Magistrados, incorporado por ley 13.086, que preveía: "En los casos de magistrados que hayan dado lugar a la aplicación de sanciones en múltiples oportunidades en la órbita de superintendencia de la Suprema Corte de Justicia, ese Tribunal podrá remitir las actuaciones al señor Procurador General a fin de que formule acusación en los términos del art. 23 de esta ley. En el supuesto que el señor Procurador General no le estime pertinente, deberá hacerlo así saber al Tribunal requirente mediante resolución fundada".

Similar reconocimiento se ha hecho a través del art. 22 de la actual ley 13.661 de Enjuiciamiento de Magistrados, al establecer: "En los casos de magistrados que

han dado lugar a la aplicación de sanciones en múltiples oportunidades en la órbita de superintendencia de la Suprema Corte de Justicia, ese Tribunal podrá designar de entre sus miembros un ministro, en acuerdo celebrado a esos efectos, a fin de formular denuncia contra el magistrado y acusarlo ante el Jurado de Enjuiciamiento”.

c) Acuerdos 1864/1979 y 3354/2007

El acuerdo 1864/1979, que como señaláramos regula el régimen de ingreso, asistencia y licencias de magistrados, miembros del Ministerio Público y funcionarios de la Suprema Corte de Justicia, justifica su dictado en las atribuciones conferidas por los arts. 152 (actual art. 164), Constitución provincial, y 31 (actual art. 32), Ley Orgánica del Poder Judicial.

Finalmente, en el acuerdo 3354/2007 se hace una mención genérica al ejercicio de las atribuciones conferidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3.2.1.3. Conclusión

Podemos apreciar que en las sucesivas acordadas descriptas, la base constitucional para fundamentar la potestad de regular el régimen estatutario, tanto de los agentes como de los magistrados, ha sido el art. 164 (o su antecedente el art. 152) de la Constitución provincial, pero también se ha apoyado —en forma complementaria o exclusiva—, en el art. 32, Ley Orgánica del Poder Judicial.

En otro sentido, la facultad constitucional consagrada en el art. 164 pudo entenderse como potestad destinada a resguardar el gobierno del proceso mediante la posibilidad de aplicación de medidas disciplinarias en ese marco. Siguiendo esta posición, la regulación del mecanismo sancionatorio debe tener naturaleza legislativa por tratarse de una cuestión netamente procesal, así ha sido regulada en el Código Procesal Civil y Comercial, en el Código Procesal Penal o en la ley 11.653 regulatoria del proceso laboral.

En cambio, el sentido impreso al art. 164 ha sido mucho más amplio, al disponer que la Suprema Corte “hará su reglamento y podrá establecer las medidas disciplinarias que considere convenientes para la mejor administración de justicia”; entendemos que con esto ha atribuido al Máximo Tribunal, no sólo la posibilidad de aplicar medidas disciplinarias, sino también de establecerlas, cuestión que, por ser una de las materias que contiene todo estatuto de empleo público, ha permitido justificar la regulación del régimen sancionatorio, el procedimiento disciplinario, las condiciones de ingreso, como también los derechos y obligaciones de los agentes, normando en forma integral el estatuto de los empleados del Poder Judicial, ello en armonía, e interpretando también en sentido amplio, la habilitación al Máximo Tribunal que la misma cláusula constitucional le asigna para dictar su reglamento.

De lo expuesto podemos sentar dos premisas: la primera es la armonización de la interpretación de dicha cláusula con el resto de la Constitución y, la segunda, la necesidad organizacional de regular la relación de empleo público frente a la ausencia legal, más allá de algunas situaciones normadas parcialmente en la ley 5827 Orgánica del Poder Judicial⁴².

⁴² V.gr. el inc. 2° del art. 63 de la ley 5827 atribuye al presidente de la Cámara de Apelación: “Conceder licencias con arreglo a las disposiciones reglamentarias que dicte la Cámara, a los Secretarios y personal de la misma, por un término no mayor de quince (15) días. Si excedieran ese término, la

Inclusive es la propia ley la que parece señalar la posibilidad de regular los derechos y las obligaciones de los agentes, tanto por la Suprema Corte, como por las Cámaras de Apelaciones por vía reglamentaria, fundamentalmente en materia de licencias⁴³.

No obstante lo expuesto, la regulación del régimen de derechos y obligaciones de los agentes judiciales —con mayor razón la regulación del procedimiento disciplinario, la determinación de los tipos sancionatorios y los términos de extinción de la potestad disciplinaria— requiere una definición normativa, aunque en la práctica y ante la ausencia de ley y, obviamente, frente a una necesidad organizacional básica, se haya regulado reglamentariamente, con base en una interpretación extensiva del concepto de superintendencia⁴⁴. Esta exigencia debe acentuarse y precisarse con mayor nitidez respecto de los magistrados, por integrar un poder modelado constitucionalmente bajo los caracteres de la forma republicana de gobierno, lo que implica la inexistencia de vínculos jerárquicos entre los magistrados que lo conforman como derivación de la garantía también constitucional de la independencia, ello sin desconocer la necesidad de regular los derechos y obligaciones derivados de su vínculo con el Estado, y su consecuente responsabilidad administrativa por el ejercicio de sus funciones.

3.2.2. Situación del Ministerio Público

Si bien la Constitución provincial no le ha asignado a la Procuración General de la Corte naturaleza de órgano independiente⁴⁵ —tal como lo ha hecho la Nación a través del art. 120 de la Constitución federal modificada en 1994—, sin embargo

licencia será resuelta en acuerdo del Tribunal”. El inc. 1° del art. 66 establece que corresponde a los jueces de primera instancia: “Conceder licencia a los Secretarios y personal de los Juzgados a su cargo, cualquiera fuera su causa, siempre que el término de la misma no exceda de cinco (5) días. Si excediera de ese término, deberá elevarla a resolución de la Suprema Corte”. Y el inc. 2° del mismo artículo dispone que podrá “aplicar sanciones disciplinarias por faltas reiteradas, retardos o negligencias en el cumplimiento de sus funciones. Dichas sanciones serán: prevención, apercibimiento, suspensión hasta cinco (5) días; si la suspensión fuera por un plazo mayor, o en caso de cesantía, deberá elevarla a la Suprema Corte”.

⁴³ En este sentido el inc. 2° del art. 63 citado en la nota precedente.

⁴⁴ El concepto de superintendencia debe entenderse como suprema administración en un ramo (fuente: *www.rae.es*, REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed.). Es decir, en principio corresponde al desempeño de funciones administrativas, a materializarlas, a actividad de gestión.

En los considerandos del acuerdo 1887/1979 se expresa: “Que esta Corte, por su parte, ha observado el mismo criterio, expresando que las facultades correctivas están comprendidas ‘bajo el nombre lato de superintendencia’, que significa el gobierno judicial y que ‘...esta atribución es inherente a la Constitución de todo poder’ y es ejercida por la generalidad de los tribunales” (*Acuerdos y sentencias*, t. V, serie 1ª, p. 161, causa CCXXVII, 14/7/1877).

Invocando, a su vez, la consideración efectuada en acordada 1887/1979 toma esta interpretación la resolución 1233/2001 de la Procuración General de la Corte al expresar en sus propios considerandos: “El concepto de superintendencia debe interpretarse en sentido lato comprensiva de las facultades correctivas. Atribuciones que resultan inherentes a todo poder, con cita de acuerdo 1887”.

⁴⁵ GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina...*, cit., ps. 841-843, lo considera un cuarto poder. En otro sentido puede entenderse como órgano extrapoder del judicial (o en relación con este poder).

reconoce al procurador general el ejercicio de la superintendencia sobre los demás miembros del Ministerio Público mediante su art. 189.

Esta atribución fue reglamentada legislativamente por la ley 12.061 Orgánica del Ministerio Público.

Dicha ley en su art. 42, encarga al procurador general de la Corte la organización administrativa y funcional interna de la Procuración General y el contralor de superintendencia de todos los organismos del Ministerio Público⁴⁶.

En el art. 13 enumera las atribuciones del procurador general, entre ellas destacamos la del inc. 11, de “dictar reglamentos y resoluciones que hagan al funcionamiento de los órganos que integran el Ministerio Público” y la del inc. 13, de “administrar los recursos humanos y materiales del Ministerio Público conforme las reglas generales dictadas para el Poder Judicial”.

Del juego de ambos incisos surgiría la habilitación en cabeza de la Procuración para dictar reglamentos y resoluciones destinados a regular su funcionamiento interno.

Los incisos mencionados no hacen referencia a la asignación de competencia a la propia Procuración para regular el régimen general de su personal y, dentro de éste, el procedimiento disciplinario, tampoco si éste compete privativamente a la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires. Sin embargo, de la redacción del mencionado inc. 13 podría interpretarse que la habilitación a la Procuración para administrar recursos humanos y materiales “conforme a las reglas generales dictadas por el Poder Judicial” implicaría el ejercicio de dichas funciones de acuerdo con el marco normativo que establezca la Suprema Corte.

En cambio, la ley 12.061 atribuye expresamente al procurador el ejercicio de potestad disciplinaria respecto de los miembros del Ministerio Público, al establecer en el inc. 21 del art. 13 que podrá: “Requerir a la Suprema Corte de Justicia la imposición de sanciones disciplinarias expulsivas e imponer las correctivas con comunicación a aquélla, respecto a los integrantes del Ministerio Público”.

Aquí la ley prevé un techo, ya que sólo podrá por sí aplicar sanciones correctivas, pero no expulsivas, las que deben ser impuestas por la Suprema Corte de Justicia en consonancia con lo dispuesto en el art. 161, inc. 4° de la Constitución provincial.

La ley habilita al procurador a distribuir la potestad disciplinaria a través de los arts. 15, inc. 4°, al fiscal del Tribunal de Casación⁴⁷, 16, inc. 12⁴⁸, a los fiscales de

⁴⁶ El art. 42, ley 12.061, establece en su encabezado: “Superintendencia. Tiene a su cargo la organización administrativa y funcional interna de la Procuración General, su representación por delegación del Procurador General ante los medios de prensa y la comunidad, el contralor de superintendencia de todos los organismos del Ministerio Público y las políticas de capacitación que establezca el Procurador General. Abarca, al menos, los siguientes departamentos...”.

⁴⁷ Art. 15, inc. 4°, ley 12.061: “Ejercer la potestad disciplinaria correctiva interna, según la reglamentación que dicte el Procurador General”.

⁴⁸ Art. 16, inc. 12, ley 12.061: “Ejercer la potestad disciplinaria correctiva interna y sobre los órganos del Ministerio Fiscal y de Menores e Incapaces del Departamento según la reglamentación que dicte el Procurador General”.

Cámara; 17, inc. 8°⁴⁹, a los agentes fiscales; 18, inc. 4°, al defensor del Tribunal de Casación⁵⁰; y 19, inc. 8°⁵¹, a los defensores generales.

La atribución disciplinaria correctiva en cabeza de la Procuración respecto de los funcionarios del Ministerio Público pasibles de *jury* de enjuiciamiento surgía del art. 21 bis, ley 8085, regulatoria de dicho instituto; allí se establecía: “En los casos de miembros del Ministerio Público que hayan dado lugar a la aplicación de sanciones en múltiples oportunidades en la órbita de superintendencia de la Procuración General, el señor Procurador General podrá formular acusación en los términos del art. 23 de esta ley si lo estima pertinente”.

Actualmente, en sentido semejante, el segundo párrafo del art. 22, ley 13.661 de Enjuiciamiento, establece: “En los casos de miembros del Ministerio Público que hayan dado lugar a la aplicación de sanciones en múltiples oportunidades en la órbita de superintendencia de la Procuración General, el señor Procurador General podrá formular denuncia contra el Magistrado y acusarlo ante el Jurado de Enjuiciamiento”.

A través de la resolución 1233/2001 el procurador reglamentó el procedimiento disciplinario para todo el personal del organismo; potestad correctiva para los magistrados sometidos a Jurado de Enjuiciamiento; correctiva y expulsiva para el resto de su planta. En sus considerandos se funda la potestad en los arts. 12 y 13 inc. 11, ley 12.061, y se invoca el reconocimiento que le hiciera la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires en acuerdo 1135 del 25 de noviembre de 1947 para dictar sus reglamentos interpretando de esta manera los entonces arts. 180 y 152 de la Constitución provincial. Se destaca que en el caso de aplicación de sanciones expulsivas lo hace respetando lo dispuesto en los arts. 161, inc. 4°, y 189 de la Constitución provincial, así como el art. 13, inc. 21, ley 12.061.

La extensión de dicha reglamentación debe ponderarse en función de las atribuciones conferidas por la Constitución provincial y su ley orgánica, fundamentalmente las consagradas en su art. 13.

4. Situación reglamentaria en el Poder Ejecutivo

A diferencia de lo que ocurre con los otros dos poderes, el régimen general de empleo público, como los estatutos especiales, se encuentra regulado por leyes en sentido formal. Por otra parte, las excepciones no se producen a través de reglamentos “autónomos” emitidos por la propia Administración, sino por la habilitación legal para arribar a acuerdos convencionales.

En este sentido encontramos algunos casos específicos, de convenios colectivos de trabajo de carácter sectorial que regulan supuestos particulares⁵², fundamentalmente producto del reconocimiento de condiciones adquiridas por los trabajadores

⁴⁹ Art. 17, inc. 8°, ley 12.061: “Ejercer la potestad disciplinaria correctiva interna según reglamentación que dicte el Procurador General”.

⁵⁰ Art. 18, inc. 4°, ley 12.061: “Ejercer la potestad disciplinaria correctiva interna, según la reglamentación que dicte el Procurador General”.

⁵¹ Art. 19, inc. 11, ley 12.061: “Ejercer la potestad disciplinaria correctiva interna según reglamentación que dicte el Procurador General”.

⁵² Personal de Astillero Río Santiago, Personal de Puertos, OCEBA, Banco Provincia, Casinos.

con antelación al traspaso de cometidos de la Nación a las provincias, fundamentalmente con anterioridad a la reforma constitucional de 1994.

Luego de la reforma la proyección es diferente, ya que, a través del art. 39, incs. 2° y 4°, la Constitución habilita expresamente a la Administración y a los agentes estatales a establecer normas generales o sectoriales que regulen su relación contractual a través de mecanismos de negociación colectiva.

Como consecuencia de ello se sancionó una norma de alcance general, la ley 13.453. Esta ley, en su art. 2°, enunció un catálogo de cargos y sectores excluidos, entre ellos, en su inc. g), señaló que los docentes y judiciales tendrían su régimen propio de negociación.

En cumplimiento de ello se dictó la ley 13.552 para el personal docente pero no se ha reglamentado hasta la fecha el régimen para el personal del Poder Judicial.

III. CONCLUSIÓN

Sin perjuicio del marco normativo constitucional provincial que permite exigir base legal en el régimen de los agentes estatales en la provincia de Buenos Aires, en la práctica, el abanico normativo se abre sustancialmente, ya que cada poder, en general, ha resuelto regularlo autónomamente, sin perjuicio de que en algún caso se realice una remisión al régimen general, tal es la situación de la Honorable Cámara de Senadores.

Estos marcos normativos conviven con regulaciones parciales de naturaleza legislativa, complementándose y llenando el vacío normativo que éstas no integran.

Actualmente, se ha abierto un canal de regulación convencional a través de la implementación de los mecanismos de negociación colectiva previstos en el art. 39, incs. 2° y 4° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, siendo aplicable a la totalidad de los agentes del Estado sin distinción del poder del cual forman parte.

CAPÍTULO IV

EL RÉGIMEN DE LA LEY 10.430. SUS ALCANCES Y EXCEPCIONES

I. INTRODUCCIÓN

— Art. 1º, ley 10.430:

El presente cuerpo normativo constituye el régimen designado al personal de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires, dependiente del Poder Ejecutivo, y será de aplicación al personal de los restantes poderes cuando exista una adhesión expresa de las autoridades respectivas y con los alcances que la misma disponga, con las siguientes excepciones:

a) Ministros, Secretarios de Estado, Asesor General de Gobierno, Secretarios de la Gobernación, Fiscal de Estado Adjunto, Subsecretarios, Asesor Ejecutivo de la Asesoría General de Gobierno, Escribano General de Gobierno, Escribano Adscripto Superior y Jefes y Subjefes de Policía y del Servicio Penitenciario.

b) Funcionarios para cuyo nombramiento y/o remoción la Constitución y leyes fijen procedimiento determinados.

c) Personal amparado por regímenes especiales.

La ley 10.430 consagra el régimen general vigente para los agentes públicos de la Administración Pública de la provincia de Buenos Aires.

Dicha ley constituye un estatuto legal¹ de carácter general (con pretensión de abarcar a la mayor cantidad posible de agentes de la organización administrativa provincial) con excepciones puntuales² previstas en el art. 1º, no obstante ello existe

¹ BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, t. III, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 72. Allí define: El vocablo "estatuto" (de *status*) significa estado y de modo más comprensivo condición, situación (jurídica) determinada. En la materia que nos ocupa expresa un conjunto de prescripciones ciertas y más o menos estables, que tienen por objeto asegurar en forma positiva los derechos de los funcionarios".

² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, 4ª ed. actual., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 55, parág. 848. El autor expresa que el estatuto puede hallar expresión en tres formas distintas: "a) mediante un estatuto 'general' aplicable a todos los funcionarios o empleados; b) mediante estatutos 'especiales' aplicables a los distintos grupos de funcionarios o de empleados (por ejemplo: docentes, personal civil de las fuerzas armadas, etc.); c) mediante un estatuto aplicable a todos los funcionarios o empleados públicos, salvo las excepciones a que el mismo haga referencia: los grupos de funcionarios o empleados comprendidos en esas excepciones, tienen o pueden tener su propio estatuto. En nuestro país, en el orden nacional, rigió este último sistema (estatuto, arts. 1º y 2º), lo cual tiene la ventaja de contemplar mejor las características particulares de los diversos tipos o grupos de funcionarios o empleados públicos".

una gran variedad de estatutos especiales que regulan regímenes sectoriales, por lo que la pretensión estatutaria de fijar pautas uniformes y genéricas para dar certidumbre³ a la relación del agente con el Estado empleador no puede plasmarse con tanta claridad en la práctica.

La ley no tiene una cláusula general que establezca su aplicación supletoria ante la ausencia de regulación en el caso de situaciones no contempladas en los regímenes específicos. Obviamente frente a dicha circunstancia deberá recurrirse a los principios generales derivados de los textos constitucionales, más aún teniendo en cuenta la precisión e integralidad de la enumeración de principios consagrada por el art. 39 de la Constitución provincial.

En cambio, distinta es la situación respecto de los agentes de la Administración Pública provincial que no tienen un régimen específico, ya que la ley rige respecto de la generalidad de los empleados del Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires, por lo que ante la ausencia de régimen de excepción debe aplicarse la ley 10.430. En este sentido debe entenderse la norma contenida en la primera parte del encabezado del art. 1º, ley 10.430: "El presente cuerpo normativo constituye el régimen designado al personal de la Administración Pública de la provincia de Buenos Aires, dependiente del Poder Ejecutivo...". Se encuentran incluidos en la regla tanto los agentes de la administración centralizada como aquellos pertenecientes a organismos descentralizados, cualquiera sea su modalidad contractual, ante ausencia de regulación específica.

Así también, teniendo en cuenta la segunda parte del art. 1º: "...Y será de aplicación al personal de los restantes poderes cuando exista una adhesión expresa de las autoridades respectivas y con los alcances que la misma disponga, salvo las siguientes excepciones...", una vez efectuada la adhesión allí prevista, también la ley constituirá estatuto legal general para todos los agentes del poder adherente, aun frente a la posibilidad de regular en forma diferente algunas cuestiones específicas tal como lo permite la norma. Ésta es la situación de los agentes de la Honorable Cámara de Senadores, no así la de los empleados de la Cámara de Diputados y Poder Judicial que tienen regulaciones autónomas dictadas por el presidente de la Cámara y por la Suprema Corte respectivamente, tal como lo veremos más adelante.

1. Regulaciones de excepción frente al régimen previsto en la ley 10.430

Como expresáramos precedentemente, la pretensión general de uniformidad se trunca frente a la existencia de aproximadamente una veintena de estatutos especiales y convenciones colectivas de trabajo.

La disparidad es tal que en nuestra provincia ni siquiera es el régimen general el que rige a la mayor cantidad de agentes estatales sino el estatuto para el personal docente⁴.

³ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 55, parág. 848. En este sentido señaló: "Las ventajas de un 'estatuto' de funcionarios o de empleados públicos son evidentes, pues tienden a lograr 'certeza' y 'seguridad' en las relaciones entre el agente y el Estado".

⁴ Subsecretaría de la Gestión Pública de la Secretaría de la Gobernación de la Provincia de Buenos Aires, documento 6 6.1., "Diagnóstico sobre la relación de empleo público en la provincia de Buenos Aires" (fuente: www.gestionpublica.sg.gba.gov.ar). En dicho documento, al describir la distribución de agentes por régimen laboral se expone: "El 97% del personal de la Administración Pública provincial (planta permanente y temporaria) está comprendida en cinco regímenes: docentes

Compartimos la preocupación del maestro Fiorini⁵, absolutamente vigente, quien señalara la falta de diferencia sustancial entre los distintos regímenes, ya sean legales como convencionales.

Resulta innecesaria la multiplicidad normativa ya que a través de la uniformidad de las cuestiones comunes a todos los agentes del Estado (incluido el personal de los tres poderes) es posible brindar mayor claridad y certidumbre. No es obstáculo para ello la apertura convencional prevista en los incs. 2° y 4° del art. 39 la Constitución provincial, ya que la negociación también debe respetar principios básicos consagrados en la propia Carta provincial y en las leyes de habilitación.

2. Diferencias de alcance entre la Ley Marco de Empleo Público Nacional y la ley 10.430

La ley nacional 25.164 ha sido creada con un alcance diferente a la ley 10.430, ya que entró en vigencia con posterioridad a la sanción de la ley 24.185 que estableciera el régimen aplicable a las negociaciones colectivas entre la Administración Pública nacional y sus empleados.

Su naturaleza es de ley marco, y en este sentido establece en su art. 3° que sus disposiciones tienen carácter general y serán adecuadas a los distintos sectores de la Administración Pública que presentan características particulares por medio de la negociación colectiva.

A diferencia de ésta, la Ley de Empleo Público de la provincia de Buenos Aires tiene pretensión de integralidad, esto es así debido a su inexistencia al momento de la entrada en vigencia de la habilitación constitucional que permite la negociación colectiva de las condiciones laborales en dicho ámbito. Dicha habilitación prevista en el art. 39, incs. 2° y 4°, fue luego reglamentada por las leyes 13.453 y 13.552.

—ley 10.579 (55.33%), ley 10.430 (24.61%), policía —decreto-ley 9550 (11.78%), Carrera Profesional Hospitalaria —ley 10.471 (2.71%) y Servicio Penitenciario —decreto-ley 9578 (2.66%)”. En nota al pie se señala como fuente al Ministerio de Economía de la Provincia de Buenos Aires. La precisión de los porcentajes responderá a la cuantificación contingente a las fechas de corte, pero la relación entre las proporciones resulta significativa a fin de destacar la variedad de regímenes y la magnitud de la incidencia de cada uno de ellos.

⁵ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, t. I, 2ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 791: “Necesita destacarse la presencia de los elementos y capítulos esenciales en todos los estatutos, comprobándose que los mismos se repiten en los convenios estatales. Pese a la prodigalidad existente de estatutos sin ninguna justificación, salvo intereses burocráticos, hay una cierta similitud de datos inalterables. Hay que propiciar, además del beneficio doctrinario y científico que representa, una ley básica general sobre la situación de todos los agentes estatales. La lectura de los más de cuarenta estatutos especiales en jurisdicción nacional comprueban la exigente necesidad de esta solución”.

FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, cit., p. 783: “A poco que se ahonden las distintas situaciones estatutarias y las que establecen los varios convenios colectivos estatales se comprueba que sus contenidos son casi idénticos, aunque por su origen normativo manifiestan diferencias, en apariencias sustanciales. Los convenios colectivos son expresiones jurídicas generales, objetivas, impersonales y uniformes que reglan relaciones de trabajo o servicio, lo mismo puede comprobarse en los estatutos respecto a las designaciones, deberes, derechos, remuneraciones, garantías de los agentes que amparan, con la diferencia de ser permanentes, mientras los anteriores son temporarios. La diferencia se halla en su origen: el estatuto proviene de un acto unilateral; el convenio estatal proviene de un acto contractual, pero debemos calificarlo —por muchas de sus disposiciones y por el carácter de las partes— como convenio colectivo de trabajo estatal”.

Así también el estatuto provincial se diferencia en sus alcances de la actual Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional (ley 25.164) en cuanto al universo a abarcar, ya que la ley 10.430 prevé la posibilidad de extender su régimen a los poderes Judicial y Legislativo, situación que se da efectivamente con relación a este último; en cambio, el régimen nacional los excluye expresamente en su art. 5°.

También difiere en la determinación de las excepciones, ya que la ley provincial es mucho más sencilla y no prevé la cantidad de supuestos enumerados en la ley nacional, aunque algunos de ellos responden a agentes que ejercen funciones privativas del Estado federal, como los del servicio exterior y Fuerzas Armadas; otros coinciden con categorías de agentes que tienen un correlato funcional en el ámbito provincial, tal el caso del personal de las fuerzas de seguridad, donde la naturaleza de la función implica la necesidad de una regulación propia.

La ley 10.430 no brinda el mismo tratamiento a supuestos excluidos en el ámbito nacional, tal el caso de quienes se encuentran regidos por convenios colectivos de trabajo (CCT) o del personal perteneciente al clero.

En el caso de este último, el art. 1°, ley 8815/1977, excluye expresamente al personal perteneciente al clero oficial de las normas del estatuto para el personal de la Administración Pública provincial, salvo los casos de quienes presten servicios en la policía o en el servicio penitenciario. Es decir, no se los excluye *a priori* del régimen general, sino que se lo hace a través de una norma específica (en el caso de facto y previo a la norma estatutaria actual), por lo que, de derogarse ésta, dicho personal se encontrará regido por la ley general.

La ley 10.430 tampoco excluye de esa manera a quienes se encuentren regidos por CCT.

Aquí debemos diferenciar a los trabajadores incluidos en CCT, reconocidos con anterioridad al nuevo régimen provincial de negociación habilitado por la Constitución, ya que respecto de éstos jurisprudencialmente se les ha reconocido la aplicación supletoria de la ley 20.744 de Contrato de Trabajo, lo que es por lo menos discutible frente a las garantías y los principios de orden público que en materia de empleo público consagran las Constituciones nacional y provincial, valladar que ha puesto de manifiesto la Corte Suprema al declarar la inconstitucionalidad de un artículo de un CCT que disponía la posibilidad del despido incausado frente a la garantía de estabilidad consagrada en el art. 14 bis de la Constitución Nacional⁶.

Diferente será la situación de las negociaciones que se realicen en virtud de la habilitación del art. 39 de la Constitución provincial y su reglamentación legal, para el régimen general de trabajadores provinciales regidos por la ley 10.430.

En este sentido el art. 15, ley 13.453, expresamente contempla la obligación al acordar que deben respetarse las normas de orden público dictadas en interés general; excluye en su art. 11 determinadas cuestiones de la disponibilidad negocial —las que, salvo nueva regulación, se deben regir por la ley vigente—, y en su art. 20 estipula que no podrá regir automáticamente la ley 20.744 salvo acto expreso que así lo disponga. No obstante ello, aun en caso de preverse la aplicación supletoria de la Ley de Contrato de Trabajo, respecto de ella regirán los límites impuestos por las garantías y los principios constitucionales y legales que, por ser de orden público, se encuentran dentro de la previsión del art. 15 de la propia ley.

⁶ Causa M.1488.XXXVI "Madorrán, Marta Cristina v. Administración de Aduanas s/reincorporación", sentencia del 3/5/2007.

Hasta tanto se dicte una nueva normativa, la ley 10.430, por ser el marco general y vigente, regirá en todo aquello que no regulen los CCT acordados conforme a las previsiones de la ley 13.453 y deberá aplicarse cuando la reglamentación convencional viole o exceda los límites constitucionales o legales de orden público (v.gr. estabilidad del empleado público).

II. EXCEPCIONES A LA LEY 10.430

1. Titulares de órganos de la Administración Pública centralizada

En este inciso se enumeran cargos que constituyen la cabeza de órganos de la Administración centralizada o que siguen a éstos en la línea organizacional, generalmente previstos para reemplazar a quienes los desempeñen ante su ausencia. Salvo el caso de los ministros, los demás supuestos tienen consagración legal y no constitucional.

1.1. Ministros y secretarios de Estado

Las condiciones para el ingreso, las responsabilidades, garantías de remuneración y cierta regulación de las funciones de los ministros se encuentran establecidas en los capítulos IV y V de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (arts. 147 a 154), también allí se dispone que su nombramiento y remoción corresponden al gobernador.

La Ley de Ministerios (actualmente ley 13.757) equipara a los secretarios de Estado con los ministros⁷, denominándolos ministros secretarios de Estado, situación distinta a la de las secretarías reguladas en el capítulo IV de dicha norma, como veremos *a posteriori*.

Un caso particular es el del director general de Educación y Cultura, ya que si bien la Constitución provincial lo equipara en rango a los ministros, tiene un régimen distinto a éstos, ya que, según el art. 201 de la Carta provincial, debe ser designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, para su nombramiento debe exigirse idoneidad y debe cumplir con los requisitos para ser senador. La manda consagra un plazo de cuatro años de duración para desempeñar su mandato y la posibilidad de ser reelecto. La reglamentación legal mantiene esta distinción, ésta se encuentra en la ley 13.688 Provincial de Educación y no en la Ley de Ministerios.

1.2. Asesor general de gobierno

El asesor general de gobierno no es un órgano consagrado constitucionalmente, pero se encuentra consolidado históricamente y funcionalmente dentro de la estructura de la Administración Pública.

⁷ Art. 8º, ley 13.757: "El Gobernador de la Provincia será asistido en sus funciones por los Ministros Secretarios de Estado. Los Ministros asistirán al Gobernador en forma individual de acuerdo con las responsabilidades que esta ley les asigna como competencia a su cartera, y en conjunto a través de la reunión del Gabinete Provincial".

Su designación en cabeza del Poder Ejecutivo está determinada en el decreto-ley 8019/1973, norma orgánica de la Asesoría General de Gobierno. El art. 3^o establece que será designado y removido por el Poder Ejecutivo, imponiéndose como requisitos para el cargo ser argentino, tener como mínimo 30 años y poseer título de abogado, con seis años como mínimo en el ejercicio de la profesión. Este organismo ha sido contemplado en el capítulo IV (arts. 37 a 45) de la actual Ley de Ministerios; su art. 28 replica los requisitos para ser asesor general previstos en la Ley Orgánica de la Asesoría General de Gobierno.

1.3. Secretarios de la gobernación

La actual Ley de Ministerios (ley 13.757) contempla en el capítulo IV (arts. 25 a 45) la regulación de distintos organismos y secretarías, estableciendo en su art. 46⁹ la equidad entre las secretarías de Estado y los ministros secretarios, en cuanto a rango y jerarquía.

El art. 48¹⁰ permite al Poder Ejecutivo crear otras secretarías con la limitación de no avanzar sobre la atribución de competencias prevista en la ley.

1.4. Fiscal de Estado adjunto

El art. 43 del decreto-ley 7543/1969 prevé el cargo de fiscal de Estado adjunto y el art. 46¹¹ dispone que éste reemplace al fiscal de Estado en los casos previstos por la norma, siendo dicho funcionario el único en la línea de sucesión perteneciente al mismo organismo, ya que de no poder asumir el fiscal adjunto, el cargo deberá ser desempeñado por el procurador general de la Suprema Corte de Justicia o, en su defecto, el sustituto de este último. En el art. 48 se prevén las mismas incompatibilidades funcionales que para el fiscal de Estado.

En la norma no se establece una forma específica para su designación, ni los requisitos que debe reunir para estar habilitado para el cargo, tampoco se prevé un mecanismo específico de remoción. Excluido del régimen de la ley 10.430, tampoco puede equipararse su designación a la del fiscal de Estado, sino a la de los demás

⁸ Art. 3^o, dec.-ley 8019/1973: "La Asesoría General de Gobierno estará a cargo de un funcionario denominado Asesor General de Gobierno, que será designado y removido por el Poder Ejecutivo, debiendo reunir los siguientes requisitos:

"a) ser argentino;

"b) haber cumplido treinta años de edad;

"c) poseer título de abogado, con un mínimo de seis años en el ejercicio de la profesión".

⁹ Art. 46, ley 13.757: "Los titulares de las Secretarías de Estado asistentes del Gobernador, y de la Asesoría General de Gobierno, tendrán el mismo rango y jerarquía que los Ministros Secretarios, resultándole aplicables las incompatibilidades que esta ley determina para los titulares de las carteras ministeriales".

¹⁰ Art. 48, ley 13.757: "El Poder Ejecutivo podrá crear otras Secretarías con rango y equivalencia a los previstos en esta Ley, las que en todos los casos actuarán bajo su dependencia directa".

¹¹ Art. 46 (texto según dec.-ley 8650/1976) del decreto-ley 7543/1969: "En caso de vacancia, ausencia circunstancial, licencia o recusación del Fiscal de Estado, será reemplazado por el Fiscal de Estado Adjunto. En caso de vacancia o recusación de ambos el cargo será desempeñado por el Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires o su sustituto legal. El Fiscal de Estado Adjunto desempeñará, sin perjuicio de lo dispuesto precedentemente, las funciones de sustitución que el Fiscal de Estado le encomiende".

agentes del organismo, prevista en el art. 43 del decreto-ley 7543/1969¹². No obstante ello, por su condición de reemplazante del fiscal de Estado resulta razonable exigir al fiscal adjunto los mismos requisitos que para ser designado tal. Coadyuva a esta interpretación el hecho de que en el orden de reemplazo, en caso de no poder ejercer funciones el fiscal adjunto, lo debe suceder el procurador general de la Corte, quien para su designación también debe reunir los mismos requisitos que para el cargo de fiscal de Estado, esto es, reunir las condiciones para ser juez de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

Es de notar que el art. 43 prevé como regla general la estabilidad para todos los empleados con categoría inferior a subsecretario, pero el resto la adquirirá transcurridos diez años, en esta situación están los subsecretarios de la Fiscalía de Estado y el fiscal de Estado adjunto.

En el art. 48¹³ de la ley orgánica se prevé un supuesto de incompatibilidad que impide al fiscal de Estado y al fiscal adjunto ejercer la profesión de abogado. Esta incompatibilidad se torna absoluta dentro de la provincia y parcial fuera de ella. Si bien la norma nada dice, estos funcionarios tampoco podrán actuar en ninguno de los casos previstos en el art. 49¹⁴ —como supuestos de incompatibilidad para el resto de los agentes del organismo— aun fuera de la provincia; ejemplo de ello es su posible actuación en casos en que tenga interés la provincia pero que tramiten ante la justicia federal por intervención de organismos autárquicos o directamente la provincia, en cuyo caso puede darse el supuesto de residenciarse una causa ante la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —prevista en el art. 117¹⁵ de la Constitución Nacional y reglamentada en el art. 24, inc. 1° del

¹² Segundo y tercer párrafo del art. 43, dec.-ley 7543/1969: “Propondrá al Poder Ejecutivo la designación y cese de los funcionarios y empleados del Organismo, los que gozarán de estabilidad en sus cargos en todos los niveles inferiores a Subsecretario, en los términos del art. 20, ley 10.430 (t.o. dec. 1869/1996, con las reformas introducidas por la ley 11.758). Para aquellos cargos cuya estabilidad no esté ya determinada en el art. 20 citado, aquélla se adquirirá cuando hayan revistado un mínimo de diez años en la Fiscalía de Estado.

“A efectos de lo dispuesto precedentemente, el Fiscal de Estado aprobará la Estructura Orgánica Funcional y el Plantel Básico respectivo con las necesidades correspondientes a cada ejercicio, el que deberá incluir como mínimo, un cargo de Fiscal de Estado Adjunto, cuatro cargos de Subsecretario y un Delegado Fiscal por cada Departamento Judicial existente en la Provincia, salvo el de La Plata y uno en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, que deberán ser desempeñados por abogados”.

¹³ Art. 48, dec.-ley 7543/1969 (texto según dec.-ley 9140/1978): “El Fiscal de Estado y el Fiscal de Estado Adjunto no podrán ejercer la abogacía, fuera de su función oficial, ante los Tribunales de la Provincia de cualquier fuero o jurisdicción.

“La incompatibilidad para el ejercicio profesional ante los Tribunales de la Provincia, se entenderá que alcanza a los Tribunales Nacionales con sede en su territorio. No se considerará comprendido en la prohibición cuando se actúe por derecho propio o en representación de descendientes, ascendientes o cónyuge”.

¹⁴ Art. 49, dec.-ley 7543/1969: “Los demás funcionarios de la Fiscalía de Estado tienen el libre ejercicio profesional con las siguientes restricciones, que se extienden a su actuación personal o por interpósita persona: no pueden representar o asesorar a particulares en asuntos judiciales o administrativos en los que tenga interés la Provincia. No pueden representar o asesorar a empresas de servicios públicos. No pueden representar o asesorar a particulares que realicen habitualmente contratos u operaciones con la Provincia”.

¹⁵ Cfr. art. 117 de la Constitución Nacional: “...Pero en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros, y en los que alguna provincia fuese parte, la ejercerá originaria y exclusivamente”.

decreto-ley 1285/1958¹⁶— o que se haya arribado ante ella en virtud de un recurso extraordinario federal¹⁷.

¹⁶ El art. 24, inc. 1º, dec.-ley 1285/1958 establece: “La Corte Suprema de Justicia conocerá: 1º) originaria y exclusivamente, en todos los asuntos que versen entre dos (2) o más provincias y los civiles entre una (1) provincia y algún vecino o vecinos de otra o ciudadanos o súbditos extranjeros; de aquellos que versen entre una (1) provincia y un (1) Estado extranjero; de las causas concernientes a embajadores u otros ministros diplomáticos extranjeros, a las personas que compongan la legación y a los individuos de su familia, del modo que una corte de justicia puede proceder con arreglo al derecho de gentes; y de las causas que versen sobre privilegios y exenciones de los cónsules extranjeros en su carácter público.

”No se dará curso a la demanda contra un (1) Estado extranjero; sin requerir previamente de su representante diplomático, por intermedio del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, la conformidad de aquel país para ser sometido a juicio.

”Sin embargo, el Poder Ejecutivo puede declarar con respecto a un (1) país determinado la falta de reciprocidad a los efectos consignados en esta disposición, por decreto debidamente fundado. En este caso, el Estado extranjero, con respecto al cual se ha hecho tal declaración, queda sometido a la jurisdicción argentina. Si la declaración del Poder Ejecutivo limita la falta de reciprocidad a determinados aspectos, la sumisión del país extranjero a la jurisdicción argentina se limitará también a los mismos aspectos. El Poder Ejecutivo declarará el establecimiento de la reciprocidad, cuando el país extranjero modifique sus normas al efecto.

”A los efectos pertinentes de la primera parte de este inciso, se considerarán vecinos:

”a) las personas físicas domiciliadas en el país desde dos (2) o más años antes de la iniciación de la demanda, cualquiera sea su nacionalidad;

”b) las personas jurídicas de derecho público del país;

”c) las demás personas jurídicas constituidas y domiciliadas en el país;

”d) las sociedades y asociaciones sin personería jurídica, cuando la totalidad de sus miembros se halle en la situación prevista en el apartado a).

”Son causas concernientes a embajadores o ministros plenipotenciarios extranjeros, las que les afecten directamente por debatirse en ellas derechos que les asisten o porque comprometen su responsabilidad, así como las que en la misma forma afecten a las personas de su familia, o al personal de la embajada o legación que tenga carácter diplomático.

”No se dará curso a las acciones contra las personas mencionadas en el punto anterior, sin requerirse previamente, del respectivo embajador o ministro plenipotenciario, la conformidad de su gobierno para someterlas a juicio. Son causas concernientes a los cónsules extranjeros las seguidas por hechos o actos cumplidos en el ejercicio de sus funciones propias, siempre que en ellas se cuestione su responsabilidad civil y criminal...”.

En el caso de los Estados extranjeros, su constitución como parte estará supeditada a la configuración de los supuestos de excepción a la inmunidad diplomática previstos en el art. 2º, ley 24.488, sin perjuicio de respetar, tal como lo dispone el art. 6º de dicha ley, las inmunidades y privilegios previstos en las Convenciones de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas (aprobada por dec.-ley 7672/1963 o de 1963 sobre Relaciones Consulares (aprobada por ley 17.081).

¹⁷ Corte Sup., resolución del 16/4/2008 en juicio originario causa S.C., A.373, L.XLII, en autos “AFIP v. Neuquén, Provincia de s/ejecución fiscal” (magistrados votantes: Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni). En este precedente la Corte ratifica su posición de aceptar la prorrogabilidad de la competencia originaria hacia los juzgados provinciales o federales de grado cuando una provincia fuere parte, por tratarse de un privilegio a favor de ésta y por lo tanto renunciante. En el caso “Afip v. Pcia. de Neuquén s/ejecución fiscal”, a la competencia en razón de las personas por ser parte una provincia se sumaba la competencia federal por resultar actora una entidad nacional, por lo que —en principio— ambas prerrogativas se conciliaban mediante la tramitación originaria ante la Corte Suprema.

Recordemos que la competencia originaria corresponde si se produce controversia entre una provincia y quien no es vecino de ésta en causas civiles (cfr. reglamentación del art. 117 de la Constitución Nacional por el art. 24, inc. 1º, dec.-ley 1285/1958) o cuando siendo parte una provincia la materia sobre la que versa la causa sea exclusiva o predominantemente federal (resolución del 4/3/2008 en causa A. 878. XLIII; ORI caratulada “Asociación de Empresas de Correo de la República Argentina

1.5. Subsecretarios

La jerarquía inmediata inferior en un ministerio es la de subsecretario, este rango está previsto expresamente en el actual art. 145 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires¹⁸.

La Ley de Ministerios prevé expresamente en su art. 4^o¹⁹ el cargo de subsecretario; esta categoría también está prevista en el art. 47²⁰ como jerarquía inmediata inferior de las secretarías enunciadas en el capítulo IV de la ley, cuyo rango y jerarquía es equiparable a la de los ministros secretarios²¹.

1.6. Asesor ejecutivo de la Asesoría General de Gobierno

El asesor ejecutivo de la Asesoría General de Gobierno es el funcionario que se encuentra en el nivel inmediato inferior al de asesor general. El decreto-ley 8019/1977 establece en el art. 11, punto I²², las condiciones para su ingreso y en su último párrafo requiere, como cualidades para la estabilidad en el cargo, buena con-

v. Buenos Aires, Provincia de s/medida cautelar”, entre muchas otras). También puede suceder que la competencia originaria corresponda, fuera de los supuestos expuestos precedentemente, cuando sea parte una provincia —en cualquier tipo de causas— pero su contraparte sea un embajador, ministro, cónsul extranjero o un Estado extranjero —este último caso por extensión reglamentaria del art. 24, inc. 1^o del dec.-ley 1285/1958—, los otros por ser también sujetos aforados de acuerdo al art. 117 de la Constitución Nacional y conforme se ha reglamentado en el citado art. 24, inc. 1^o del decreto-ley 1285/1958.

En caso contrario, en toda causa —en nuestro ejemplo, cuando sea parte una provincia— y cuando tramite ante tribunales de grado se podrá llegar a la Corte por la vía del recurso extraordinario previsto en el art. 14, ley 48.

¹⁸ El art. 145 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece que el gobernador: “No puede expedir órdenes y decretos sin la firma del ministro respectivo. Podrá, no obstante, expedirlos en caso de acefalía de ministros y mientras se provea a su nombramiento, autorizando a los oficiales mayores de los ministerios por un decreto especial. Los oficiales mayores en estos casos, quedan sujetos a las responsabilidades de los ministros”. Este texto se corresponde con el art. 143 de la Constitución de 1873; el art. 142 de la Constitución de 1889 y art. 133 de la Constitución de 1934.

¹⁹ Art. 4^o, ley 13.757: “En cada Ministerio los Subsecretarios tendrán la jerarquía inmediata inferior a su titular, correspondiéndose con el denominado Oficial Mayor del art. 145 de la Constitución de la Provincia”.

²⁰ Art. 47, ley 13.757: “Los Ministros Secretarios y los titulares de las Secretarías asistentes del Gobernador podrán proponer al Poder Ejecutivo la creación de las Subsecretarías que estimen necesarias, de conformidad con las exigencias de sus respectivas áreas de competencia y dentro de las pautas generales establecidas por la normativa vigente. Las funciones de dichas dependencias serán determinadas por decreto”.

²¹ Art. 46, ley 13.757: “Los titulares de las Secretarías de Estado asistentes del Gobernador, y de la Asesoría General de Gobierno, tendrán el mismo rango y jerarquía que los Ministros Secretarios, resultándole aplicables las incompatibilidades que esta ley determina para los titulares de las carteras ministeriales”.

²² Art. 11, pto. I, dec.-ley 8019/1977: “Para ser designado Asesor Ejecutivo y Secretario Letrado, deberán reunirse los siguientes requisitos: a) ser argentino; b) haber cumplido treinta (30) años de edad; c) poseer título de abogado que lo habilite para el ejercicio de la profesión, con diez (10) años de antigüedad en el desempeño de funciones profesionales en la Administración Pública Provincial”.

ducta e idoneidad, tanto para el asesor ejecutivo, como para los secretarios letrados y relatores jefes²³.

El secretario letrado y los relatores jefes se encuentran comprendidos en la excepción enunciada en el inc. b) del art. 1° de la ley 10.430 —funcionarios para cuyo nombramiento y/o remoción la Constitución y leyes fijan procedimiento determinados—, ya que el art. 11 del decreto-ley prevé las condiciones para su ingreso y remoción.

El resto del personal se rige por el régimen de la ley 10.430 por remisión del art. 10 del decreto-ley que reglamenta el régimen orgánico de la Asesoría²⁴.

1.7. Escribano general de gobierno, escribano adscripto superior

La Escribanía General de Gobierno es un organismo que depende jerárquica y funcionalmente del gobernador²⁵ y forma parte de la Administración centralizada.

La ley 10.830/1989 Orgánica de la Escribanía General de Gobierno prevé, en su art. 5°, la estructura jerárquica base del organismo, estableciendo que secundarán al escribano general, un escribano adscripto superior y escribanos adscriptos²⁶.

En el art. 9° de la ley orgánica se asigna el carácter de autoridad reemplazante del titular del organismo al escribano adscripto superior²⁷ y en el art. 10 se exige a los escribanos adscriptos superior y demás escribanos adscriptos los mismos requisitos que para el cargo de escribano superior²⁸.

1.8. Jefes y subjefe de policía

Actualmente estos cargos fueron suprimidos, la estructura organizacional de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, desde la época de la sanción de la ley 10.430, ha sufrido diversas y sustanciales modificaciones a través de sucesivas leyes que han tratado de dar respuesta a necesidades operativas con la pretensión de hacer frente al grave flagelo de la inseguridad generado por la delincuencia.

²³ El último párrafo del art. 11 del dec.-ley 8019/1977 prevé: "Estos funcionarios, que deberán pertenecer al Cuerpo de la Carrera Profesional del Organismo, conservarán sus funciones mientras dure su buena conducta e idoneidad".

²⁴ Art. 10, dec.-ley 8019/1973: "La Asesoría General de Gobierno aplicará el régimen legal para el Personal de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires, dentro de los límites de jurisdicción y competencia que el citado régimen legal le asigna".

²⁵ Art. 5°, ley 10.839/1989: "La Escribanía General de Gobierno depende jerárquica y funcionalmente del Gobernador de la Provincia de Buenos Aires".

²⁶ Art. 7°, ley 10.830/1989: "El Escribano General ejercerá la Jefatura de la Repartición secundado por un Escribano Adscripto superior y Escribanos adscriptos".

Art. 8°, ley 10.830/1989: "El Escribano General en su carácter de titular del Registro Notarial del Estado Provincial, será secundado por el Escribano Adscripto Superior y los Escribanos Adscriptos".

²⁷ Art. 9°, ley 10.830/1989: "El Escribano Adscripto Superior ejercerá la Subjefatura de la Repartición y en caso de impedimento o ausencia temporal del Escribano General será su reemplazante natural".

²⁸ Art. 10, ley 10.830/1989: "Para desempeñar las funciones de Escribano General, Escribano Adscripto Superior o Escribano Adscripto deberán reunirse las siguientes condiciones: a) Poseer título habilitante para el ejercicio de la profesión de Escribano. b) Ser argentino nativo o naturalizado o por opción con no menos de cinco (5) años de ejercicio de ciudadanía. c) Ser Escribano matriculado o colegiado en la Provincia de Buenos Aires con desempeño efectivo en el ámbito de la misma".

El art. 1° del decreto-ley 9551/1980 definía a la Policía de la Provincia de Buenos Aires como institución civil armada que constituía una unidad orgánica²⁹, cuya titularidad la ejercía el jefe de policía designado directamente por el gobernador³⁰, en el grado inmediato inferior se establecía la presencia del subjefe de Policía también designado por el gobernador³¹, quien reemplazaba a aquél en las situaciones previstas por la norma y además ejercía la jefatura del Estado Mayor³².

Con las sucesivas modificaciones, la Policía deja de conformar una institución monolítica transformando su estructura en forma sustancialmente distinta.

Con la ley 12.155 se concibe una estructura en la que la titularidad de la función policial se encuentra en cabeza del gobernador y su reemplazo es el establecido en la Ley de Ministerios³³, dividiéndose institucionalmente las funciones en tres tipos de policías³⁴, con descentralización operativa³⁵ y coordinación centralizada³⁶.

²⁹ Art. 1°, dec.-ley 9551/1980: "La Policía de la Provincia de Buenos Aires es una Institución Civil Armada que tiene a su cargo el mantenimiento del orden público, colaborando en la obtención de la paz social. Su magnitud, composición y organización quedarán determinadas por la presente ley y su reglamentación".

³⁰ Art. 17, dec.-ley 9551/1980: "La Jefatura de Policía de la Provincia, será ejercida por un funcionario que designará al efecto el Gobernador, con la denominación de Jefe de Policía".

³¹ Art. 20, decreto-ley 9551/1980: "La Subjefatura de la Policía de la Provincia será desempeñada por un funcionario que designará al efecto el Gobernador, con la denominación de Subjefe de Policía".

³² Art. 22, dec.-ley 9551/1980: "El Subjefe de Policía ejercerá la Jefatura del Estado mayor, con las facultades y alcances establecidos en la presente ley y su reglamentación".

³³ Art. 4°, ley 12.155: "El Señor Ministro Secretario de Justicia y Seguridad ejercerá la conducción orgánica de las Policías de la Provincia de Buenos Aires y las representará oficialmente. A dichos fines tendrá la facultad de dictar los reglamentos necesarios para su correcto funcionamiento, en atención de la realidad criminológica y la frecuencia delictiva observada.

"En caso de vacancia, licencia o ausencia temporaria del Ministro Secretario de Justicia y Seguridad, las funciones que esta Ley le otorga serán ejercidas por la autoridad política que lo reemplace, según la Ley de Ministerios".

³⁴ Art. 2°, ley 12.155: "La Policía de Seguridad Departamental, la Policía de Investigaciones en función judicial y la Policía de Seguridad Vial, integran el sistema provincial de seguridad pública, con el fin de intervenir en forma preventiva, disuasiva y/o mediante el uso efectivo de la fuerza, en protección de los derechos de los habitantes de la Provincia de Buenos Aires".

Art. 3°, ley 12.155: "La Policía de Seguridad Departamental, la Policía de Investigaciones en función judicial, y la Policía de Seguridad Vial son instituciones civiles armadas, jerarquizadas y con carácter profesional".

³⁵ Art. 12, ley 12.155: "Descentralización operativa. La descentralización operativa de las Policías de la Provincia se realiza conforme a la extensión territorial y denominación de cada uno de los Departamentos Judiciales existentes, a los fines de cumplir con eficacia sus funciones esenciales. El Ministerio de Seguridad podrá crear nuevas unidades policiales, y determinar el ámbito de competencia territorial de cada una de ellas, en función de la realidad criminológica y la frecuencia delictiva observada".

³⁶ Art. 22, ley 12.155: "La Dirección General de Coordinación Operativa tendrá las siguientes funciones: a) coordinar las acciones del conjunto de las Policías abocadas a la seguridad de la Provincia, orientadas al cumplimiento de las instrucciones generales y particulares fijadas para el mantenimiento de la seguridad pública, la preservación de la seguridad de las personas y de sus bienes, y la prevención de los delitos".

Luego, a través de ley 13.202 se crea la Policía Buenos Aires 2, como otra institución³⁷ dentro del servicio policial, destinada a la seguridad,³⁸ también bajo el principio de descentralización operativa³⁹, pero con características particulares⁴⁰; aquí sí se crea el cargo de jefe de la Policía Buenos Aires 2⁴¹ y en el decreto reglamentario, el de subjefe⁴². Ambos deben ser designados por el Poder Ejecutivo y serán dependientes de éste⁴³; dichas funciones fueron delegadas en cabeza del ministro de Seguridad por el decreto reglamentario⁴⁴.

Finalmente, la ley 13.482 deroga las leyes 12.155 y 13.202 para establecer una nueva estructura.

³⁷ Art. 3º, ley 13.202: "La Policía Buenos Aires 2 es una institución civil, armada, jerarquizada, de carácter profesional y apta para operaciones conjuntas con las demás policías de la provincia de Buenos Aires, con las que tienen su asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y con las fuerzas federales de seguridad".

³⁸ Art. 2º, ley 13.202: "La Policía Buenos Aires 2, al igual que el resto de las policías existentes, integra el sistema provincial de seguridad pública, con el fin de intervenir en forma preventiva, disuasiva y/o mediante el uso efectivo de la fuerza, en protección de los derechos de los habitantes de la Provincia de Buenos Aires, en el territorio de su jurisdicción".

³⁹ Art. 8º, ley 13.202: "Descentralización operativa. La Policía Buenos Aires 2 actuará en el territorio de su jurisdicción de un modo descentralizado. Autorízase a la autoridad de aplicación a crear las estaciones policiales que estime necesarias para el asiento físico de la Policía Buenos Aires 2, como así también podrá decidir la sede de cada uno de dichos organismos y los criterios de distribución de los efectivos de acuerdo a los parámetros que suministre el mapa del delito, la densidad demográfica, las características socioeconómicas y culturales de cada conglomerado y los recursos existentes. Los efectivos que presten funciones en las áreas de las referidas estaciones policiales serán coordinados por una Estación Policial Central".

⁴⁰ Su capacitación debe realizarse en institutos diferenciados a las otras policías (art.19, ley 13.202), el jefe coordina la actuación de su fuerza con las otras policías provinciales, así como también la coordinación de la actuación de su fuerza con la Policía Federal, de seguridad nacional o que tengan su asiento en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 11, ley 13.202).

⁴¹ Art. 11, ley 13.202: "El Jefe de la Policía Buenos Aires 2 será designado por el Poder Ejecutivo y tendrá las siguientes funciones esenciales...".

⁴² Art. 11, dec. 2988/2004: "El Jefe de Estación Policial de la Policía Buenos Aires 2, será el responsable táctico del desenvolvimiento de la misma. Cumple funciones de supervisión y control de los servicios de las unidades a su cargo. De acuerdo a las políticas y estrategias recibidas de la Jefatura de la Policía Buenos Aires 2, emitirá para su zona de acción órdenes de servicio generales y/o particulares. Es el responsable de programar y determinar las actividades diarias y/o periódicas de prevención, y evaluar el desempeño del personal a su cargo.

Art. 12, dec. 2988/2004: "La Subjefatura de Estación constituirá el grado inferior a la Jefatura de Estación, de la cual dependerá orgánicamente. Podrá ser una por Estación o varias de acuerdo a la determinación de la autoridad de aplicación. El Subjefe reemplazará al Jefe de Estación, y si así lo determinara la autoridad de aplicación podrá tener a su cargo parte del territorio de la Estación Policial".

⁴³ Art. 5º, ley 13.202: "El Poder Ejecutivo, a través de la autoridad de aplicación, ejercerá la conducción orgánica de dicha Policía y la representará oficialmente. A esos fines tendrá la facultad de dictar los reglamentos necesarios para su correcto funcionamiento, en atención a la realidad criminológica y a la frecuencia delictiva observada".

⁴⁴ Art. 1º, dec. 2988/2004: "La autoridad de aplicación de la ley 13.202 será el Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires, que ejercerá el mando orgánico de la Policía Buenos Aires 2 a través de la Subsecretaría de Seguridad".

En su art. 1° establece los principios de desconcentración y descentralización⁴⁵, distingue organismos⁴⁶ sin consagrar una cabeza policial que los aglutine, siendo ésta el ministro de Seguridad⁴⁷. Se prevé un subsecretario de Seguridad y se crea la figura de superintendentes para coordinar a los distintos tipos de estructuras policiales⁴⁸, a diferencia de la policía Buenos Aires 2 que tendrá un jefe⁴⁹. La estructura de la policía de seguridad tiene sustanciales diferencias⁵⁰, ya que se prevén la Policía de Distrito⁵¹ y la policía comunal para municipios con menos de setenta

⁴⁵ Art. 1°, ley 13.482: “La presente Ley establece la composición, funciones, organización, dirección y coordinación de las Policías de la Provincia de Buenos Aires, conforme a criterios de desconcentración y descentralización”.

⁴⁶ Art. 2°, ley 13.482: “Sobre la base del principio de especialización, esta Ley organiza las distintas Policías en las siguientes áreas: Inc. 1°. Área de las Policías de Seguridad, en la que quedan comprendidas las siguientes Policías y organismos: a) Policías de Seguridad de Distrito. b) Policías de Seguridad Comunal. c) Policía de Seguridad Vial. d) Policía de Seguridad de Custodia de Objetivos Fijos, Personas y Traslado de Detenidos. e) Policía de Seguridad Buenos Aires 2. f) Policía de Seguridad Siniestral. g) Policía de Seguridad de Servicios y Operaciones Aéreas. h) Todas las Superintendencias, las Jefaturas Departamentales de Seguridad y los demás organismos y unidades policiales de seguridad actualmente existentes y las que se determinaren, dependientes de cada una de las Policías de Seguridad. Inc. 2°. Área de las Policías de Investigaciones, en la que quedan comprendidas las siguientes Policías y organismos: a) Policía de Investigaciones en Función Judicial. b) Policía de Investigaciones de Delitos Complejos. c) Policía de Investigaciones del Tráfico de Drogas Ilícitas. d) Policía Científica. e) Registro de Antecedentes. f) Todas las Superintendencias, y los demás organismos y unidades policiales de investigaciones actualmente existentes y los que se determinaren, dependientes de cada una de las Policías de Investigaciones. Inc. 3°. Área de la Policía de Información, en la que queda comprendida: Superintendencia de Evaluación de la Información para la Prevención del Delito. Los demás organismos y unidades policiales de información actualmente existentes y los que se determinaren, dependientes de la Policía de Información. Inc. 4°. Área de la Policía de Comunicaciones y Emergencias, la que comprende: a) Superintendencia de Comunicaciones. b) Sistema de Atención Telefónica de Emergencias (SATE). c) Los demás organismos y unidades policiales de comunicaciones que se determinaren, dependientes de la Policía de Comunicaciones y Emergencias. Inc. 5°. Área de Formación y Capacitación Policial, la que comprende: a) Institutos de Formación Policial. b) Centro de Altos Estudios Policiales. c) Centros de Entrenamiento”.

⁴⁷ Art. 4°, ley 13.482: “Dependencia institucional. El Ministro de Seguridad ejercerá la conducción orgánica de las Policías de la Provincia de Buenos Aires y las representará oficialmente. A dichos fines tendrá la facultad de dictar los reglamentos necesarios para su correcto funcionamiento. En caso de vacancia, licencia o ausencia temporaria del Ministro de Seguridad, las funciones que esta ley le otorga serán ejercidas por la autoridad política que lo reemplace, según la Ley de Ministerios”.

⁴⁸ Superintendencias de Coordinación Operativa (art. 25), de Seguridad Vial (art. 98), de Custodia de Objetivos Fijos, Personas y Traslado de Detenidos (art. 110), de Seguridad Siniestral (art. 137), de Seguridad de Servicios y Operaciones Aéreas (art. 141), de Investigaciones en Función Judicial (art. 146), de Investigaciones de Delitos Complejos y Crimen Organizado (art. 156), de Policía Científica (art. 178), de Evaluación de la Información para la Prevención del Delito (art. 185), de Comunicaciones (art. 190).

⁴⁹ Art. 118, ley 13.482: “La dotación de las distintas estaciones policiales será coordinada y comandada por un funcionario designado por el Poder Ejecutivo con la denominación de Jefe, quien estará a cargo de la Estación Policial Central. Esta designación podrá recaer en un civil, o en un oficial superior de alguna de las fuerzas de seguridad o policiales, o retirado del servicio activo”.

⁵⁰ El Título VII está destinado a regular lo atinente a la Policía Buenos Aires 2 y comprende los arts. 112 a 131.

⁵¹ Art. 39, ley 13.482: “Créase el cargo de Jefe de Policía de Distrito en el ámbito jurisdiccional de cada Municipio, a excepción de los que adhirieron al régimen de las Policías de Seguridad Comunal”.

mil habitantes⁵², debiendo haber alguna de estas dos instituciones en cada una de las comunas de la provincia. Estas últimas estarán bajo la órbita de la intendencia municipal. También se establece la policía rural, pudiendo ser tanto distrital como comunal.

De acuerdo con la nueva estructura no es el jefe y, en su defecto, el subjefe de policía, quien titularice jerárquicamente la institución policial, sino que dicha función ha sido atribuida directamente al ministro de Seguridad, conformándose debajo de él una estructura con diferentes órganos coordinados pero sin relación jerárquica entre sí.

De lo expuesto, y con relación a la excepción consagrada en el inc. a), art. 1º, ley 10.430, si sólo atendiéramos al paralelismo de la denominación literal del cargo como “jefe”, encontraremos que así se ha denominado al “jefe de Policía” para encabezar a la Policía Buenos Aires 2, el que, como expresáramos, no tiene atribución máxima de mando, ni superioridad jerárquica sobre la totalidad de la estructura policial, tratándose de una fuerza de seguridad a desempeñarse en el área territorial del Gran Buenos Aires⁵³. De la misma manera cabe decir de los “jefes” de Policía distrital⁵⁴ o comunal⁵⁵ —cuya implementación se encuentra suspendida⁵⁶— con injerencia en cada una de las jurisdicciones a cargo; por todo lo expuesto, no podemos equiparar estos cargos con los previstos en la excepción establecida en el art. 1º, ley 10.430, ya que aquélla estaba destinada a exceptuar del régimen general a la máxima autoridad de la policía provincial y a su sustituto.

⁵² Art. 56, ley 13.482: “Requisitos del ámbito municipal. Las Policías de Seguridad Comunal actuarán en los Municipios del interior de la Provincia de Buenos Aires con una población que no podrá exceder de los setenta mil (70.000) habitantes y que adhieran a la presente ley mediante convenio que suscribirá el Intendente, y que entrará en vigencia luego de ser ratificado por ordenanza municipal. Sin perjuicio de ello, el Poder Ejecutivo podrá contemplar las situaciones especiales de aquellos Municipios del interior que excedan dicha cantidad de habitantes y que soliciten ser incluidos en el régimen de la presente”.

⁵³ Art. 115, ley 13.482: “La Policía Buenos Aires 2 actuará como policía de seguridad en el ámbito territorial del Gran Buenos Aires.

”Exceptúase de lo dispuesto en el párrafo anterior los lugares sometidos en forma exclusiva a la jurisdicción federal o militar.

”Autorízase a la Autoridad de Aplicación a disponer, progresivamente, por razones estratégicas, territoriales y de política criminal, su implementación en los municipios del Gran Buenos Aires”.

⁵⁴ Art. 39, ley 13.482: “Créase el cargo de Jefe de Policía de Distrito en el ámbito jurisdiccional de cada Municipio, a excepción de los que adhirieron al régimen de las Policías de Seguridad Comunal”.

⁵⁵ Art. 71, ley 13.482: “A partir del año 2007, el Jefe de Policía de Seguridad Comunal será elegido por el pueblo de cada Municipio que corresponda, en elecciones independientes a las de las autoridades municipales, previa convocatoria hecha por el Poder Ejecutivo, la que deberá hacerse después de pasado el sexto y antes del octavo mes de haber asumido el Intendente Municipal.

”Durará en su gestión cuatro (4) años, pudiendo ser reelegido una vez”.

⁵⁶ Art. 2º, ley 13.794: “Suspéndese la aplicación del art. 71, ley 13.482, hasta tanto se apruebe el procedimiento específico tendiente a su aplicación”.

1.9. Jefe y subjefe del servicio penitenciario

El decreto-ley 9079/1979, ley orgánica del servicio penitenciario vigente, denomina en su art. 11 a quien ejerce la titularidad del organismo como jefe del Servicio Penitenciario ⁵⁷ y en su art. 12 regula las condiciones para su designación ⁵⁸.

En su art. 14 prevé el cargo de subjefe del Servicio Penitenciario, que tendrá la función de reemplazar al jefe y, a su vez, deberá revestir la condición de jefe de la Planta Mayor del organismo ⁵⁹. En su art. 15 ⁶⁰ establece las condiciones para ejercer dicho cargo y en su art. 24 enumera las circunstancias en las que podrá reemplazar al jefe ⁶¹.

2. Funcionarios excluidos de la ley 10.430 por estar previsto su nombramiento y/o remoción en la Constitución

2.1. Gobernador, vicegobernador, miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, diputados y senadores

En primer lugar debemos abordar aquellos casos en que, por conformar las cabezas de los tres poderes del Estado, tienen prevista su forma de designación y remoción en la propia Constitución provincial.

Así tenemos que, en la sección quinta, capítulo I de la Constitución provincial (arts. 119 a 133), se regulan las calidades para el ingreso del gobernador y vicegobernador, duración de su mandato y su remuneración. En el capítulo II (arts. 134 a 143) la forma de su designación y la equiparación de la garantía de inmunidad de que gozan los legisladores. En el capítulo V (art. 154) se prevé la posibilidad de sometimiento a juicio político.

Respecto de los miembros de las Cámaras de Diputados y Senadores, por el art. 68 de la Constitución provincial se establece su elección directa y en el capítulo II de la sección cuarta (arts. 69 a 74) se regulan los requisitos, la duración de mandato, las cualidades e incompatibilidades para ser diputado. Luego, en el capítulo IV —Disposiciones comunes a ambas Cámaras (arts. 83 a 102)— se regulan las in-

⁵⁷ Art. 11, dec.-ley 9079/1978: "La Jefatura del Servicio Penitenciario será ejercida por un funcionario que designará al efecto el Poder Ejecutivo con la denominación de Jefe del Servicio Penitenciario y tendrá su asiento en la Capital de la Provincia".

⁵⁸ Art. 12, dec.-ley 9079/1978 (texto según ley 10.158): "La designación recaerá en un civil con título de abogado, matriculado en la Provincia de Buenos Aires y con tres (3) años como mínimo de ejercicio profesional en la misma, o en un (1) Jefe Superior del grado máximo del Servicio Penitenciario en actividad o en situación de retiro".

⁵⁹ Art. 14, dec.-ley 9079/1978: "La Subjefatura del Servicio Penitenciario será ejercida por un funcionario que a tal fin designará el Poder Ejecutivo y reemplazará al Jefe del Servicio Penitenciario en los casos previstos en el art. 22. Desempeñará la Jefatura de la Plana Mayor y las demás funciones que, por la presente ley, se le otorguen".

⁶⁰ Art. 15 (texto según ley 10.158) del dec.-ley 9079/1978: "La designación del Subjefe del Servicio Penitenciario recaerá exclusivamente en un Jefe superior del grado máximo del Servicio Penitenciario en actividad o en situación de retiro".

⁶¹ Art. 24, dec.-ley 9079/1978: "Al Subjefe del Servicio Penitenciario compete, como inmediato y principal colaborador del Jefe, cumplir la función que éste le encomiende, reemplazándolo en caso de ausencia, enfermedad, vacancia o delegación, con todas las obligaciones y facultades que correspondan al titular".

compatibilidades funcionales y la prohibición de desempeñar determinados empleos o participar en contratos, se consagran garantías de inmunidad y de remuneración, estableciéndose su régimen disciplinario y de cesantía.

Respecto de los miembros de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en el art. 175, primer párrafo de la Constitución provincial, se regula la forma de designación; en el art. 176, la garantía de inmovilidad; en el art. 177, los requisitos para su ingreso; en el art. 179, la necesidad de exigencia de prestar juramento al tomar posesión del cargo; en el art. 180 se refuerza la garantía de inmovilidad impidiendo la suspensión en el ejercicio de los cargos, salvo en el caso de acusación, en los términos del art. 73, punto 2º de la Constitución provincial.

En el art. 177, última parte, se establece que para los jueces de las Cámaras de Apelación rigen los mismos requisitos que para los miembros de la Suprema Corte, salvo los años que se requieren de ejercicio en la profesión o magistratura. En el art. 178, los requisitos para ser jueces de primera instancia. Las garantías de inamovilidad en ambos casos son las mismas que para los miembros del Superior Tribunal, pero difieren de éste en el procedimiento de designación y de remoción, ya que tanto los jueces de primera instancia como de Cámara (como los integrantes del Ministerio Público, excepto el procurador y subprocurador) deben ser elegidos a través del mecanismo previsto en la segunda parte del art. 175, esto es, el gobernador deberá designar a uno de los integrantes de una terna vinculante propuesta por el Consejo de la Magistratura, para luego requerir acuerdo del Senado en sesión pública. En el caso de estos magistrados, tampoco se los puede someter a juicio político, sino que, en caso de acusación, se implementará el mecanismo previsto en el art. 182 de la Constitución, es decir, el jurado de enjuiciamiento.

En el art. 173 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires se establece la equiparación de los jueces de paz con los jueces de primera instancia respecto de los requisitos de ingreso y remoción, agregando como requisito la exigencia de poseer residencia inmediata previa de dos años en el lugar en donde deba cumplir sus funciones.

El procurador y subprocurador general se encuentran sometidos a la forma y los requisitos de designación y remoción previstos para los miembros de la Suprema Corte, así también respecto de los miembros del Ministerio Público; por el art. 189 de la Constitución provincial se requieren las mismas cualidades que para ser jueces de primera instancia y de Cámara, son elegidos conforme al mecanismo del art. 175 y son pasibles de acusación ante el jurado de enjuiciamiento.

En el capítulo precedente estipulamos no hacer alguna distinción conceptual entre funcionarios y empleados, o dentro de los primeros, marcar diferencias en cuanto a jerarquía o función que les compete, o atendiendo a la forma electiva o por nombramiento de su ingreso.

Estos funcionarios, en forma semejante a todo agente que conforma cualquier órgano u organismo de los poderes estatales, tienen derechos y obligaciones derivados de su relación intrínseca con el Estado, ya sea que deriven de una norma general o de la Constitución.

En este sentido, el gobernador o cualquiera de los funcionarios mencionados tienen derecho a gozar de una licencia, de un haber previsional por los servicios prestados o de una remuneración acorde con su función.

Sus derechos y obligaciones, como las de cualquier agente, tienen que estar reconocidos preceptivamente, regulación que, al no estar incluida en la Constitución,

exige un desarrollo normativo, ya que en su defecto debe recurrirse a la aplicación analógica de normas semejantes.

Por la particularidad de las funciones desempeñadas, el vínculo puede ser estudiado tanto por el derecho constitucional como por el administrativo, ya que en este punto se yuxtaponen.

2.2. Titulares de los organismos previstos en los capítulos VI y VII de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires

Los capítulos VI y VII de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires consagran cuatro organismos destinados a resguardar la legalidad y el orden funcional de la Administración Pública.

La Fiscalía de Estado y el Tribunal de Cuentas con mayor independencia funcional que la Tesorería y Contaduría General de la provincia, pero todos integrantes de la estructura centralizada de la Administración Pública de la provincia de Buenos Aires.

La Constitución prevé determinadas condiciones de nombramiento, en algunos casos de remoción, de los funcionarios que están a la cabeza de los organismos mencionados.

2.2.1. Fiscal de Estado

El art. 155 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires prevé la presencia de un fiscal de Estado, establece los requisitos para el ingreso, garantiza su inamovilidad y enuncia sus funciones⁶². En el párrafo siguiente, delega en el legislador la forma en que debe ejercer las funciones y lo habilita a determinar los casos en que debe hacerlo.

El art. 155 nada dice sobre la forma de nombramiento, pero sí lo hace en el art. 144, inc. 18, al incluirlo en el punto 1º como uno de los supuestos de nombramiento por el gobernador con acuerdo del Senado.

El art. 73 lo incluye dentro de la nómina de funcionarios que pueden ser removidos por juicio político.

El decreto-ley 7543/1969 Orgánico de Fiscalía de Estado precisa algunas cuestiones respecto del régimen del fiscal de Estado.

Esta norma, en el art. 43, primer párrafo⁶³, estipula un piso para su remuneración, disponiendo que ésta no puede ser inferior a la del procurador general de la Suprema Corte. Dicha disposición legal deriva de la necesidad de garantizar su independencia funcional, tal como lo garantiza la Constitución para los jueces.

⁶² Art. 155 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "Habrà un Fiscal de Estado inamovible, encargado de defender el patrimonio del Fisco, que será parte legítima en los juicios contencioso administrativos y en todos aquellos en que se controviertan intereses del Estado. La ley determinará los casos y la forma en que ha de ejercer sus funciones. Para desempeñar este puesto se requieren las mismas condiciones exigidas para los miembros de la Suprema Corte de Justicia".

⁶³ Art. 43, dec.-ley 7543/1969 (texto conf. ley 12.748): "El Fiscal de Estado tendrá un tratamiento remunerativo no inferior al fijado por todo concepto para el Procurador General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia, siéndole aplicable idéntico régimen provisional que a dicho Magistrado".

El art. 47⁶⁴ de la norma remite a las causales de excusación previstas en el Código Procesal Civil y Comercial, es decir, a los supuestos previstos en los arts. 17⁶⁵ y 30, CPCC Bs. As.⁶⁶. Pero no sólo lo hace respecto de su actuación judicial sino también administrativa. Aquí se aparta de la regla general, ya que el art. 6^o⁶⁷ del decreto-ley 7647/1970 de Procedimiento Administrativo prevé las causales de recusación y excusación en todo procedimiento administrativo de la Administración Pública provincial, ya sea por aplicación directa o supletoria en un régimen especial⁶⁸.

La norma también prevé un supuesto de incompatibilidad funcional para ejercer la abogacía, absoluto dentro de la provincia de Buenos Aires y parcial fuera de ella, tal como se desarrollara al tratar el caso del fiscal de Estado adjunto.

⁶⁴ Art. 47, dec.-ley 7543/1969: "Son causas de excusación del Fiscal de Estado, tanto en las actuaciones judiciales como administrativas: las que enumera el Código de Procedimientos para la excusación de los jueces. En los juicios contencioso administrativos y en los que haya habido una tramitación administrativa previa cuando hubiere dictaminado a favor del particular interesado".

⁶⁵ Art. 17, CPCCBs.As.: "Recusación con expresión de causa. Serán causas legales de recusación: 1º) El parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad con alguna de las partes, sus mandatarios o letrados. 2º) Tener el juez o sus consanguíneos o afines dentro del grado expresado en el inciso anterior, interés en el pleito o en otro semejante, o sociedad o comunidad con algunos de los litigantes, procuradores o abogados, salvo que la sociedad fuese anónima. 3º) Tener el juez pleito pendiente con el recusante. 4º) Ser el juez acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes, con excepción de los bancos oficiales. 5º) Ser o haber sido el juez denunciador o acusador del recusante ante los tribunales, o denunciado o acusado ante los mismos tribunales, con anterioridad a la iniciación del pleito. 6º) Ser o haber sido el juez denunciado por el recusante en los términos de la ley de enjuiciamiento de magistrados, siempre que la Suprema Corte hubiere dispuesto dar curso a la denuncia. 7º) Haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes o emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado. 8º) Haber recibido el juez beneficios de importancia de alguna de las partes. 9º) Tener el juez con alguno de los litigantes amistad que se manifieste con gran familiaridad o frecuencia de trato. 10º) Tener contra el recusante enemistad, odio o resentimiento, que se manifieste por hechos conocidos. En ningún caso procederá la recusación por ataques u ofensas inferidas al juez después que hubiese comenzado a conocer del asunto".

⁶⁶ Art. 30, CPCCBs.As.: "Excusación. Todo juez que se hallare comprendido en alguna de las causas de recusación mencionadas en el art. 17 deberá excusarse. Asimismo podrá hacerlo cuando existan otras causas que le impongan abstenerse de conocer en el juicio, fundadas en motivos graves de decoro o delicadeza".

⁶⁷ Art. 6º, dec.-ley 7647/1970: "Ningún funcionario o empleado es recusable, salvo cuando normas especiales así lo determinen. Son causales de obligatoria excusación para los funcionarios o empleados que tengan facultad de decisión o que sea su misión dictaminar o asesorar: a) Tener parentesco con el interesado por consanguinidad dentro del cuarto grado o por afinidad hasta el segundo grado. b) Tener interés en el asunto o amistad íntima o enemistad manifiesta con el actuante. El funcionario que resolviera excusarse deberá elevar las actuaciones al superior jerárquico, quien considerará su procedencia o improcedencia. En el primer caso designará el funcionario sustituto o resolverá por sí. En el segundo, devolverá las actuaciones al inferior para que continúe entendiendo. En ambos casos la decisión causará ejecutoria".

⁶⁸ Art. 1º, dec.-ley 7647/1970: "Se regulará por las normas de esta ley el procedimiento para obtener una decisión o una prestación de la Administración Pública de Buenos Aires y el de producción de sus actos administrativos. Será de aplicación supletoria en las tramitaciones administrativas con regímenes especiales".

2.2.2. Contador general de la provincia de Buenos Aires

En el art. 156, dentro del capítulo VI, la Constitución provincial prevé dos organismos, mediante la enunciación de los cargos que los encabezan y quienes los sustituyen⁶⁹.

El primero de ellos es la Contaduría General de la provincia, que tiene como función básica ser el órgano rector del subsistema de contabilidad gubernamental⁷⁰, además de otras funciones definidas en el art. 90⁷¹, ley 13.767 de Regulación de la

⁶⁹ Art. 156 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "El Contador y Subcontador, el Tesorero y Subtesorero serán nombrados en la forma prescrita en el art. 82 y durarán cuatro años, pudiendo ser reelectos".

⁷⁰ Art. 87, ley 13.767: "La Contaduría General de la Provincia será el órgano rector del Subsistema de Contabilidad Gubernamental, y como tal, responsable de reglamentar, poner en funcionamiento y mantener dicho subsistema en todo el ámbito del Sector Público Provincial".

⁷¹ Art. 90, ley 13.767: "La Contaduría General de la Provincia tendrá competencia para:

"a) dictar normas en materia de su competencia, para su cumplimiento por las Direcciones de Administración o dependencias que hagan sus veces;

"b) interpretar las disposiciones legales y reglamentarias en materia de su competencia y asesorar en dicho aspecto a los organismos de la Administración provincial;

"c) consentir o disponer en las órdenes o libramientos de pago, siempre que no afecte el total librado y su correcto destino:

"1- Las omisiones o errores formales.

"2- La adecuación de dichos documentos conforme a la real situación vigente en el momento de su intervención.

"d) cuidar que los sistemas contables que establezca puedan ser desarrollados e implementados por las entidades, conforme a su naturaleza jurídica, características operativas y requerimientos de información;

"e) asesorar y asistir técnicamente a todos los organismos del Sector Público Provincial, en la implementación de las normas y metodologías que prescriba;

"f) coordinar el funcionamiento que corresponda instituir para que se proceda al registro contable primario de las actividades desarrolladas por las dependencias de la Administración central y por cada una de las entidades que conforman el Sector Público Provincial;

"g) administrar el Sistema de Información Financiera que permanentemente permita conocer la gestión presupuestaria, de caja y patrimonial, así como los resultados operativo, económico y financiero de la Administración central, de cada entidad descentralizada y de la Administración provincial en su conjunto;

"h) elaborar las cuentas económicas del Sector Público Provincial, de acuerdo con el subsistema de cuentas provincial; consolidando datos de los servicios jurisdiccionales, realizando las operaciones de ajuste y cierre necesarias y producir anualmente los estados contable-financieros para su remisión al Tribunal de Cuentas de la Provincia;

"i) preparar y realizar anualmente en forma analítica y detallada la Cuenta General del Ejercicio vencido;

"j) disponer el mantenimiento del archivo general de la documentación financiera de la Administración provincial;

"k) elevar a los Poderes Legislativo, Ejecutivo y al Tribunal de Cuentas, la Cuenta General de ejercicio vencido.

"l) coordinar con el Ministro de Economía el conjunto de procedimientos que permitan la mejor exposición de los sistemas de contabilidad, el registro sistemático de todas las transacciones, la presentación de la elaboración y procesamientos de la información económico financiera y las normas y metodologías que hagan a su mejor funcionamiento.

"m) llevar el Registro Único de Proveedores y Licitadores, donde se inscribirán quienes tengan interés en contratar con el Estado.

"n) registrar las operaciones vinculadas con la gestión correspondiente a la Hacienda Pública.

Administración Financiera y el Sistema de Control de la Administración General del Estado Provincial.

Su nombramiento lo hace el Poder Ejecutivo previa presentación de una terna alternativa de la Honorable Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires, conforme lo preceptúa el art. 82 de la Constitución provincial por remisión de su art. 156.

La Ley Orgánica de la Contaduría General de la Provincia, decreto-ley 8827/1977, fue derogada por la ley 13.767 de Regulación de la Administración Financiera y el Sistema de Control de la Administración General del Estado Provincial; actualmente se regulan en el art. 88 los requisitos para desempeñar el cargo de contador⁷², los que resultan idénticos a los del subcontador, exigiendo título universitario de Contador Público y una antigüedad mínima de diez años en el ejercicio de la profesión. El art. 89 prevé, en su segundo párrafo, algunos supuestos de inhabilidad⁷³.

2.2.3. *Tesorero y subtesorero general de la provincia*

El otro organismo previsto en el art. 156 es la Tesorería General de la provincia, cuyo titular es el tesorero general y quien lo reemplaza, el subtesorero. Su función básica es la de ser el órgano rector del subsistema de tesorería⁷⁴ y coordinar el funcionamiento de todas las unidades de tesorería que operen en el sector público

”o) centralizar la información técnica contable del Sector Público Provincial para la elaboración de los estados o informes que requieran los niveles superiores de gestión. En el caso de que dicha información no fuera suministrada en la forma y plazos que al efecto se fijaren, se exigirá su inmediata presentación empleándose a tales fines, las medidas de apremio previstas por el art. 118 de la presente ley.

”p) intervenir en todo trámite de devolución de impuestos, cuyo pago haya sido efectuado indebidamente;

”q) las demás funciones que le asigne el Reglamento”.

⁷² Art. 88, ley 13.767: “La Contaduría General de la Provincia está a cargo de un Contador General que será asistido por un Subcontador General. Para ejercer los cargos de Contador General y de Subcontador General, se requerirá título universitario de contador público, con una antigüedad mínima de diez (10) años en el ejercicio de la profesión”.

⁷³ Art. 89, ley 13.767: “El Contador General dictará el Reglamento interno de la Contaduría General de la Provincia y asignará funciones al Subcontador General. Asimismo, y hasta tanto se estime conveniente la descentralización de las funciones asignadas en la presente ley a las gerencias o direcciones de Administración financiera, la Contaduría General de la Provincia mantendrá las funciones centrales de registración presupuestaria y contable de la Administración central para la totalidad de las transacciones. Estas funciones podrán ser delegadas gradualmente en la medida y oportunidad que ésta estime convenientes.

”No podrán ser designados los concursados civilmente, los que se encuentren en estado de quiebra, quienes estén inhibidos por deuda judicial exigible y quienes hayan sido condenados por delito doloso o inhabilitados para el ejercicio profesional en sede penal”.

⁷⁴ Art. 68, ley 13.767: “La Tesorería General de la Provincia será el órgano rector del Subsistema de Tesorería y, como tal, coordinará el funcionamiento de todas las unidades de Tesorería que operen en el Sector Público Provincial y dictará las reglamentaciones pertinentes”.

Art. 67, ley 13.767: “El Subsistema de Tesorería está compuesto por el conjunto de órganos, normas y procedimientos que intervienen en la recaudación de los ingresos y en los pagos que configuran el flujo de fondos de la Provincia de Buenos Aires, así como en la custodia de las disponibilidades que se generen”.

provincial, además de resultar competente en las funciones previstas en el art. 69⁷⁵, ley 13.767.

⁷⁵ Art. 69, ley 13.767: "La Tesorería General de la Provincia tiene la siguiente competencia, sin perjuicio de la que por otras leyes o reglamentos se establezca:

"1. centralizar y registrar diariamente el movimiento de los ingresos de fondos, títulos y valores que se hallen a su cargo y el orden de los egresos que contra ellos se produzcan;

"2. establecer un sistema que garantice el cumplimiento de las normas que reglamenten el desembolso de fondos;

"3. planear el financiamiento hacia los sectores público y privado en función de las políticas que al efecto se fijen;

"4. abonar las órdenes de pago que le remita la Contaduría General de la Provincia, con arreglo a la planificación fijada en el Presupuesto de Caja y a las autorizaciones que emanen del Tesorero General;

"5. resolver, cuando así corresponda, la toma de fondos provenientes de operaciones de crédito concretadas y autorizadas por el Poder Ejecutivo provincial, en función de las necesidades de uso que emerjan de los estados de situación financiera que formule el organismo;

"6. asesorar técnicamente al Poder Ejecutivo provincial en materia de su competencia;

"7. elaborar el Presupuesto de Caja de cada ejercicio una vez sancionado el Presupuesto de la Administración General; elevarlo al Poder Ejecutivo y al Ministerio de Economía e informar mensualmente sobre su ejecución;

"8. registrar los créditos a favor de los acreedores del Estado cuyo pago deba efectuar el organismo;

"9. recibir documentación para su pago, siempre que tenga la previa autorización de la Contaduría General de la Provincia, y dar entrada en Caja a dinero o valores que hayan sido intervenidos o tomado razón previamente por la Contaduría General de la Provincia;

"10. confeccionar y remitir diariamente a la Contaduría General de la Provincia el Balance de Movimiento de Fondos, Títulos y Valores juntamente con la documentación respectiva;

"11. intervenir en la emisión de Letras de Tesorería u otros documentos de efecto cancelatorio, cuyo pago deba ser efectuado por el organismo;

"12. llevar los registros de Poderes, Contratos de Sociedades, Cesiones y Prendas y Embargos;

"13. mantener permanentemente conciliadas sus cuentas bancarias;

"14. requerir de los órganos y entidades del Sector Público Provincial, cuando lo considere necesario, la remisión de estados de existencia de fondos y exigibles;

"15. intervenir previamente en toda contratación en la que se comprometa en forma inmediata o a fecha cierta las disponibilidades del Tesorero, informando sobre las posibilidades de asumir tales compromisos;

"16. dictar normas sobre remisión de información y documentación de pago y sobre plazos de pago, a las que deberán ajustarse los servicios administrativos de la Administración Central de los Poderes del Estado y de las entidades descentralizadas;

"17. informar al Ministerio de Economía con quince (15) días de anticipación, sobre las dificultades de orden financiero que observe para mantener el cumplimiento normal de las obligaciones del Tesorero;

"18. elaborar conjuntamente con la Dirección Provincial de Presupuesto, la programación de la gestión presupuestaria de la Administración provincial;

"19. emitir opinión previa sobre las inversiones temporales de fondos excedentes que realicen los entes del Sector Público Provincial;

"20. custodiar los títulos y valores de propiedad de la Administración Pública Provincial o de terceros que estuvieren a su cargo;

"21. centralizar la recaudación de los recursos de la Administración Central y distribuirlos en las unidades de tesorería que operen en el Sector Público Provincial, para que éstas efectúen el pago de las obligaciones que se generen.

"22. coordinar el funcionamiento operativo y ejercer la supervisión técnica de todas las unidades de tesorería que operen en el Sector Público Provincial, dictando las normas y procedimientos pertinentes".

De la misma manera que para el caso del contador y subcontador, el nombramiento del tesorero y subtesorero lo hace el Poder Ejecutivo previa presentación de una terna alternativa de la Honorable Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires, tal lo preceptuado por el art. 82 de la Constitución provincial por remisión de su art. 156. Esta última cláusula también prevé que dichos funcionarios permanecerán en su cargo por un plazo de cuatro años con la posibilidad de ser reelectos.

El art. 70, ley 13.767, establece que tanto el tesorero como el subtesorero deben tener título universitario en alguna de las ramas de las ciencias económicas y experiencia en el área financiera o de control del sector público o privado por no menos de cinco años⁷⁶; así también, dispone que el segundo reemplaza al primero en caso de ausencia o impedimento de éste y prevé algunas causales de inhabilidad.

La ley 13.767 de Regulación de la Administración Financiera y el Sistema de Control de la Administración General del Estado Provincial derogó al decreto-ley 8941/1977 Orgánico de la Tesorería General de la Provincia.

2.2.4. Miembros del Tribunal de Cuentas

El art. 159 de la Constitución provincial contempla la existencia de este organismo destinado a efectuar un control *ex post* de las cuentas tanto de percepción como de inversión. En caso de desaprobadas, determina a los funcionarios responsables. También la propia Constitución consagra expresamente la atribución de inspeccionar a los organismos provinciales y municipales para prevenir irregularidades⁷⁷.

Según la cláusula constitucional, el organismo cuenta con cinco miembros: un presidente que debe poseer título de abogado y cuatro vocales con título de contador público. Determina su inamovilidad, establece su designación por el gobernador con acuerdo del Senado y la forma de su remoción, disponiendo que lo será de la misma manera y conforme a las mismas causales que los jueces de las Cámaras

⁷⁶ Art. 70, ley 13.767: "La Tesorería General de la Provincia estará a cargo de un funcionario con el título de Tesorero General de la Provincia. El Subtesorero General de la Provincia lo reemplazará en los casos de ausencia o impedimento y podrá compartir con él las tareas del despacho diario y de la dirección administrativa del organismo con arreglo al reglamento interno.

"Para ejercer ambos cargos se requerirá título universitario en alguna de las ramas de las ciencias económicas, y una experiencia en el área financiera o de control del sector público o privado, no inferior a cinco (5) años.

"No podrán ser designados los concursados o fallidos, quienes estén inhibidos por deuda judicial exigible y quienes hayan sido condenados por delito doloso o inhabilitados para el ejercicio profesional en sede penal.

"La Tesorería General contará con un cargo de Secretario General para cuyo desempeño se requerirá poseer título de graduado en Ciencias Económicas con diez (10) años de servicios en la Administración Pública provincial en tareas afines y cinco (5) años de antigüedad en el título".

⁷⁷ Segundo párrafo del art. 159 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "Dicho tribunal tendrá las siguientes atribuciones: 1. Examinar las cuentas de percepción e inversión de las rentas públicas, tanto provinciales como municipales, aprobarlas o desaprobadas y en este último caso, indicar el funcionario o funcionarios responsables, como también el monto y la causa de los alcances respectivos.

"2. Inspeccionar las oficinas provinciales y municipales que administren fondos públicos y tomar las medidas necesarias para prevenir cualquier irregularidad en la forma y con arreglo al procedimiento que determine la ley.

"Las acciones para la ejecución de las resoluciones del Tribunal corresponderán al Fiscal de Estado".

de Apelación, esto es, a través del mecanismo previsto en el art. 182 de la propia Constitución (Jurado de Enjuiciamiento), reglamentado actualmente por ley 13.661, en la que se establecen las causales de remoción.

La ley 10.869 Orgánica del Tribunal de Cuentas establece en el art. 2º⁷⁸ los requisitos para integrar el organismo, tanto el presidente como los vocales deben tener 30 años, ciudadanía argentina y seis años de ejercicio profesional en sus respectivas incumbencias. En el supuesto del presidente, los seis años pueden ser en ejercicio de la magistratura. También se exige haber tenido domicilio real (no sólo residir) por un lapso no menor a un año en forma inmediata⁷⁹.

En su art. 3º establece causales de inhabilidad⁸⁰ y en el último párrafo del art. 2º, un supuesto de incompatibilidad funcional absoluta⁸¹.

En el art. 6º⁸² se garantizan al presidente y a los vocales las prerrogativas de los miembros de las Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial y a continuación se enuncia la forma de remoción ya prevista en el art. 159 de la Constitución provincial. Asimismo, se señala la imposibilidad de desempeñar ningún tipo de función o comisión interina encomendada por alguno de los poderes del Estado. Este supuesto encuadra perfectamente dentro de la incompatibilidad contemplada en el art. 2º, pero la mención acentúa la imposibilidad de aceptar excepciones independientemente de la temporalidad de las funciones que pudieren ejercerse. Finalmente, dicho artículo consagra como garantía remuneratoria, derivada de la necesidad de mantener la independencia funcional del organismo, un piso equivalente al haber en todo concepto del procurador de la Suprema Corte de Justicia, así también la aplicación de idéntico régimen previsional.

2.3. Defensor del Pueblo de la provincia de Buenos Aires

Este organismo ha sido previsto por el art. 55⁸³ de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

⁷⁸ Primer párrafo del art. 2º, ley 10.869: "Para ocupar el cargo de Presidente de Tribunal se requiere tener treinta (30) años de edad, ciudadanía en ejercicio y título de Abogado con seis (6) años de ejercicio profesional en la Provincia o el mismo tiempo de magistrado en ella, como mínimo. Para ocupar el cargo de Vocal, se requiere, ser ciudadano argentino, tener treinta (30) años de edad, título de Contador Público con seis (6) años de ejercicio profesional en la Provincia como mínimo".

⁷⁹ Segundo párrafo del art. 2º, ley 10.869: "El Presidente y los Vocales del Tribunal deberán tener domicilio real inmediato anterior no menor de un (1) año, en la Provincia".

⁸⁰ Art. 3º, ley 10.869: "No podrán ser miembros del Tribunal de Cuentas los concursados civilmente y/o comerciantes que se encuentren en estado de quiebra o los que estén inhibidos por deuda judicialmente exigible, o aquellos que hubiesen sido condenados por sentencia firme por la comisión de delitos dolosos contra la propiedad, la Administración o la fe pública nacional, provincial y municipal".

⁸¹ Tercer párrafo del art. 2º, ley 10.869: "Es incompatible para los miembros del Tribunal, ejercer la profesión en cualquier jurisdicción, desempeñar otra función pública, excepto la docencia y realizar actividades comerciales incompatibles con el ejercicio de sus funciones".

⁸² Art. 6º, ley 10.869 (texto según ley 13.339): "El Presidente y los Vocales del Tribunal gozarán de las mismas prerrogativas que los miembros de las Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial y podrán ser enjuiciados por la Ley del Jurado de Enjuiciamiento. No podrán aceptar ni desempeñar comisiones o funciones públicas encomendadas interinamente por el Poder Ejecutivo u otro Poder del Estado. Tendrán un tratamiento remunerativo no inferior al fijado por todo concepto para el Procurador General de la Suprema Corte de Justicia, siéndoles aplicable idéntico régimen previsional que a dicho magistrado".

⁸³ Art. 55 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "El Defensor del Pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de los habitantes. Ejerce su misión frente

A diferencia de la Constitución Nacional, no se lo ha instituido expresamente en el ámbito de la Legislatura y, aun más, en nuestra Constitución se le otorga plena autonomía funcional y política, a diferencia del art. 86 de la Constitución Nacional, que sólo le brinda “plena autonomía funcional, sin recibir instrucciones de ninguna autoridad”.

Su designación y remoción se hará por el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara. El tiempo de ejercicio de su cargo es de cinco años y sólo puede ser designado por un período más.

Por ley 13.834⁸⁴ se ha reglamentado la figura del Defensor del Pueblo en la provincia de Buenos Aires en su art. 12⁸⁵ se establece su autonomía funcional y política, como también autarquía financiera. Se señala expresamente su independencia respecto de cualquier otro poder u organismo —lo que supone que lo es también respecto de la Legislatura— al preverse en el mismo artículo que no está sujeto a mandato imperativo alguno ni a instrucciones de ninguna autoridad. En el art. 1^o⁸⁶ de la ley se establecen como requisitos para su designación los siguientes: ser ciudadano argentino con cinco años de antigüedad, ser nativo o tener residencia inmediata anterior de un año en la provincia, 30 años e idoneidad para el cargo. El art. 2^o⁸⁷ estipula que en el procedimiento de selección intervendrá una comisión bicameral integrada

a los hechos u omisiones de la Administración Pública, fuerzas de seguridad, entes descentralizados o empresas del Estado que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario o negligente de sus funciones. Supervisa la eficacia de los servicios públicos que tenga a su cargo la provincia o sus empresas concesionarias.

“Tendrá plena autonomía funcional y política. Durará cinco años en el cargo pudiendo ser designado por un segundo período. Será nombrado y removido por la Legislatura con el voto de las dos terceras partes de los miembros de cada Cámara. Una ley especial regulará su organización y funcionamiento”.

⁸⁴ Promulgada por dec. 1380/2008 del 7/7/2008, publicada el 18/7/2008, BO 25.943.

⁸⁵ Art. 12, ley 13.834: “Actuación. El Defensor del Pueblo desempeñará sus funciones con plena autonomía funcional y política, y autarquía financiera, encontrándose legitimado activamente para promover acciones administrativas y judiciales para el cumplimiento de su cometido. No está sujeto a mandato imperativo alguno, ni recibirá instrucciones de ninguna autoridad.

“Puede iniciar y proseguir de oficio o a petición del interesado cualquier investigación conducente al esclarecimiento de los hechos u omisiones de la Administración Pública, fuerzas de seguridad, entes descentralizados o empresas del Estado que impliquen el ejercicio ilegítimo, defectuoso, irregular, abusivo, arbitrario o negligente de sus funciones. Pudiendo supervisar la eficacia de los servicios públicos que tenga a su cargo la Provincia o sus empresas concesionarias”.

⁸⁶ Art. 1^o, ley 13.834: “Requisitos. El Defensor del Pueblo creado por el art. 55 de la Constitución Provincial se registrá por lo allí dispuesto y por esta ley.

“Podrá ser designado Defensor del Pueblo toda persona que reúna los siguientes requisitos:

“a) Ciudadanía natural en ejercicio, o legal después de cinco (5) años de obtenida, y residencia inmediata anterior de un (1) año para los que no sean nativos de la Provincia.

“b) Tener como mínimo (treinta) 30 años de edad.

“c) Idoneidad para el cargo”.

⁸⁷ Art. 2^o, ley 13.834: “Elección. Será elegido de acuerdo al siguiente procedimiento:

“a) A los treinta (30) días de entrada en vigencia la presente ley, quedará constituida en el ámbito de la Legislatura de la Provincia de Buenos Aires, una comisión bicameral integrada por siete (7) senadores y siete (7) diputados, la que dictará su reglamento de funcionamiento. En su composición se deberá mantener la proporción de la representación en cada cuerpo. Tendrá carácter permanente, será presidida en forma alternada y con rotación anual por un diputado en la primera oportunidad y luego por un senador, y adoptará sus decisiones por simple mayoría de votos.

“La comisión bicameral elaborará una nómina con los candidatos a ocupar el cargo.

“b) La nómina elaborada con los candidatos será publicada por un (1) día en no menos de dos (2) medios gráficos provinciales de comunicación masiva y en el Boletín Oficial.

por siete senadores y siete diputados, que será la encargada de elaborar una nómina de candidatos, la que debe ser dada a publicidad para que puedan realizarse observaciones, luego de su análisis y de los consecuentes descargos, la comisión debe proponer a las Cámaras de uno a tres candidatos, debiendo elegirse conforme a la mayoría agravada de dos tercios prevista en el art. 55 de la Constitución provincial, si no se obtiene dicha mayoría debe repetirse la votación hasta alcanzarla; si fueren tres candidatos y no se alcanzare mayoría por ninguno de ellos, la nueva votación debe hacerse respecto de los dos más votados. Finalmente, el nombramiento debe realizarse por resolución conjunta de los presidentes de ambas Cámaras.

2.4. *Organismos de composición mixta: Junta Electoral, Consejo de la Magistratura y Jurado de Enjuiciamiento*

2.4.1. *Junta Electoral*

La ley 3489, sancionada el 27 de junio de 1913, en el capítulo VII —denominado “De la Junta Electoral”—, establecía en su art. 74 la creación de una junta electoral permanente, determinando que ésta funcionaría en el recinto de la Honorable Cámara de Senadores de la provincia de Buenos Aires.

Los orígenes de la junta electoral se remontan al año 1913, cuando por la ley de referencia se dispone su creación con carácter permanente⁸⁸. Dicho organismo es constitucionalizado a través de su incorporación en el art. 49 de la Carta Magna provincial en el año 1934 asignándole importantes atribuciones en materia electoral, destinadas a llevar los padrones de electores, preparar y llevar adelante las elecciones, juzgar su validez y habilitar a los funcionarios electos a ejercer sus mandatos. Actualmente, la reforma de 1994 ha mantenido en el art. 62⁸⁹ idéntica conformación y sus funciones se encuentran enumeradas en el art. 63⁹⁰.

”c) En los cinco (5) días subsiguientes, se podrán formular observaciones respecto de los candidatos propuestos. Las mismas deben presentarse por escrito y fundadas en circunstancias objetivas que puedan acreditarse por medios fehacientes. Los candidatos tendrán acceso a las mismas por el término de cinco (5) días. Cumplido ese plazo, tendrán cinco (5) días para contestarlas.

”d) La comisión bicameral vencidos los plazos establecidos en el inciso anterior, deberá reunirse a efectos de considerar las observaciones y los descargos si los hubiere, y dentro de los diez (10) días subsiguientes, deberá proponer a las cámaras de uno (1) a tres (3) candidatos para ocupar el cargo.

”e) Dentro de los treinta (30) días, cada cámara elegirá, por el voto de las dos terceras partes de sus miembros, a uno (1) de los candidatos propuestos.

”f) Si en la primera votación ningún candidato obtiene la mayoría requerida en el inciso anterior debe repetirse la votación hasta alcanzarse la misma.

”g) Si los candidatos propuestos para la primera votación son tres y se diera el supuesto del inc. f), las nuevas votaciones se deben hacer sobre los dos candidatos más votados en ella.

”La designación se efectuará por resolución conjunta suscripta por los presidentes de ambas cámaras y será publicada en el Boletín Oficial”.

⁸⁸ Fuente: www.juntaelectoral.gba.gov.ar.

⁸⁹ Art. 62 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “Habrá una Junta Electoral permanente, integrada por los presidentes de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal de Cuentas y de tres Cámaras de Apelación del Departamento de la Capital, que funcionará en el local de la Legislatura, bajo la presidencia del primero. En caso de impedimento serán reemplazados por sus sustitutos legales”.

⁹⁰ Art. 63 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “Corresponderá a la Junta Electoral:

La Junta Electoral está integrada por los presidentes de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal de Cuentas y de tres Cámaras de Apelación del Departamento Judicial Capital. Los primeros presiden el organismo. Dichos funcionarios, en virtud del cargo que detentan, asumen automáticamente otra función, por lo que se los denomina cargos por acesión⁹¹. Su composición es mixta, ya que cuatro de sus miembros pertenecen al Poder Judicial y uno de ellos al Poder Ejecutivo, si bien la Constitución garantiza de alguna manera su independencia⁹².

Actualmente, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través de acuerdo 3302 del 20 de diciembre de 2007, invocando las atribuciones reglamentarias mencionadas en el art. 162 de la Constitución provincial, determina la recomposición de la Junta Electoral incorporando al presidente de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata, manteniendo la del presidente de la Cámara de Apelación y Garantías de La Plata y estableciendo un orden anual rotativo para los presidentes de las Cámaras 1ª y 2ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la misma ciudad⁹³.

La ley 5109 Electoral de la Provincia de Buenos Aires, en su capítulo III, reglamenta la conformación de la Junta Electoral, la que, tal como señala la Constitución, debe ser un organismo permanente⁹⁴.

Esta permanencia supone la conformación de una estructura funcional con cuadros de personal destinados a dicha tarea, más allá de la previsión constitucional de contar con el auxilio del Ministerio Público y los secretarios de las Cámaras de Apelación y de la Suprema Corte⁹⁵.

⁹¹ 1- formar y depurar el registro de electores;

⁹² 2- designar y remover los electores encargados de recibir los sufragios;

⁹³ 3- realizar los escrutinios, sin perjuicio de lo que disponga la Legislatura en el caso de resolver la simultaneidad de las elecciones nacionales y provinciales;

⁹⁴ 4- juzgar de la validez de las elecciones;

⁹⁵ 5- diplomar a los legisladores, municipales y consejeros escolares, quienes con esa credencial, quedarán habilitados para ejercer sus respectivos mandatos.

"Estas atribuciones y las demás que le acuerde la Legislatura, serán ejercidas con sujeción al procedimiento que determine la ley".

⁹¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 101, parág. 870.

ESCOLA, Héctor J., *Tratado integral de los contratos administrativos*, vol. II: "Parte especial", Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 374.

⁹² El art. 159 prevé su inamovilidad y remoción a través del jurado de enjuiciamiento.

⁹³ La solicitud de incorporación del presidente de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata a la Junta Electoral en un principio fue rechazada por el propio organismo, lo que generó una presentación de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires planteando conflicto de poderes en los términos del art. 161, inc. 2º de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, dicha cuestión fue declarada abstracta atento a la emisión del acuerdo 3302 del 20/12/2006 (resolución del 27/12/2006 en causa B 68.953, "Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de La Plata v. Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires s/conflicto de poderes").

⁹⁴ Art. 14, ley 5109: "Habrá una Junta Electoral permanente, integrada por los presidentes de la Suprema Corte de Justicia, del Tribunal de Cuentas y de tres Cámaras de Apelación del Departamento de la Capital o sus sustitutos en caso de impedimento".

⁹⁵ Cfr. lo dispone el art. 64 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y lo reitera el art. 20, inc. i, ley 5109.

El personal (incluidos los secretarios) debe ser designado por el Poder Ejecutivo a propuesta de la Junta Electoral⁹⁶.

En este sentido, el art. 17⁹⁷, ley 5109 dispone la designación de dos secretarios y el art. 18⁹⁸, la asignación de personal permanente a través de la ley de presupuesto. Así también se prevé una partida especial en esa ley para gastos generales y para remunerar de manera diferenciada a sus miembros de los demás cargos similares⁹⁹.

La determinación de la naturaleza de este organismo resulta trascendente para precisar cuál es el mecanismo de control de sus actos, ya que si éste es un ente administrativo (independientemente de la presencia de miembros del Poder Judicial en su conducción) en ejercicio de función administrativa, sus decisiones constituyen actos administrativos sujetos a control judicial por el fuero especializado competente, esto es, el contencioso administrativo.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, con anterioridad a la puesta en funcionamiento del fuero contencioso administrativo, declaró su incompetencia para entender tanto en recursos extraordinarios como a través de su competencia originaria ordinaria para entender en las impugnaciones contra las decisiones de la Junta Electoral.

Con posterioridad a la implementación de la justicia descentralizada, el Máximo Tribunal provincial mantuvo su postura, aunque la decisión no es unánime, ya que el Dr. Soria sostiene la judiciabilidad de los actos emitidos por la Junta Electoral que, por ser de naturaleza administrativa, competen al fuero especializado¹⁰⁰, sin perjuicio de la competencia de cualquier juez frente a una acción de amparo.

⁹⁶ Art. 20, inc. g), ley 5109: "Proponer al Poder Ejecutivo el nombramiento y remoción de los secretarios, así como de todo el personal permanente que le asigne el Presupuesto General de la Administración".

⁹⁷ Art. 17 (texto según ley 6757), ley 5109: "La Junta dispondrá de dos (2) secretarios, cuyas funciones reglamentará y que gozarán de una retribución mensual que fije el Presupuesto General".

⁹⁸ Art. 18, ley 5109: "La Ley de Presupuesto establecerá el personal permanente de la Junta. Cuando fuera necesario más personal para los actos preparatorios de la Elección o para realizar el escrutinio, el Poder Ejecutivo proveerá a solicitud de la Junta, tomándolo del de la Administración".

⁹⁹ Art. 19, ley 5109: "En la Ley de Presupuesto se indicará una partida para gastos generales de la Junta como asimismo se fijará a sus miembros, en los cargos permanentes que desempeñen, una remuneración diferenciada de los demás cargos similares".

¹⁰⁰ En resolución del 29/7/2005 en la causa B.68.316, "Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires v. Juzgado en lo Contencioso Administrativo n. 1 de La Plata s/conflicto de poderes", la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires resuelve un planteo de la Junta Electoral invocando el cauce previsto en el art. 161, inc. 2º de la Constitución provincial para cuestionar una medida cautelar en el marco de un amparo dispuesta por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo n. 1 de La Plata. El Máximo Tribunal, en primer lugar, admite la vía intentada y luego por mayoría, aunque con variedad de votos, decide declarar la competencia del organismo y no del juzgado, destacando la irrevisabilidad judicial de las decisiones de la Junta Electoral.

A igual resultado y decisión arribó la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires en resolución del 12/10/2005 en autos Ac. 96.372, "Bonino, Carlos v. Provincia de Buenos Aires Honorable Junta Electoral. Recurso de queja", con la diferencia de que aquí se trataba de una queja contra los actos de denegación de la Junta Electoral de sendos recursos extraordinarios de inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la ley. Aquí el Dr. Soria, en consonancia con su postura de considerar actos administrativos a los emanados del organismo, mantuvo sus fundamentos pero, teniendo en cuenta la vía intentada, consideró que ésta no era apta para cuestionar los actos controvertidos.

Señala la necesidad de evitar toda interpretación que conduzca a la privación del control judicial suficiente conforme a las garantías consagradas por los arts. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 18 de la Constitución Nacional, 8° y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, con cita de doctrina de la Corte Suprema de Fallos 247:646, "Fernández Arias v. Poggio, José" y causa A.126.XXXVI, "Ángel Estrada y Cía.", en donde el Máximo Tribunal federal define los alcances de lo que debe entenderse por control judicial suficiente.

Por otro lado, la Suprema Corte de Justicia ha aceptado tácitamente la naturaleza administrativa del órgano, al resolver cuestiones derivadas de la relación de empleo público del personal de la Junta Electoral¹⁰¹, cuestión que en principio no parece dudosa si tenemos en cuenta que dicho personal debe ser designado por el Poder Ejecutivo, situación que, si bien es estructural, coadyuva a definir la naturaleza del organismo.

Respecto de los funcionarios que conducen la Junta, esto es, el presidente de la Suprema Corte de Justicia y de cada una de las Cámaras mencionadas, si bien su condición de funcionarios públicos no se adquiere con el cargo al que acceden por detentar otro, cabe señalar que la función adicional hace variar la extensión y características de sus vínculos como funcionarios, ya que la relación genera diversos derechos y obligaciones que hacen a su condición de agentes¹⁰².

2.4.2. Consejo de la Magistratura

La reforma constitucional provincial en el año 1994 incorpora en su art. 175¹⁰³ a un órgano cuya competencia esencial es la de seleccionar a quienes integrarán las ternas para jueces y miembros del Ministerio Público sobre las cuales elegirá el gobernador y prestará acuerdo el Senado.

¹⁰¹ Cfr. Sup. Corte Bs. As., 7/7/1992, B 51.252, "Morales Carlos Alberto v. Provincia de Buenos Aires Junta Electoral Coadyuvante: González Refojo, E. M. s/demanda contencioso administrativa".

¹⁰² V.gr. licencias, compensación de gastos, incompatibilidades o, como en el caso de la causa B 68.953 "Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata v. Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires s/conflicto de poderes", el derecho a acceder al cargo.

¹⁰³ Art. 175 de la Constitución provincial: "Los jueces de la Suprema Corte de Justicia, el procurador y el subprocurador general, serán designados por el Poder Ejecutivo, con acuerdo del Senado, otorgado en sesión pública por mayoría absoluta de sus miembros.

"Los demás jueces e integrantes del Ministerio Público serán designados por el Poder Ejecutivo, de una terna vinculante propuesta por el Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado otorgado en sesión pública.

"Será función indelegable del Consejo de la Magistratura seleccionar los postulantes mediante procedimientos que garanticen adecuada publicidad y criterios objetivos predeterminados de evaluación.

"Se privilegiará la solvencia moral, la idoneidad y el respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos.

"El Consejo de la Magistratura se compondrá, equilibradamente, con representantes de los poderes Ejecutivo y Legislativo, de los jueces de las distintas instancias y de la institución que regula la matrícula de los abogados en la Provincia. El Consejo de la Magistratura se conformará con un mínimo de quince miembros. Con carácter consultivo, y por departamento judicial, lo integrarán jueces y abogados; así como personalidades académicas especializadas.

"La ley determinará sus demás atribuciones, regulará su funcionamiento y la periodicidad de los mandatos".

A diferencia de su símil nacional, éste no tiene competencia para destituir, ya que desde el año 1873 la Constitución de la Provincia de Buenos Aires prevé que dicha atribución corresponde a un organismo específico, el Jurado de Enjuiciamiento. Tampoco puede ejercer potestad disciplinaria alguna respecto de los jueces y miembros del Ministerio Público, ya que la Carta provincial sólo señala como atribución de este organismo desarrollar el concurso de selección de postulantes y elaborar las ternas sobre las cuales deben elegirse los futuros jueces y miembros del Ministerio Público¹⁰⁴.

No obstante lo expuesto, la ley 13.553 dispuso que este órgano deberá implementar, organizar y dirigir la Escuela Judicial¹⁰⁵.

El Consejo de la Magistratura no parece integrar la estructura funcional de ninguno de los tres poderes si bien su actividad está vinculada al Poder Judicial.

Sus características indican que se trata de un órgano extrapoder, cuya cabeza está conformada por funcionarios pertenecientes a los tres poderes y a una persona pública no estatal, como lo es el Colegio de Abogados¹⁰⁶.

Refuerza esta interpretación la asignación legal de competencias organizacionales. En este sentido, la ley 11.868 le atribuyó potestad para elaborar su propio presupuesto con asignación específica por la Legislatura¹⁰⁷, para nombrar a su propio personal¹⁰⁸, para controlar los títulos de sus miembros¹⁰⁹ y removerlos en caso de corresponder¹¹⁰.

¹⁰⁴ Tercer párrafo del art. 175 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "Será función indelegable del Consejo de la Magistratura seleccionar los postulantes mediante procedimientos que garanticen adecuada publicidad y criterios objetivos predeterminados de evaluación".

¹⁰⁵ Art. 22, inc. 10 (incorporado por ley 13.553), ley 11.868: "Crear, organizar y dirigir la Escuela Judicial, la que establecerá métodos teóricos, prácticos e interdisciplinarios de preparación, motivación y perfeccionamiento para el acceso y el ejercicio de las funciones judiciales. Deberá contemplar una organización descentralizada, con representación en cada Departamento Judicial y garantizará la pluralidad académica, doctrinaria y jurisprudencial".

¹⁰⁶ Cuarto párrafo del art. 175 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "El Consejo de la Magistratura se compondrá, equilibradamente, con representantes de los poderes Ejecutivo y Legislativo, de los jueces de las distintas instancias y de la institución que regula la matrícula de los abogados en la Provincia. El Consejo de la Magistratura se conformará con un mínimo de quince miembros. Con carácter consultivo, y por departamento judicial, lo integrarán jueces y abogados; así como personalidades académicas especializadas".

¹⁰⁷ Inc. 9º, art. 22, ley 11.868: "Preparar y ejecutar su propio presupuesto de gastos con las partidas que le asigne la Ley de Presupuesto".

¹⁰⁸ Art. 5º, ley 11.868: "El Consejo será asistido por un Secretario, por un Prosecretario, y por el personal que el propio Cuerpo designe. Serán sus funciones las que establezca esta ley y la reglamentación que dicte el Consejo".

Inc. 6º, art. 22, ley 11.868: "Designar al Secretario del Consejo, Prosecretario y auxiliares".

¹⁰⁹ Inc. 2º, art. 22, ley 11.868: "Aprobar los títulos de los consejeros. En caso de advertir irregularidades o vicios en alguno de ellos los remitirá al órgano del que emana con una memoria de las objeciones, quedando librada la resolución final al propio Consejo".

¹¹⁰ El art. 18, ley 11.868, atribuye competencia para suspender y remover a sus miembros como veremos con más detalle en el texto.

La ley ha dispuesto elevar el piso constitucional de quince miembros a dieciocho¹¹¹. La cobertura de los cargos de conducción se produce por nombramiento en el caso del Poder Ejecutivo¹¹² y por elección en el caso del representante de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires¹¹³ —que además será el presidente del Consejo¹¹⁴—, de la Legislatura¹¹⁵, de los representantes de los jueces y del Ministerio Público¹¹⁶.

¹¹¹ Art. 1° (texto según ley 13.553), ley 11.868: “Conformación. El Consejo de la Magistratura tendrá su sede en la ciudad de La Plata y estará conformado por dieciocho (18) miembros. Los miembros del Consejo, a excepción del Consejero representante de la Suprema Corte de Justicia, permanecerán en sus cargos durante cuatro (4) años, con renovación parcial cada bienio. Una vez constituido se sortearán por estamento los miembros que deban cesar en el primer período”. Primer párrafo del art. 3° (texto según ley 13.553), ley 11.868: “El Consejo estará integrado por un (1) Ministro de la Suprema Corte de Justicia, un (1) Juez de Cámara; un (1) Juez de Primera o Única Instancia y un (1) miembro del Ministerio Público; seis (6) representantes del Poder Legislativo; cuatro (4) representantes del Poder Ejecutivo y cuatro (4) representantes del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires”.

¹¹² Art. 14, ley 11.868: “Representantes del Poder Ejecutivo. El Poder Ejecutivo estará representado por los consejeros titulares y suplentes que designe el Gobernador de la Provincia”.

¹¹³ Primer párrafo del art. 11 (texto según ley 13.553), ley 11.868: “Forma de elección. Del Ministro de la Suprema Corte de Justicia. La Suprema Corte de Justicia designará por Acuerdo especialmente convocado al efecto al Ministro que integrará el Consejo en su representación. Durará en el cargo dos (2) años pudiendo ser reelecto por un período. Si han sido reelectos no podrán ser elegidos nuevamente sino con intervalo de un período”.

¹¹⁴ Segundo párrafo del art. 3° (texto según ley 13.553), ley 11.868: “La Presidencia del Consejo será desempeñada por el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia que lo integre”.

¹¹⁵ Art. 13, ley 11.868: “Representantes de las Cámaras Legislativas. Las Cámaras de Diputados y Senadores, en sesiones convocadas al efecto, designarán de entre sus miembros en la forma que determinen sus respectivos Reglamentos, a sus representantes consejeros titulares y suplentes. En la integración se dará participación a la minoría”.

¹¹⁶ Art. 10 (texto según ley 13.553), ley 11.868: “La Suprema Corte de Justicia convocará a la elección de los representantes de los jueces y sus suplentes. En cada Departamento Judicial se formará un padrón de votantes electores integrado por todos los jueces en servicio activo, entendiéndose por tales sólo los que ejercen funciones jurisdiccionales. Los Magistrados integrantes del Poder Judicial y del Ministerio Público estarán representados por un Ministro de la Suprema Corte de Justicia, un (1) Juez de Cámara, uno (1) de Primera o Única Instancia y a un (1) miembro del Ministerio Público”.

Segundo párrafo del art. 11 (texto según ley 13.553): “Los Jueces de cada Departamento Judicial elegirán por mayoría simple mediante voto directo, secreto y obligatorio dos (2) representantes, que serán un (1) Juez de Cámara y un (1) Juez de Primera o Única Instancia, los que se reunirán con los representantes de los demás Departamentos Judiciales en Colegio Electoral y procederán a elegir de entre sus miembros, y por el voto de las dos terceras partes de ellos: a un (1) Juez de Cámara, a uno (1) de Primera o Única Instancia con sus respectivos suplentes.

”La Suprema Corte de Justicia determinará el lugar y fecha de la celebración de las elecciones departamentales y del Colegio Electoral.

”Del Magistrado del Ministerio Público. Los Magistrados del Ministerio Público de cada Departamento Judicial elegirán por mayoría simple mediante voto directo, secreto y obligatorio un (1) miembro del Ministerio Público local, los que se reunirán con los representantes de los demás Departamentos Judiciales en Colegio Electoral y procederán a elegir de entre sus miembros y por el voto de las dos terceras partes de ellos a un (1) miembro del Ministerio Público con su respectivo suplente.

”La Procuración General de la Suprema Corte de Justicia determinará el lugar y fecha de la celebración de las elecciones departamentales y del Colegio Electoral”.

Con anterioridad a la reforma por ley 13.553, el representante de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires era presidente, por lo que constituía un cargo por accesión cuya duración dependía del cargo precedente; con la nueva ley es de dos años, con posibilidad de ser reelecto por un período más¹¹⁷, de la misma manera que el vicepresidente del Consejo de la Magistratura, quien lo reemplaza en las situaciones previstas¹¹⁸, aunque aquí nada dice sobre las posibilidades de reelección en tal función y sus límites.

Salvo el supuesto del ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, el resto de los consejeros durarán en sus cargos cuatro años¹¹⁹.

La ley establece las condiciones que deben reunir los consejeros para integrarlo¹²⁰. Los representantes del Poder Judicial, Colegio de Abogados y Poder Ejecutivo deben cumplir con los requisitos para ser miembro de la Suprema Corte, previstos en el art. 177 de la Constitución. Tales son: haber nacido en territorio argentino o ser ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero, título de abogado, como mínimo 30 años de edad y como máximo 70, diez años de ejercicio en la profesión de abogado o en el desempeño de alguna magistratura.

En cambio, la ley remite al art. 182 de la Constitución Nacional para determinar los requisitos de los representantes de la Legislatura; este artículo, destinado a la conformación del Jurado de Enjuiciamiento, a diferencia del resto de los integrantes, prevé como única condición que los legisladores que lo integran posean título de abogado.

El inc. 2º, art. 22, ley 11.868¹²¹, atribuye al Consejo competencia para aprobar los títulos de los consejeros y remitir a los organismos de los que provienen una

¹¹⁷ Cfr. primer párrafo del art. 11, ley 11.868, citado.

¹¹⁸ Art. 4º, ley 11.868: "El Consejo elegirá por mayoría simple un consejero como Vicepresidente por dos (2) años. Sustituirá al Presidente en su ausencia; y también en caso de muerte, renuncia o remoción hasta que la Suprema Corte designe el nuevo miembro, quien asumirá como Presidente conforme a lo dispuesto en el art. 3º".

¹¹⁹ Art. 6º (texto según ley 13.553), ley 11.868: "Permanencia en el cargo. Los consejeros titulares y suplentes se desempeñarán durante el plazo establecido en el art. 1º, mientras dure su buena conducta, siempre que mantengan la condición que tenían al ser elegidos o designados como integrantes del órgano, colegio o estamento del cual provengan.

"Podrán ser reelectos por un nuevo período a cuyos efectos se computará el mandato que hayan ejercido por cualquier órgano, colegio o estamento. Si han sido reelectos no podrán ser elegidos nuevamente sino con intervalo de un período.

"El mandato de los consejeros suplentes finaliza simultáneamente con el del respectivo titular cualquiera sea la causa del cese del mismo.

"Cualquiera sea su procedencia, los Consejeros no podrán ser designados como magistrados o miembros del Ministerio Público, mientras se desempeñen como tales y hasta que concluya el período para el cual fueran electos.

"El aspirante que haya sido designado para un cargo en el cual hubiera intervenido el Consejo de la Magistratura para su selección, no podrá postularse para cubrir otro, hasta tanto no hubieran transcurrido dos (2) años contados a partir de la toma de posesión del mismo".

¹²⁰ Art. 2º (texto ley 12.892), ley 11.868: "Condiciones de los miembros. La designación como Consejero permanente o con funciones consultivas, deberá recaer en personas que reúnan los requisitos de los arts. 177 y 181 de la Constitución Provincial para ser juez de la Suprema Corte, con excepción de los representantes de las Cámaras Legislativas quienes deberán reunir los requisitos previstos en el art. 182 de la Constitución Provincial".

¹²¹ Inc. 2º, art. 22, ley 11.868: "Aprobar los títulos de los consejeros. En caso de advertir irregularidades o vicios en alguno de ellos los remitirá al órgano del que emana con una memoria de las objeciones, quedando librada la resolución final al propio Consejo".

memoria de las objeciones, sin que ello menoscabe la exclusividad para admitir, o no, a sus miembros.

El art. 6°, en su cuarto párrafo, dispone una inhabilidad funcional para la totalidad de los consejeros, al prohibir la designación de éstos como magistrados o miembros del Ministerio Público mientras duren sus mandatos¹²². La prescripción prohíbe expresamente sólo la designación; nada dice de la posibilidad de concursar por un cargo y rendir los exámenes respectivos. Consideramos que resulta lógico extender dicha veda a la imposibilidad de postularse, ya que la cuestión no resulta indiferente, porque la participación en un proceso de selección permite, en caso de aprobar, considerar dicho examen como aprobado en todos los concursos para cargos semejantes por el transcurso de dos años desde la fecha de aprobación. La postulación y participación en un proceso de selección es el necesario antecedente de la conformación de la terna vinculante que resulta, a su vez, requisito previo ineludible para el nombramiento por parte del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Esta relación lógica supone entender que si la prohibición existe para el órgano externo que realiza la designación, ésta lógicamente debe extenderse a los actos que realice el propio Consejo de la Magistratura en las etapas del proceso en las que participa, es decir, en la de habilitar a los postulantes, corregir sus exámenes y elegirlos para conformar las ternas que deben elevarse al Poder Ejecutivo.

También debe hacerse extensiva la prohibición a los consejeros consultivos designados en los términos del art. 16¹²³, ya que éstos intervienen activamente en el proceso de selección aunque, según el art. 20¹²⁴, con voz y sin voto en la evaluación.

El encabezado del art. 18¹²⁵ no permite la recusación, aun con causa, pero exige la excusación cuando causas graves impidan intervenir al consejero en la evaluación del postulante; la norma expresa que lo deberá hacer en los términos del art. 30 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires. Esta norma, por un lado, remite a las causales previstas en el art. 17, CPCC Bs. As., y por el otro, habilita como causal genérica la de apartarse del asunto cuando existieren motivos de decoro o delicadeza.

Luego, el mismo art. 18¹²⁶ estipula las causales para remoción de los consejeros por el propio organismo por alguna tacha o por incapacidad o incompatibilidad so-

¹²² Cuarto párrafo del art. 6° (según ley 13.553), ley 11.868: "Cualquiera sea su procedencia, los Consejeros no podrán ser designados como magistrados o miembros del Ministerio Público, mientras se desempeñen como tales y hasta que concluya el período para el cual fueran electos".

¹²³ Art. 16, ley 11.868: "Representantes del ámbito académico. Anualmente, el Consejo por el voto de la mayoría absoluta elegirá hasta diez (10) consejeros consultivos que serán personalidades de reconocido mérito académico".

¹²⁴ Art. 20, ley 11.868: "Intervención de los miembros consultivos. Cuando el consejo deba decidir sobre el resultado de las evaluaciones, serán oídos los miembros consultivos académicos y los del Departamento Judicial que corresponda, quienes tendrán voz, pero no voto".

¹²⁵ Primer párrafo del art. 18, ley 11.868: "Excusación, remoción, suspensión. Los miembros del Consejo no podrán ser recusados, pero deberán excusarse cuando causas graves les impidan intervenir en la evaluación de un postulante, en los términos del art. 30 del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, que regirá supletoriamente".

¹²⁶ Segundo, tercer y cuarto párrafos del art. 18, ley 11.868: "El Consejo por el voto de las dos terceras partes de sus miembros y previa audiencia del interesado, podrá disponer la remoción de alguno de sus integrantes, en los siguientes casos:

"a) No reunir las condiciones que la Constitución y las leyes determinan para el ejercicio del cargo.

breviviente. Señala tres supuestos: el primero de ellos prevé la exclusión de aquellos que no reúnan las condiciones que la Constitución y las leyes determinan para el ejercicio del cargo.

El inciso se refiere a las condiciones para el ejercicio del cargo, pero si dichos integrantes, por alguna circunstancia, dejan de detentar su condición de base, esto es jueces, miembros del Ministerio Público, legisladores o abogados, tampoco podrán desempeñar la de consejeros por ser antecedente necesario para aquél.

El inc. b) expone conductas reprochables en el ejercicio de la función y el inc. c), la ocurrencia de ausencias injustificadas reiteradas, cuantificando las inasistencias que motivan la decisión.

A través del art. 7º¹²⁷ se reconoce a los consejeros una suma de dinero como compensación en concepto de viáticos, traslados o gastos.

2.4.3. Jurado de Enjuiciamiento

Desde 1873, la Constitución de la provincia dispuso la conformación de un órgano no permanente para juzgar a los jueces de Cámara de Apelación y de primera instancia.

Originariamente debía integrarse con doce miembros; de ese total, siete diputados y cinco senadores, todos debían ser profesores de Derecho y, en caso de no haberlos, se integraría con letrados que tuvieran las condiciones necesarias para ser electos senadores y, obviamente, con la misma exigencia académica.

A partir de la Constitución provincial de 1934 y, hasta la actualidad, el organismo tiene una composición mixta, ya que debe integrarse con cinco legisladores y cinco abogados bajo la presidencia del ministro, que ejerce a su vez la presidencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires. Además de juzgar a los jueces de primera instancia y de Cámara, tiene competencia respecto de los miem-

¹²⁶b) Incurrir en falta grave en el ejercicio de su función. Para su consideración se tendrá en cuenta entre otras razones, la incompetencia o negligencia reiteradamente demostrada y la omisión de excusarse en los casos a que alude el primer párrafo del presente artículo.

¹²⁷c) Las incomparecencias injustificadas de los consejeros durante tres (3) reuniones sucesivas o diez (10) alternadas en el transcurso de un (1) año”.

”En tales supuestos, como así también en los casos de impedimento, incapacidad sobreviniente, u otro motivo que impida a cualquier integrante del consejo cumplir con su cometido, será reemplazado por el miembro suplente designado conforme a lo establecido en la presente ley.

”Corresponderá la suspensión del Consejero Titular y su inmediato reemplazo por el miembro suplente designado al efecto, cuando resultare imputado por la comisión de delito doloso y quedare firme el auto de procesamiento a su respecto. De igual manera se procederá cuando mediare acusación contra un Consejero, magistrado o funcionario judicial y el jurado del enjuiciamiento hubiere dispuesto la suspensión en el ejercicio de su cargo. La condena firme o destitución, respectivamente, constituirá causal de remoción, asumiendo en tal caso la titularidad, en forma definitiva, el respectivo suplente”.

¹²⁷ Art. 7º, ley 11.868: “Compensaciones de los consejeros. La función del consejero no será remunerada, pero se reconocerán adecuadamente las debidas compensaciones por viáticos, traslados o gastos.

”A tal fin y para los gastos generales la Ley de Presupuesto establecerá las partidas necesarias, como así también determinará la planta de personal permanente del Consejo”.

bros del Ministerio Público y del Tribunal de Cuentas. En la reforma constitucional de 1994 su constitución y competencia se encuentran reguladas en el art. 182¹²⁸.

Las características del organismo se han modificado sustancialmente a partir de la vigencia de la ley 13.661, ya que, si bien el jurado debe ser designado para cada juicio, la ley dispone la conformación de una estructura organizacional estable, con un secretario, prosecretario y cuerpo de instructores propios. Se asigna una partida presupuestaria específica y un lugar físico para su funcionamiento.

Con el anterior régimen, el organismo no tenía personal propio sino que podía contar con el perteneciente al de la Legislatura y al del Poder Judicial¹²⁹, ya que el presidente del Jurado estaba habilitado para requerir tanto taquígrafos como empleados necesarios a los presidentes de ambas Cámaras y al Poder Judicial; en este caso, por decisión de la Corte a pedido de su presidente en ejercicio de la presidencia del Jurado de Enjuiciamiento.

El secretario del cuerpo pertenecía a la planta del Poder Judicial y permanecía en el cargo el tiempo que lo hacía el presidente en ejercicio¹³⁰.

En cambio, la ley 13.661 crea una secretaría permanente¹³¹ y destina un capítulo para su regulación. Ésta estará a cargo de un secretario y contará con tres prosecretarios. También prevé un cuerpo de instructores¹³².

Los integrantes del organismo deben ser elegidos por el voto de la mayoría de la Cámara de Senadores y no deben integrar la planta funcional de la Cámara. En el

¹²⁸ Art. 182 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "Los jueces de las Cámaras de Apelación y de primera instancia y los miembros del Ministerio Público pueden ser denunciados o acusados por cualquiera del pueblo, por delitos o faltas cometidas en el desempeño de sus funciones, ante un jurado de once miembros que podrá funcionar con número no inferior a seis, integrado por el presidente de la Suprema Corte de Justicia que lo presidirá, cinco abogados inscriptos en la matrícula que reúnan las condiciones para ser miembro de dicho tribunal, y hasta cinco legisladores abogados".

¹²⁹ Art. 52, ley 8085: "El Presidente del Jurado requerirá los taquígrafos o empleados que fueran necesarios, de los Presidentes del Senado y Cámara de Diputados y del Poder Judicial. Tanto los taquígrafos como los empleados prestarán sus servicios sin derecho a remuneración extraordinaria alguna".

¹³⁰ Art. 9° (texto según ley 13.086), ley 8085: "El Jurado actuará con un Secretario, que será designado por el Presidente de la Suprema Corte, y deberá ejercer el cargo de Secretario o Subsecretario dentro del Máximo Tribunal de Justicia.

"El Secretario permanecerá en el cargo durante el período en que el Presidente ejerza su función, y sus deberes son...".

¹³¹ Art. 7°, ley 13.661: "La Secretaría Permanente del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios funcionará en la sede prevista en el art. 57 de la presente ley.

"Estará a cargo de un Secretario y tres (3) Prosecretarios designados por el voto de la mayoría de la Cámara de Senadores de fuera de su seno.

"Para ser designado Secretario se deberá reunir los requisitos exigidos para ser Juez de Cámara".

¹³² Art. 10, ley 13.661: "De la Secretaría Permanente del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios dependerá el Cuerpo de Instructores del Jurado de Enjuiciamiento, designados conforme el procedimiento dispuesto por el art. 7° de la presente ley e integrado por funcionarios que deberán poseer el título de abogado.

"Los Instructores observarán, en lo que resulte aplicable las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, debiendo cumplir con las diligencias probatorias que disponga el Jurado de Enjuiciamiento. El desempeño de dicho cargo será incompatible con el ejercicio de la profesión de abogado".

caso del secretario y los prosecretarios, el ejercicio de la función es temporal, por el término de dos años¹³³ nada dice la ley sobre la posibilidad de reelección.

El secretario debe reunir las condiciones para ser juez de Cámara, esto es, haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero, ser abogado, tener 30 años y seis de ejercicio profesional de abogado o en el desempeño de alguna magistratura¹³⁴. Los instructores deben ser abogados.

Atento a que los prosecretarios deben reemplazar al secretario en caso de impedimento, debe entenderse que éstos también deben reunir los mismos requisitos que éste para ejercer el cargo.

El art. 57¹³⁵ dispone que tendrá una sede que debe proveer la Cámara de Senadores. También dispondrá de una partida presupuestaria¹³⁶.

La ley 13.661 regula la forma de selección de abogados y legisladores en su texto y su remoción en caso de ausencias injustificadas en el art. 13¹³⁷; también establece que serán aplicables las causales de recusación y excusación previstas en el Código Procesal Penal¹³⁸.

2.5. Organismos regulados constitucionalmente dentro del sistema educativo

2.5.1. Dirección General de Cultura y Educación

Como ya expresáramos precedentemente, si bien el director general de Educación y Cultura es equiparado por la Constitución provincial al rango de ministro, el

¹³³ Art. 8º, ley 13.661: "El Secretario y los Prosecretarios durarán dos (2) años en sus funciones y podrán ser removidos por mayoría de los miembros del Senado.

"En caso de recusación, excusación o impedimento transitorio del Secretario, será reemplazado por uno de los Prosecretarios; de no ser posible el reemplazo por las causales enunciadas en esta ley, el Jurado designará a su reemplazante de entre los integrantes de una lista confeccionada bianualmente por la Presidencia del Senado, la que será comunicada a la Presidencia de la Corte y de la Cámara de Diputados".

¹³⁴ Cfr. art. 175, primer párrafo de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

¹³⁵ Art. 57, ley 13.661: "El Jurado de Enjuiciamiento tendrá su sede y sesionará en dependencias de la Cámara de Senadores de la Provincia".

¹³⁶ Art. 61, ley 13.661: "Autorízase al Poder Ejecutivo a destinar una partida del Presupuesto General de la Provincia para la implementación y funcionamiento del Jurado de Enjuiciamiento de Magistrados y Funcionarios".

¹³⁷ Art. 13, ley 13.661: "En los casos de inasistencia reiterada e injustificada de sus miembros, el Jurado comunicará tal situación a la Cámara respectiva propiciando su remoción y reemplazo y la aplicación de una multa cuyo monto no podrá exceder de una dieta la que será puesta a disposición de la Dirección General de Cultura y Educación, para el supuesto de Jurados Legisladores.

"Si se tratara de los restantes miembros, el Jurado, procederá a su remoción la que comunicará a la Suprema Corte de Justicia solicitando su reemplazo y proponiendo su remoción de la lista de conjueces y al Colegio de Abogados propiciando su suspensión en el ejercicio de la profesión por el término de un (1) mes a un (1) año".

¹³⁸ Primer párrafo del art. 14, ley 13.661: "Los jurados son recusables y pueden excusarse por las causales establecidas en el Código Procesal Penal".

art. 201¹³⁹ prevé una forma especial y rigurosa de nombramiento, ya que el Poder Ejecutivo para designarlo requiere necesariamente acuerdo del Senado¹⁴⁰.

A diferencia de los ministros, para cuyo nombramiento se exigen las condiciones para ser diputado —art. 148 de la Constitución provincial—, se requieren las cualidades para ser senador pero, además de ello se exige en forma expresa idoneidad en la gestión educativa.

La Carta provincial estipula un plazo de cuatro años para ejercer su mandato y la posibilidad de ser reelecto.

Su remoción no podrá realizarse sin respetar el requisito del acuerdo del Senado, tal lo preceptuado en el último párrafo del art. 146 de la Constitución provincial.¹⁴¹

También la reglamentación legal mantiene la distinción, ya que su regulación la encontramos en la ley 13.688 Provincial de Educación y no en la Ley de Ministerios.

La Ley Provincial de Educación, a través del art. 66¹⁴², replica los requisitos y las condiciones previstas en el art. 201 de la Constitución, aclara que su equiparación con los ministros incluye su retribución; así también, consagra una incompatibilidad absoluta para ejercer cualquier función pública para cualquier cargo, remunerado o no. A diferencia del art. 53 de la Constitución provincial, la incompatibilidad parcial para el ejercicio de la docencia es más restrictiva, ya que sólo permite la universitaria. El art. 67¹⁴³ remite para regular su remoción al procedimiento previsto en el art. 146 de la Constitución provincial.

2.5.2. Consejo General de Cultura y Educación

La Constitución otorga a la Dirección General de Cultura y Educación naturaleza de ente autárquico, pero no termina allí la regulación estructural de dicho organismo, ya que precisa dentro del ente dos organismos específicos, éstos son el

¹³⁹ Primer párrafo del art. 201 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "El gobierno y la administración del sistema cultural y educativo provincial, estarán a cargo de una Dirección General de Cultura y Educación, autárquica y con idéntico rango al establecido en el art. 147".

¹⁴⁰ Segundo párrafo del art. 201 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "La titularidad del mencionado organismo será ejercida por un director general de Cultura y Educación, designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Durará cuatro años en su mandato pudiendo ser reelecto, deberá ser idóneo para la gestión educativa y cumplir con los mismos requisitos que para ser senador".

¹⁴¹ Último párrafo del art. 146 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "Ninguno de los funcionarios para cuyo nombramiento se requiere el acuerdo o propuesta por terna de alguna de las Cámaras, podrá ser removido sin el mismo requisito. Exceptúense los funcionarios para cuya remoción esta Constitución establece un procedimiento especial".

¹⁴² Art. 66, ley 13.688: "El Director General de Cultura y Educación debe reunir los requisitos exigidos para ser Senador. Es designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado, dura cuatro (4) años en su mandato, puede ser reelecto y debe ser idóneo para la gestión educativa. El ejercicio del cargo es incompatible con el de toda otra función pública, con excepción del desempeño en la docencia universitaria y gozará de un sueldo igual al fijado por el presupuesto para el cargo de Ministro Secretario del Poder Ejecutivo. El Director General de Cultura y Educación es personalmente responsable del manejo de los bienes que administra".

¹⁴³ Art. 67, ley 13.688: "El Director General de Cultura y Educación podrá ser removido por el procedimiento establecido en el art. 146 de la Constitución de la Provincia".

Consejo General de Cultura y Educación, en el art. 202, y los consejos escolares, en el art. 203.

El primero de ellos está integrado por diez miembros designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Diputados. Seis de ellos por iniciativa del gobernador y cuatro a propuesta de los docentes en ejercicio, conformación que es replicada en el art. 97, ley 13.688¹⁴⁴. El término para desempeñar su cargo es de un año, pudiendo ser reelectos. La remoción puede hacerse de acuerdo con la regla consagrada en el art. 146 de la Constitución provincial, conforme lo dispone el art. 98, ley 13.688¹⁴⁵.

Esta ley precisa aún más las condiciones para el desempeño de la función, garantizando su remuneración¹⁴⁶ y su antigüedad y disponiendo las mismas incompatibilidades que para el director general de Cultura y Educación; así también dispone la forma de selección de los representantes de los docentes¹⁴⁷.

2.5.3. Consejos escolares

El art. 203 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires prevé, dentro de la Dirección General de Cultura y Educación, la presencia de organismos descentrados en cada uno de los distritos territoriales con la finalidad de administrar los servicios educativos, excepto las cuestiones técnico-pedagógicas. Sus titulares

¹⁴⁴ Art. 97, ley 13.688: "El Consejo General de Cultura y Educación se integra con el Director General de Cultura y Educación en su carácter de Presidente nato del mismo y diez (10) Consejeros designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo de la Cámara de Diputados, con las incompatibilidades expresadas en la normativa vigente y las condiciones requeridas para ser Diputado. La composición de los diez (10) es la siguiente:

a. Seis (6) de ellos representarán a diferentes espacios e instituciones de la Cultura y la Educación y serán propuestos por el Poder Ejecutivo.

b. Cuatro (4) Consejeros deberán pertenecer a la docencia estatal y ser propuestos por el Poder Ejecutivo de una lista de candidatos elegidos en un número igual al doble de los Consejeros a asignarse".

¹⁴⁵ Art. 98, ley 13.688: "Los Consejeros pueden ser removidos de sus cargos por el procedimiento establecido por el art. 146 de la Constitución de la Provincia".

¹⁴⁶ Art. 100, ley 13.688: "Los Consejeros durarán un año en su función y podrán ser reelectos. Los Consejeros serán retribuidos con un sueldo igual al fijado para la categoría de Director Provincial. En todos los casos conservarán todas las bonificaciones que le correspondieren por su cargo, de acuerdo al régimen de empleo público provincial del que provinieren o en el que tuvieran cargos de base. En caso de que dichos funcionarios fueren docentes tendrán derecho a licencia especial sin goce de haberes y su desempeño será computado como ejercicio activo de la docencia a todos sus efectos".

¹⁴⁷ Art. 98, ley 13.688: "Los Consejeros pueden ser removidos de sus cargos por el procedimiento establecido por el art. 146 de la Constitución de la Provincia.

"Art. 99, ley 13.688: "El Director General de Cultura y Educación convocará por intermedio del Boletín Oficial y otros órganos de difusión a la docencia en ejercicio de los establecimientos educacionales estatales, para que elija por voto secreto, directo y obligatorio ocho (8) candidatos para ser presentados ante el Poder Ejecutivo. La elección seguirá la norma que deberá dictarse al respecto.

"Para poder resultar electo, el docente deberá tener una antigüedad no menor a cinco (5) años en la docencia estatal en la Provincia y contar con título habilitante en los términos del art. 61, ley 10.579, y modificatorias o la norma que la reemplace.

"Podrá ser electo el personal docente titular, provisional y/o suplente. En estos últimos dos casos, se deberá contar con cinco (5) años de desempeño en el cargo, módulos u horas cátedra por los que se realiza la postulación.

"El Consejo General de Cultura y Educación actuará como Tribunal Electoral".

deben ser designados por elección popular¹⁴⁸, cuestión luego regulada en el art. 147 de la Ley de Educación provincial¹⁴⁹.

Las condiciones para ser electores son más amplias que para otros cargos públicos, ya que pueden ser habilitados tanto ciudadanos argentinos como extranjeros¹⁵⁰, siempre que fueren mayores de edad y hayan tenido domicilio en el distrito por un lapso inmediato anterior no menor a dos años. La duración en sus cargos es de cuatro años, renovándose cada dos años y con la posibilidad de ser reelectos.

La ley precisa garantías, incompatibilidades y régimen disciplinario de los consejeros escolares.

El art. 149, ley 13.688¹⁵¹, garantiza el desempeño del cargo en forma remunerada, abonando una dieta mensual sujeta a aportes y contribuciones previsionales y

¹⁴⁸ Art. 203 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "La administración de los servicios educativos, en el ámbito de competencia territorial distrital, con exclusión de los aspectos técnicos pedagógicos estará a cargo de órganos desconcentrados de la Dirección General de Cultura y Educación denominados Consejos Escolares.

"Estos órganos serán colegiados, integrados por ciudadanos elegidos por el voto popular, en número que se fijará con relación a la cantidad de servicios educativos existentes en cada distrito, y que no será menor a cuatro ni mayor a diez miembros. Los consejeros escolares durarán en sus funciones cuatro años, renovándose cada dos años por mitades, pudiendo ser reelectos.

"Serán electores los ciudadanos argentinos y los extranjeros en las condiciones que determine la ley inscriptos en el registro electoral del distrito, y serán condiciones para ser elegidos: ser mayor de edad, y vecino del distrito con no menos de dos años de domicilio inmediato anterior a la elección".

¹⁴⁹ Art. 147, ley 13.688: "La administración de los establecimientos educativos, en el ámbito de competencia territorial distrital, con exclusión de los aspectos técnico-pedagógicos, estará a cargo de órganos desconcentrados de la Dirección General de Cultura y Educación denominados Consejos Escolares, de acuerdo a lo estipulado por el art. 203 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Estarán integrados por ciudadanos mayores de edad y vecinos del distrito con no menos de dos años de domicilio inmediato anterior a la elección, que serán elegidos por el voto popular".

¹⁵⁰ La posibilidad para ejercer cargos públicos a los extranjeros también fue prevista en el art. 191, incs. 2º y 6º de la Constitución provincial para la designación de los concejales integrantes del Concejo Deliberante municipal. El inc. 2 exige a los extranjeros para ser elector inscripción en un registro especial, ser mayor de edad, saber leer y escribir en idioma nacional, tener residencia inmediata anterior de dos años en el municipio, pagar impuestos fiscales o municipales que en conjunto no bajen de \$ 200. El inc. 6º pone un techo al establecer que los concejales extranjeros no podrán exceder la tercera parte de la totalidad de los miembros del Concejo Deliberante.

¹⁵¹ Art. 149, ley 13.688: "El desempeño del cargo de Consejero Escolar está sujeto a las siguientes disposiciones:

"a. Por su desempeño percibirá una dieta sujeta a los aportes y contribuciones previsionales y asistenciales que el Poder Ejecutivo Provincial determine.

"b. El personal docente o de la Administración Pública tiene derecho a una licencia con o sin goce de haberes, en todos sus cargos por desempeño de cargo público electivo. En el primer caso se deberá entender como renuncia expresa a la dieta, y en el segundo como opción a favor de la misma. La opción por la licencia con goce de sueldo comprende la percepción de haberes por el período completo para el que fuere electo en la forma que establezca la respectiva reglamentación, rigiendo el derecho salarial desde la toma de posesión del cargo para todos los mandatos, aun los vigentes.

"c. En el caso de personal docente en actividad, el desempeño del cargo es considerado ejercicio activo de la docencia a todos sus efectos. Este personal puede participar de todas las acciones que impliquen continuidad en su carrera docente, sin toma de posesión efectiva hasta el fin de su mandato y en el marco del régimen de incompatibilidades vigentes.

"d. La administración hará reserva del cargo y/o cargos y/o módulos y/u horas cátedras a los que el Consejero Escolar en ejercicio hubiera accedido. La reserva quedará sin efecto cuando el Consejero Escolar finalice su mandato y tome posesión efectiva, cuando haga renuncia de la misma, cuando se produjese su fallecimiento, o por aplicación de otras normas estatutarias. En el caso de los docentes

asistenciales. Al personal docente se le permite optar por una licencia con o sin goce de haberes. En el primer caso se entiende que renuncia a la dieta al cobrar el haber correspondiente a su cargo docente.

En ningún caso su actuación como consejero le impide ejercer sus derechos como docente, fundamentalmente en lo que hace a la carrera administrativa; si accediere a un cargo éste se le reservará hasta que culmine su función.

Se aclara que la aplicación de los arts. 109 y 110, ley 10.579, no afecta la percepción salarial de los consejeros. Esto es en aquellos casos de opción por la reserva remunerada, en caso de darse alguno de los supuestos de cese del personal provisional¹⁵² o suplente¹⁵³ ello no afectará los haberes del consejero.

En el propio art. 149 se prevén causales de inhabilidad e incompatibilidad para el cargo, para prevenir supuestos de parcialidad evitando la presencia de intereses contrapuestos, así también casos de inhabilidad declarada o cuando tengan condena por delitos dolosos o requieran para su configuración la condición de agente de la Administración Pública, como quien haya contravenido las leyes de juego y haya sido declarado responsable por el Tribunal de Cuentas y no hayan satisfecho los cargos que se les hayan impuesto.

que hubiesen accedido a una titularidad interina, la reserva implicará el derecho a elección del destino definitivo, transcurridos los tiempos correspondientes.

"e. Los cargos o funciones reservados no generarán derecho a percepción salarial o retribución de ninguna naturaleza durante el ejercicio de las funciones de Consejero Escolar.

"f. El Consejero Escolar que sea reelecto no podrá modificar su situación sino hasta el fin de su último mandato consecutivo.

"g. La aplicación de los arts. 109 y 110, ley 10.579, o los artículos análogos de la que en su caso la reemplace, no afectará la percepción salarial de los docentes que se desempeñan como Consejeros Escolares.

"No podrán ser Consejeros Escolares:

"a. los que no reúnan los requisitos para ser electos;

"b. los que directa o indirectamente estén interesados en algún contrato en que el Consejo Escolar sea parte, quedando comprendidos los miembros de las Sociedades Civiles y Comerciales, Directores, Administradores, Gerentes, Factores o Habilitados que se desempeñen en actividades referentes a dichos contratos; no se encuentran comprendidos en esta prohibición aquellos que revisten en la simple calidad de Asociados de Sociedades Cooperadoras, Cooperativas y Mutualistas;

"c. los fiadores o garantes de personas que tengan contraídas obligaciones con el Consejo Escolar.

"d. los que hayan sido condenados por delito doloso, que requiera para su configuración la condición de agente de la Administración Pública y los contraventores a las Leyes de Juego;

"e. los inhabilitados para el desempeño de cargos públicos;

"f. las personas declaradas responsables por el Tribunal de Cuentas, mientras no den cumplimiento a sus Resoluciones".

¹⁵² Art. 109, ley 10.579: "El personal docente provisional cesará:

"a) Al cubrirse el cargo u horas-cátedra con un docente titular.

"b) Al cubrirse la vacante con un docente titular con reubicación transitoria o servicios provisorios.

"c) (Texto según ley 13.170.) Al finalizar las tareas correspondientes a cada curso escolar, en los casos que el docente no haya contado en el momento de su acceso con título habilitante para el cargo, horas cátedra o módulos, que desempeña".

¹⁵³ Art. 110, ley 10.579: "El personal docente suplente cesará:

"a) Al reintegrarse el titular o provisional ausente.

"b) En caso de no existir vacantes en el distrito, excepcionalmente al cubrirse el cargo u horas-cátedra con un docente con reubicación transitoria o servicios provisorios.

"c) (Texto según ley 13.170.) Al finalizar las tareas correspondientes a cada curso escolar, en los casos que el docente no haya contado en el momento de su acceso con título habilitante para el cargo, horas cátedra o módulos, que desempeña".

El art. 150¹⁵⁴ establece el mismo supuesto de incompatibilidad que el previsto para el director general de Cultura y Educación y los miembros del Consejo General de Cultura y Educación, con alguna diferencia. Se mantiene la incompatibilidad funcional absoluta para ejercer toda otra función pública y relativa para la docencia al permitir la universitaria, pero se deja a salvo la reserva del cargo de origen y la posibilidad de hacer ejercicio de los derechos a la carrera administrativa prevista en la propia ley.

En los arts. 151¹⁵⁵ y 168¹⁵⁶ se establece que las incompatibilidades e inhabilidades deben ser comunicadas en caso de ocurrir luego de ser electo y, si ocurriere en el curso de su desempeño, al presidente del cuerpo dentro de un día de producidas. Además, en el último de los artículos mencionados, se prevé la prohibición a los consejeros de ser parte de contrataciones que resulten de disposiciones adoptadas por el cuerpo, veda que perdura hasta un año después de terminar su mandato. Dada la competencia de los Consejos de Educación debe entenderse esta prohibición extensiva a toda contratación en la que haya participado el consejo del distrito territorial al que pertenece el consejero. Respecto de la veda a realizar contrataciones en el año posterior al cese de su mandato, consideramos que la prohibición debe extenderse no sólo a las contrataciones que derivaren de disposiciones en las que ha participado el consejero saliente sino a todas aquellas que emanaren del distrito al que ha pertenecido, ya que de lo contrario sólo regiría para aquellas operaciones autorizadas durante su mandato y perfeccionadas con posterioridad, lo que no parece ser el sentido querido por la norma si tenemos en cuenta que la extensión temporal de la prohibición parece tener como pretensión evitar la supuesta influencia que pudiese tener el ex consejero en las decisiones del cuerpo.

En el art. 172¹⁵⁷ se enuncian los distintos tipos de responsabilidades que como funcionarios públicos pueden imputársele: patrimonial, civil y penal.

¹⁵⁴ Art. 150, ley 13.688: "El cargo de Consejero Escolar será incompatible con el de toda otra función pública a excepción de la docencia universitaria y lo que esta misma ley disponga".

¹⁵⁵ Art. 151, ley 13.688: "Todo Consejero Escolar que se encuentre posteriormente a la aprobación de su elección en cualquiera de los casos previstos por los artículos respectivos, deberá comunicarlo al cuerpo en la primera sesión que se realice, para que se proceda a su reemplazo si así correspondiera. Cualquiera de los Consejeros, a falta de comunicación del afectado, deberá comunicar la incompatibilidad o inhabilidad o ambas por la vía respectiva, cuando tome conocimiento de la misma".

¹⁵⁶ Art. 168, ley 13.688: "Las inhabilitaciones e incompatibilidades previstas en la presente ley regirán para los Consejeros Escolares durante todo su mandato, debiendo ser comunicadas al Presidente del cuerpo dentro de un día de producidas. Ningún Consejero Escolar podrá ser parte en contrato alguno que resulte de una disposición adoptada por el Cuerpo, durante el período legal de su mandato y hasta un año después de concluido el mismo. Los Consejeros Escolares no podrán abandonar sus cargos hasta recibir la notificación de la aceptación de la renuncia. La aceptación deberá ser resuelta por el Consejo Escolar dentro de los 30 días de la fecha de presentación. Vencido el término se considerará tácitamente aceptada la dimisión y el relevo de continuar en el desempeño de la función".

¹⁵⁷ Art. 172, ley 13.688: "Le son de aplicación a los actos del Consejo como órgano desconcentrado colegiado y a los actos de sus miembros, las previsiones de: a) la Responsabilidad Patrimonial dispuesta en el decreto-ley 7764/1971 de Contabilidad y/o el que en su caso lo reemplace y sus respectivos decretos reglamentarios; b) la Responsabilidad Civil prevista en el Código Civil y Leyes Complementarias; c) la Responsabilidad Penal dispuesta en el Código Penal y Leyes Complementarias. Sin perjuicio de lo expresado, y en cuanto a la Responsabilidad Disciplinaria Administrativa, el Consejo Escolar podrá aplicar a sus miembros con causa las sanciones de Amonestación; suspensión de hasta 90 días y Destitución. Serán causas de sanción: no cumplir con sus deberes y obligaciones en forma regular y continua con toda la diligencia y contracción que es necesario para sus funciones; no cuidar

A continuación, en dicho artículo se regula la responsabilidad disciplinaria, asignando competencia para determinarla al Consejo Escolar y se establecen como sanciones aplicables: amonestación, suspensión hasta noventa días y destitución.

Asimismo, describe causales que constituyen faltas pasibles de aplicación de sanción pero otorga a la enumeración carácter enunciativo, prevé la posibilidad de disponer suspensión preventiva hasta noventa días; así también el trámite del procedimiento sumarial y en el art. 174¹⁵⁸, el plazo de prescripción de la potestad disciplinaria.

En la reglamentación legal ha prevalecido la particular constitución electiva del cuerpo para decidir por sí la exclusión de uno de sus miembros por sobre su calidad de órgano desconcentrado dentro de la Dirección General de Cultura y Educación como ente autárquico, aunque parece respetarse la estructura orgánica al prever en el régimen de impugnación contra el acto administrativo sancionatorio recurso jerárquico ante el director general de Cultura y Educación¹⁵⁹.

2.6. Régimen municipal: autonomía del régimen de los empleados municipales

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires destina la sección séptima, capítulo único (arts. 190 a 197), al régimen municipal. Allí prevé, entre otras cuestiones, la composición del gobierno municipal por los departamentos deliberativo y ejecutivo y los requisitos para su nombramiento.

debidamente los bienes del Estado; no mantener dentro y fuera de las funciones una conducta decorosa y digna. Lo precedente es meramente enunciativo y no taxativo, y no excluye otras conductas que puedan justificar la aplicación de una sanción. En los casos en que la naturaleza y gravedad del hecho que diere inicio al procedimiento sancionatorio, tornare inconveniente la permanencia del Consejero en el Cuerpo, el Consejo fundadamente podrá suspenderlo preventivamente por un lapso no mayor de 90 días. En caso de que el motivo fuere una causa penal en que exista requisitoria fiscal de elevación a juicio en contra del Consejero Escolar, la suspensión será obligatoria y durará hasta que se dicte sentencia firme. A los efectos de la aplicación de la suspensión preventiva o de las sanciones, se respetará el derecho de defensa con ajuste a las siguientes previsiones generales:

"a. se convocará a una Sesión Especial con cinco (5) días hábiles de anticipación. La convocatoria incluirá al o los Consejeros involucrados y se notificará por medio fehaciente de los previstos en el decreto-ley 7647/1970 de Procedimientos Administrativos y/o en la ley que lo reemplace;

"b. en la sesión, el o los Consejeros involucrados, podrán ser asistidos por letrados particulares;

"c. primeramente el Presidente informará al o los involucrados y al resto del Cuerpo la causa que dio origen al procedimiento y las pruebas en las que se basaren las acusaciones;

"d. los Consejeros no involucrados podrán agregar en forma inmediata las consideraciones que creyeren conveniente;

"e. luego de lo expresado el o los involucrados realizarán su descargo ejercitando su derecho de defensa;

"f. agotado el descargo el Cuerpo resolverá en consecuencia sobre la procedencia o no de la suspensión preventiva o sanción. Salvo causa excepcional justificada en interés del propio procedimiento, el mismo comenzará y concluirá en la misma sesión".

¹⁵⁸ Art. 174, ley 13.688: "La acción por transgresiones disciplinarias de los Consejeros Escolares prescribe a los tres (3) años de producida la falta. Si fuere una falta de ejercicio continuo, el plazo se contará a partir de que se dejare de realizar la falta. El ejercicio de la acción interrumpe la prescripción".

¹⁵⁹ Art. 175, ley 13.688: "Contra las Resoluciones de suspensión preventiva o sancionatorias de los Consejos Escolares podrán interponerse los Recursos Previstos en el capítulo correspondiente del dec.-ley 7647/1970 de Procedimientos Administrativos y/o el que en su caso lo reemplace. A los efectos del art. 101 de dicho dec.-ley y del art. 1º del Código Contencioso Administrativo, el recurso jerárquico será resuelto por el Director General de Cultura y Educación".

La Ley Orgánica de las Municipalidades, decreto-ley 6769/1958 y sus modificatorias, precisa las condiciones y atribuciones de los departamentos deliberativo y ejecutivo; estipula la presencia en el departamento ejecutivo de determinados auxiliares del intendente, tales como los secretarios, contador, tesorero, jefe de compras; reglamenta en materia de sanciones de los empleados en general y de los concejales; juzgamientos de los titulares de ambos departamentos y normas atributivas de responsabilidad de todos ellos.

Si bien la condición autonómica de las entidades municipales fue consagrada expresamente a partir de la reforma de la Constitución Nacional del año 1994, en la provincia de Buenos Aires, luego de dicha reforma, se dispuso regular la relación de empleo público municipal a través de la Legislatura provincial.

En este sentido, la ley 11.757 establece un régimen integral de empleo público municipal, con una estructura semejante a la ley 10.430 y sus modificaciones.

Esta ley deroga, a través de su art. 106, lo dispuesto en el art. 63, inc. 4° del decreto-ley 6769/1958, Ley Orgánica de las Municipalidades, norma que consagraba la atribución del departamento deliberativo de los municipios para: "Organizar la carrera administrativa con las siguientes bases: acceso por idoneidad, escalafón, estabilidad, uniformidad de sueldos por categoría e incompatibilidades", receptando literalmente el texto del inc. 12 del art. 103 destinado a enunciar el ámbito competencial de la Legislatura para regular el estatuto del empleado público provincial.

La supresión de dicha atribución en cabeza de los municipios ha sido cuestionada por cercenar sus legítimas atribuciones autonómicas¹⁶⁰.

El art. 63, inc. 4°, no sólo reconocía la potestad municipal para reglamentar el estatuto de los agentes municipales, sino que también destacaba en dicha esfera las garantías consagradas en el art. 103, inc. 12, de la Constitución provincial. Su supresión nada quita, ya que, si en el futuro los municipios recuperan su competencia normativa en la materia y la norma atributiva nada dice al respecto, estas garantías igualmente se encontrarán vigentes, por ser principios constitucionales que exceden los alcances de la atribución de competencia que contempla la parte orgánica de la Constitución provincial.

Por su condición de garantías, constituyen límites insoslayables para cualquier esfera con competencia normativa. Ya sea que se regule la relación de empleo municipal por normas previstas por la Legislatura provincial como legislación base¹⁶¹, como ley convenio, o receptadas en cada una de las ordenanzas municipales, si alguna de estas normas nada dice, las garantías constitucionales igualmente deben ser respetadas. Su naturaleza excede el lugar donde fueron incluidas en la Constitución, constituyen garantías complementarias del art. 39 de la propia Carta provincial y derivación necesaria de las garantías consagradas en los arts. 16 y 14 bis de la Constitución Nacional.

¹⁶⁰ RECA, Ricardo P., "Notas sobre el estatuto de empleo público municipal", en AA.VV., BASTONS, Jorge L. (dir.), *Empleo público*, Platense. La Plata, 2006, ps. 515 y ss.

TENAGLIA, Iván D., *Ley Orgánica de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires*, Platense, La Plata, 2000, ps. 168 y ss.

¹⁶¹ Como también rigen en materia de negociación colectiva a partir de la habilitación de los incs. 2° y 4° del art. 39 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Como dijéramos, actualmente la relación de empleo público municipal se encuentra íntegramente regida por la ley 11.757 y, a través del art. 108 de la propia ley, se establece la aplicación supletoria del régimen provincial¹⁶².

En materia disciplinaria existen dos artículos del decreto-ley 6769/1958 que se superponen con otros dos de la ley 11.757. Nos referimos a los arts. 257 y 258 de la primera y a los arts. 62 y 67 de la segunda. Entendemos que deben prevalecer los de la ley 11.757 por ser una ley especial y posterior, amén de consagrar mayores garantías en cuanto al debido procedimiento administrativo.

3. Funcionarios cuyas condiciones de nombramiento y/o remoción han sido previstas por las leyes

3.1. Directorio del Banco de la Provincia de Buenos Aires

El Banco de la Provincia de Buenos Aires constituye un ente autárquico dentro de la Administración Pública de la provincia de Buenos Aires¹⁶³, cuya conducción está en cabeza de un directorio.

El art. 144, inc. 18, punto 4º¹⁶⁴ de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires establece que el gobernador, con acuerdo del Senado, deberá designar al presidente y el número de directores que le corresponda nombrar.

El decreto-ley 9434/1979, orgánico del Banco de la Provincia de Buenos Aires, establece en el art. 18¹⁶⁵ la composición del directorio, previendo un presidente y ocho vocales, todos ellos designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.

Recordemos que la manda constitucional establecía esta forma de nombramiento para aquellos que les corresponda designar —lo que daría la idea de un porcentaje parcial de directores—; no obstante ello, la norma dispuso que fueran todos.

Agrega como requisito el de ser argentino, limitando el ingreso a los extranjeros, no así a aquellos que hubieran optado por la ciudadanía argentina.

El plazo para el ejercicio de sus cargos es de cuatro años, en el caso de los vocales deberán renovarse cada dos años, pudiendo en todos los casos ser reelectos.

Para su remoción debe respetarse el mismo mecanismo, esto es, decisión del gobernador con acuerdo del Senado, tal lo preceptuado por el último párrafo del art. 146 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

¹⁶² Art. 108, ley 11.757: "Para todo cuanto no estuviere previsto en la presente ley, supletoriamente serán de aplicación las disposiciones de la ley 10.430, sus modificatorias y decretos reglamentarios o las normas que en lo sucesivo lo sustituyeran".

¹⁶³ Art. 1º, dec.-ley 9434/1979: "El Banco de la Provincia de Buenos Aires es institución autárquica de derecho público, en su carácter de Banco de Estado, con el origen; garantías y privilegios declarados en el preámbulo y en los arts. 31 y 104 de la Constitución Nacional, en la Ley Nacional de origen contractual número 1029 y en las leyes de la Provincia".

¹⁶⁴ El art. 144, inc. 18, punto 4º, establece en su primera parte: "El presidente y los directores del Banco de la Provincia que le corresponda designar".

¹⁶⁵ Art. 18 (texto según ley 13.174), dec.-ley 9434/1979: "El Banco será gobernado por un Directorio compuesto por un (1) Presidente y ocho (8) vocales argentinos designados por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado.

"Los miembros durarán cuatro (4) años en sus funciones pudiendo ser reelectos. El Presidente y los vocales, deberán contar con antecedentes de reconocida idoneidad. Los vocales se renovarán por mitades cada dos (2) años.

La ley orgánica prevé incompatibilidades e inhabilidades tanto para el presidente como para los directores¹⁶⁶, el sistema de reemplazo del presidente¹⁶⁷, la determinación de la remuneraciones de todos los directores a través de la ley de presupuesto¹⁶⁸, la prohibición de delegación de funciones del cuerpo al presidente y la responsabilidad personal y solidaria de cada uno de ellos frente a la autorización de operaciones prohibidas en el decreto-ley 9434/1979¹⁶⁹.

3.2. Directores del Instituto Obra Médico Asistencial

El Instituto Obra Médico Asistencial (IOMA) de la provincia de Buenos Aires es un ente autárquico integrante de la Administración Pública provincial¹⁷⁰ cuyo funcionamiento está regulado en la ley 6982/1964. En su ley orgánica se establece la titularidad del organismo en cabeza de un directorio integrado por un presidente y seis directores, tres nombrados privativamente por el Poder Ejecutivo y tres también nombrados por éste pero a propuesta de los sectores que representan a los afiliados obligatorios¹⁷¹. Actualmente, estos tres representan al personal administrativo en general, al personal docente y al personal dependiente de la policía, respectivamente,

¹⁶⁶ Art. 19, dec.-ley 9434/1979: "No podrán ser Presidente o Directores:

"a) los legisladores, los magistrados, los intendentes municipales y miembros de los consejos debilitantes;

"b) los funcionarios o empleados a sueldo, sean de los gobiernos de la Nación, de las provincias o municipalidades;

"c) los administradores, presidentes, directores, gerentes o empleados de otros Bancos.

"Las personas que desempeñando el cargo de presidente o director llegaren a encontrarse comprendidas en algunas de las disposiciones enumeradas en este artículo cesarán inmediatamente en sus funciones. Quedan exceptuados de las inhabilitaciones precedentes los que desempeñen cargos en organismos oficiales de coordinación económica o financiera de orden nacional, provincial o interprovincial y los que desempeñen cargos docentes".

¹⁶⁷ Art. 20, dec.-ley 9434/1979: "En la primera sesión que realice cada año el Directorio nombrará de su seno al Vicepresidente y al Secretario. Por ausencia o impedimento del Presidente lo reemplazará el Vicepresidente. En ausencia de ambos el Directorio será presidido por el Director de más edad. En caso de ausencia o impedimento del Secretario lo reemplazará el miembro que designe el Directorio".

Art. 21, dec.-ley 9434/1979: "Si el cargo de Presidente o Director quedara vacante será provisto nombrándose reemplazante para completar el período".

¹⁶⁸ Art. 26, dec.-ley 9434/1979: "El Directorio percibirá como remuneración las sumas que se fijen en el Presupuesto".

¹⁶⁹ Art. 23, dec.-ley 9434/1979: "El Directorio no puede delegar ninguna de sus facultades en el Presidente. Los Directores que autoricen operaciones prohibidas en la Ley Orgánica serán responsables personal y solidariamente".

¹⁷⁰ Art. 1º, ley 6982: "Ratificase la creación del Instituto de Obra Médico Asistencial (IOMA), que funcionará como entidad autárquica con capacidad para actuar pública y privadamente de acuerdo con las funciones establecidas en la presente ley y realizará en la Provincia todos los fines del Estado en materia Médico Asistencial para sus agentes en actividad o pasividad y para sectores de la actividad pública y privada que adhieran a su régimen.

"La actividad del organismo se orientará en la planificación de un sistema sanitario asistencial para todo el ámbito de la Provincia, teniendo como premisa fundamental la libre elección del médico por parte de los usuarios, reafirmando el sistema de obra social abierta y arancelada".

¹⁷¹ Art. 2º, ley 6982: "El Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires estará administrado por un directorio integrado de la siguiente forma:

"a) Un presidente nombrado por el Poder Ejecutivo.

"b) Tres directores en representación del Estado Provincial nombrados por el Poder Ejecutivo.

los dos primeros a propuesta de las organizaciones gremiales y el tercero de la entidad representativa¹⁷². El plazo previsto para permanecer en sus cargos es de cuatro años, con la posibilidad de ser reelectos por un nuevo período¹⁷³.

Como en el caso de los directores del Banco Provincia, aquí también se establece que las remuneraciones de los del IOMA sean fijadas en el presupuesto anual. Se prevé una pauta de equiparación entre todos los miembros del directorio, ya que para aquellos directores que percibieran por sus empleos o beneficios jubilatorios una remuneración inferior a la del resto, se les asignará una diferencia hasta equilibrarlas¹⁷⁴.

También como en el caso del banco provincial, el presidente y los directores tendrán responsabilidad personal y solidaria por sus decisiones, se entiende, aunque la norma no lo diga, aquellas adoptadas en contravención a la ley. Podrá exceptuarse a aquel director que haya disentido con la decisión y de ello se haya dejado constancia en acta del directorio¹⁷⁵.

"c) Tres directores en representación de los afiliados obligatorios, nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta de los sectores correspondientes y en la forma que establezca la reglamentación. Ninguno de estos funcionarios podrán ser removidos de sus cargos sin justa causa".

¹⁷² Art. 2º, dec. 412/2004: "I. Los Directores representantes de los afiliados obligatorios serán designados por el Poder Ejecutivo, según lo establece el decreto-ley 7840/1972, de las siguientes áreas: 1) personal Administrativo del Estado Provincial, uno (1); 2) personal docente del Estado Provincial, uno (1); 3) personal dependiente de la Policía de la Provincia de Buenos Aires, uno (1).

"Las designaciones se efectuarán a propuesta de las Organizaciones Gremiales, para el caso de los apartados primero y segundo; y de la Entidad Representativa en el caso del apartado tercero.

"Los afiliados obligatorios a que se refiere este artículo podrán ser tanto activos como pasivos. La representación gremial de los afiliados obligatorios a que se refieren los apartados 1) y 2) se regirá por lo dispuesto en la ley 23.551.

"II. Cada una de las Organizaciones Gremiales y la Entidad representativa de las áreas mencionadas, procederán en el plazo de 20 (veinte) días antes de que finalice el mandato de los Directores, a presentar un candidato titular y un candidato suplente, que lo reemplazará en caso de ausencia temporaria o definitiva.

"La presentación se realizará de acuerdo a los formularios que a tal efecto entregará el IOMA, a fin de verificar la inexistencia de causas que imposibiliten su nombramiento.

"III. Al momento de presentación de la propuesta de candidatos en el IOMA para su elección al Poder Ejecutivo, las Organizaciones y Entidades, deberán acompañar toda la documentación, debidamente certificada, que avale la calidad de mayor representatividad de los afiliados obligatorios del área respectiva.

"IV. En el caso de que más de una organización gremial se considere con mayor representatividad de algunas de las áreas consignadas en el apartado I y II, se evaluará la documentación acompañada por cada una de las mismas, y si de ésta no surgiere con claridad tal condición, se procederá a realizar un sorteo público a fin de elegir a la que propondrá sus candidatos. El sorteo deberá realizarse con la presencia del Escribano General de Gobierno y representantes de las Organizaciones Gremiales y Entidades representativas en cuestión".

¹⁷³ Art. 6º, ley 6982: "El presidente y demás miembros del directorio durarán cuatro (4) años en sus funciones, pudiendo ser designados por un nuevo período".

¹⁷⁴ Art. 4º, ley 6982: "El presidente y los directores gozarán de las remuneraciones que fije el presupuesto anual. Cuando los directores representantes de los afiliados obligatorios percibieran por sus empleos o beneficios jubilatorios una remuneración inferior a la establecida para los restantes directores, el Instituto sobreasignará aquéllas hasta lograr su equiparación".

¹⁷⁵ Art. 5º, ley 6982: "El presidente y los directores serán responsables personal y solidariamente de las decisiones adoptadas, salvo constancia en actas y fundadas sus disidencias".

3.3. Directorio del Instituto de Previsión Social

El Instituto de Previsión Social es un ente autárquico dentro de la órbita de la Administración Pública provincial¹⁷⁶. La ley 8587 establece su estructura y función. Su conducción está encomendada a un directorio compuesto por un presidente y ocho directores¹⁷⁷, de los cuales cuatro, lo hacen en representación del Poder Ejecutivo y son nombrados discrecionalmente por éste; dos en representación de los afiliados activos provinciales, nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta de las entidades gremiales; uno en representación de los afiliados activos municipales, nombrado por el Poder Ejecutivo a propuesta de la entidad gremial y uno en representación de los afiliados pasivos, designado por el Poder Ejecutivo a propuesta de las entidades que los agrupan. Durarán en el cargo cuatro años pudiendo ser reelectos nuevamente, sin realizar mayores especificaciones sobre los períodos en que puede hacerlo.

Se establece el orden de reemplazo del presidente¹⁷⁸ y, en idéntico sentido que en el caso del Banco Provincia y el IOMA, las remuneraciones de los directores serán establecidas en la ley de presupuesto¹⁷⁹. También como en el caso del IOMA, aquí se trata de compensar las remuneraciones de los representantes de los trabajadores activos o pasivos que, por tener sueldos o haberes provisionales inferiores a los haberes de los otros directores, recibirán una sobreasignación para equipararlos.

¹⁷⁶ Art. 1º, ley 8587: "El Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires, actuará como persona jurídica de derecho público y funcionará de acuerdo con las disposiciones de la presente ley y su reglamentación.

Tendrá como objetivo realizar en el territorio de la provincia los fines del estado en materia de previsión social".

¹⁷⁷ Art. 4º, ley 8587: "El Instituto de Previsión Social estará administrado por un Directorio integrado de la siguiente forma:

"a) un Presidente nombrado por el Poder Ejecutivo que durará cuatro años en sus funciones, pudiendo ser designado nuevamente;

"b) cuatro Directores en representación del Estado Provincial nombrados por el Poder Ejecutivo que durarán cuatro años en sus funciones pudiendo ser designados nuevamente.

"c) dos Directores en representación de los afiliados activos que designará el Poder Ejecutivo, a propuesta de las entidades gremiales. Durarán cuatro años en sus funciones pudiendo ser designados nuevamente.

"d) un Director Gremial en representación de los afiliados activos municipales que designará el Poder Ejecutivo entre los propuestos por las entidades gremiales. Durará cuatro años en sus funciones, pudiendo ser designados nuevamente".

"e) un Director en representación de los afiliados pasivos que designará el Poder Ejecutivo, a propuesta de la o las entidades que lo agrupan. Durará cuatro años en sus funciones, pudiendo ser designados nuevamente".

¹⁷⁸ Art. 5º, ley 8587: "En la primera sesión que realice el Directorio en cada año, se elegirá de entre los Directores representantes del Estado, el Vicepresidente del Organismo, el que será reemplazante natural por ausencia o impedimento temporario del titular. En ausencia de ambos, el Organismo será presidido por el Representante del Estado de más edad".

¹⁷⁹ Art. 8º, ley 8587: "El Presidente y los Directores gozarán de las remuneraciones que fije el presupuesto anual. Cuando los Directores representantes de los afiliados activos y/o pasivos percibieran por sus empleos o beneficio previsional una remuneración inferior a la establecida para los restantes Directores, el Instituto sobreasignará aquéllas hasta lograr su equiparación".

3.4. Autoridades de la Comisión de Investigaciones Científicas

La Comisión de Investigaciones Científicas es un ente autárquico de la Administración Pública provincial creado por el decreto-ley 7385/1968¹⁸⁰, cuyo fin es la promoción, patrocinio, orientación y realización de investigaciones científicas y técnicas, así como la coordinación y asesoramiento dentro del ámbito provincial, tanto a los organismos de la provincia de Buenos Aires como a otras entidades tanto públicas como privadas, tal es el caso de distintas universidades, el Conicet, el INTI, los municipios con los cuales se crearon centros de investigación asociados, también para desarrollar proyectos de investigación conjuntos, tanto con entidades públicas o privadas nacionales como con organismos internacionales.

La actual Ley de Ministerios 13.757, en su art. 36¹⁸¹ reconoce a la Comisión de Investigaciones Científicas de la provincia de Buenos Aires y dispone su relación con el Poder Ejecutivo a través de la Dirección General de Cultura y Educación.

La conducción del organismo está en cabeza de un directorio¹⁸² compuesto por un presidente y cuatro directores designados por el Poder Ejecutivo¹⁸³. Sus cargos son remunerados¹⁸⁴ y durarán en ellos cuatro años con la posibilidad de ser reelectos. Asimismo, los directores se renovararán por mitades cada dos años. Se exige ser argentino nativo o con cuatro años como mínimo en el ejercicio de la ciudadanía, por lo que no se permite integrar el órgano de conducción a los extranjeros. Se acentúa el requisito constitucional de idoneidad, ya que cada director representa una orientación científica respecto de la cual debe tener acreditados reconocimientos de la comunidad académica¹⁸⁵.

¹⁸⁰ Art. 1º, dec.-ley 7385/1968: "La Comisión de Investigaciones Científicas de la provincia de Buenos Aires, contará con capacidad para actuar pública y privadamente y funcionará como ente descentralizado, con autarquía circunscripta al manejo de sus fondos y a la realización de sus fines científicos. Mantendrá sus relaciones con el Poder Ejecutivo por intermedio de la Asesoría Provincial de Desarrollo y tendrá su domicilio legal en la ciudad de La Plata".

¹⁸¹ Art. 36, ley 13.757: "La Comisión de Investigaciones Científicas de la Provincia de Buenos Aires creada por el decreto-ley 7385/1968 se relacionará con el Poder Ejecutivo a través de la Dirección General de Cultura y Educación".

¹⁸² Art. 2º, dec.-ley 7385/1968: "La Comisión estará integrada, en su plano superior, por un órgano ejecutivo (Directorio) y un órgano de asesoramiento (Grupo Asesor)".

¹⁸³ Art. 6º, dec.-ley 7385/1968: "El gobierno y administración de la Comisión de Investigaciones Científicas estará a cargo de un directorio compuesto por el presidente y cuatro directores, todos designados por el Poder Ejecutivo".

¹⁸⁴ Art. 19, dec.-ley 7385/1968: "Los cargos en el Directorio serán rentados. Los integrantes del Grupo Asesor desempeñarán sus funciones *ad honorem*, percibiendo únicamente los gastos de representación, y viáticos cuando correspondan. Los Directores, miembros del Grupo Asesor y de las comisiones asesoras honorarias, sólo podrán percibir viáticos cuando desempeñen funciones especiales por resolución del Directorio y que les obliguen a cambiar su lugar de residencia habitual. Las sumas que demanden los haberes, gastos de representación y viáticos serán cargados al presupuesto de la Comisión.

"Cuando los cargos en el directorio sean desempeñados en forma honoraria, se percibirá en concepto de gastos de representación las asignaciones que fije el Poder Ejecutivo, las que no podrán superar los montos que al respecto establezca la Ley Complementaria del Presupuesto (incorporado por decreto-ley 7579/1969)".

¹⁸⁵ Art. 7º, dec.-ley 7385/1968: "Los miembros del directorio deberán ser ciudadanos argentinos nativos, o naturalizados con más de cuatro años en el ejercicio de la ciudadanía. El presidente permanecerá cuatro (4) años en su cargo pudiendo ser reelegido. Los directores representarán, cada uno de

La norma prevé un mecanismo especial para proponer las designaciones de los miembros del directorio, en el que los propios integrantes participan en la propuesta de los cargos vacantes con colaboración del consejo asesor. Dicha propuesta debe ser tenida en cuenta por el Poder Ejecutivo¹⁸⁶.

El propio directorio designa de su seno al vicepresidente, quien reemplazará al presidente en caso de corresponder¹⁸⁷. El organismo contará con un secretario administrativo, designado por el Poder Ejecutivo a propuesta del directorio¹⁸⁸, el que no tendrá estabilidad pero su cargo será remunerado¹⁸⁹.

El decreto-ley dispone la creación de un grupo asesor¹⁹⁰, encargado de coordinar las tareas de la comisión con las entidades públicas y privadas, así como con los centros de investigación. El grupo estará conformado por un representante por cada ministerio, el director del laboratorio de ensayo de materiales e investigaciones tecnológicas y, por invitación del directorio, pueden integrarlo distintos representantes de organismos, universidades, institutos nacionales, sociedades científicas y entidades privadas de carácter industrial, previa aprobación del Poder Ejecutivo¹⁹¹.

ellos, respectivamente, a las siguientes orientaciones: ciencias físico-químico-matemáticas, ciencias biológicas, ciencias naturales no biológicas y tecnología, y deberán tener reconocida versación en su especialidad. Durarán en sus funciones cuatro años; se renovarán por mitades cada dos años y podrán ser reelectos”.

¹⁸⁶ Art. 8º, dec.-ley 7385/1968: “Con seis meses de anticipación a la renovación parcial del Directorio, éste, con el asesoramiento del Grupo Asesor, elevará al Poder Ejecutivo una nómina de personas, igual al quintuplo de las vacantes a cubrir, que considere calificadas para ocupar tales cargos. El Poder Ejecutivo tendrá en cuenta esta propuesta al designar los titulares. En caso de renunciaciones, fallecimientos, o vacancias por cualquier causa, el Directorio elevará, en el término de treinta días a contar desde la fecha en que vagen los cargos y en la cantidad precitada, una nómina similar. Los nuevos directores completarán los períodos de los reemplazados. Podrán ser reelegidos”.

¹⁸⁷ Art. 9º, dec.-ley 7385/1968: “En la primera reunión anual, el Directorio designará de su seno, por simple mayoría de votos, un vicepresidente, quien reemplazará al presidente en ausencia o impedimento de éste. El vicepresidente durará un año en sus funciones, pudiendo ser reelegido como tal”.

¹⁸⁸ Art. 16, dec.-ley 7385/1968: “El Poder Ejecutivo designará, a propuesta del Directorio, un Secretario Administrativo para el mismo, cuyas funciones determinará el Reglamento Interno de la Comisión. No gozará de estabilidad”.

¹⁸⁹ Art. 20, dec.-ley 7385/1968: “El cargo de Secretario Administrativo será rentado”.

¹⁹⁰ Art. 11, dec.-ley 7385/1968 “El nexo directo entre la Comisión y los ministerios, centros de estudio e investigación y organizaciones que agrupen entidades industriales privadas, se constituirá a través de los miembros del Grupo Asesor. El mismo contribuirá, también, a la coordinación de las actividades científicas y técnicas que se realicen en la Provincia”.

¹⁹¹ Art. 12 (texto según ley 13167), dec.-ley 7385/1968: “El Grupo Asesor estará constituido por un representante de cada uno de los Ministerios, por el Director del Laboratorio de Ensayo de Materiales e Investigaciones Tecnológicas (LEMIT) y por las personas que, a invitación del Directorio, quisieran designar:

”Dos, las universidades nacionales con sede en el territorio provincial.

”Una, de la Universidad de la Provincia de Buenos Aires.

”Una, de las universidades privadas con sede en el territorio provincial.

”Una, del Instituto Biológico y Laboratorio de Salud Pública.

”Una, del Instituto Nacional de Tecnología Agropecuaria.

”Una, del Instituto Nacional de Tecnología Industrial.

”Una, del Instituto Nacional de Investigación y Desarrollo Pesquero (INIDEP).

”Tres, las organizaciones seleccionadas por la Comisión, que agrupen entidades privadas de carácter industrial, en los renglones de química o petroquímica, metalurgia y especialidades medicinales (una por cada una).

En el seno de la Comisión de Investigaciones Científicas funcionan comisiones asesoras honorarias diferenciadas por incumbencias, actualmente se dividen en biológicas: agronomía, zootécnica y salud animal; medicina, bioquímica y biología molecular; ciencias biológicas: biología y ecología; física-química y matemática: química, física, matemática, tecnología de la información y las comunicaciones; ciencias naturales no biológicas: geología, minería e hidrología. Tecnología: tecnología química y de los materiales; tecnología de alimentos; ingenierías y otras tecnologías; ciencias sociales y humanas ¹⁹².

3.5. *Ente Administrador Astillero Río Santiago*

Si bien esta entidad autárquica ¹⁹³ fue creada por decreto del gobernador, éste lo hizo en virtud de la habilitación prevista en el art. 8° ¹⁹⁴, ley 11.184 de reconversión administrativa. La designación de sus autoridades no tiene un procedimiento especial, sólo que su directorio debe ser designado por el Poder Ejecutivo a propuesta del Ministro de la Producción. El cuerpo de conducción tendrá un presidente y cuatro directores ¹⁹⁵.

3.6. *Presidente del Patronato de Liberados*

La ley 12.256 de Ejecución Penal otorga al Patronato de Liberados naturaleza de ente autárquico. Este organismo será conducido por un presidente, a quien la norma impone acreditar determinadas condiciones de idoneidad vinculadas a su función, en el caso, tener versación (lo que implica tener acreditados conocimientos en la materia) en problemas criminológicos y pospenitenciarios. El presidente del Patronato es equiparado por la norma, jerárquica y protocolarmente, al jefe del Servicio Penitenciario ¹⁹⁶.

"Dos, de dos instituciones o sociedades científicas de reconocido prestigio, seleccionadas por la Comisión (una por cada una).

"La designación de estas personas será efectiva una vez que la misma haya sido aprobada por el Poder Ejecutivo".

¹⁹² Fuente: www.cic.gba.gov.ar.

¹⁹³ Art. 1°, dec. 4538/1993: "Créase en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires el Ente Administrador del Astillero Río Santiago con carácter de Entidad Autárquica de Derecho Público".

¹⁹⁴ Art. 8°, ley 11.184: "Facúltase al Poder Ejecutivo Provincial para disponer —por acto fundado— la creación de entes autárquicos institucionales que absorban total o parcialmente competencias de órganos de la Administración Central y a disponer la transferencia de los recursos económicos, humanos y técnicos necesarios para su funcionamiento. El ente creado deberá preparar oportunamente el proyecto de Presupuesto anual de gastos y cálculo de recursos que elevará al Poder Ejecutivo Provincial y el Poder Legislativo lo tratará conjuntamente con el Presupuesto General".

¹⁹⁵ Art. 4°, dec. 4538/1993: "La Administración de la Entidad Autárquica, será ejercida por un Directorio, que a propuesta del Ministerio de la Producción será nombrado por el Poder Ejecutivo, el mismo será integrado de la siguiente forma:

"a) Un Presidente, cuya remuneración será equivalente a la de Subsecretario.

"b) Cuatro (4) Directores, cuyas remuneraciones serán equivalentes a la de Director Provincial".

¹⁹⁶ Art. 210, ley 12.256: "El Patronato de Liberados Bonaerense, en su calidad de organismo técnico criminológico, de asistencia, tratamiento y seguridad pública, es una entidad autárquica de derecho público, con sede central en la ciudad de La Plata. Su conducción estará a cargo de un Presidente, desig-

3.7. Universidad Provincial del Sudoeste

Ya la Constitución de 1873 en su art. 33 preveía la creación de instituciones universitarias en el ámbito provincial, dicho texto permanece inalterado hasta la actualidad¹⁹⁷.

La reforma de 1994 incorpora, en la sección octava destinada al régimen educativo, el capítulo IV destinado a la educación universitaria¹⁹⁸.

En los incs. 3º y 4º del art. 205 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires se definen dos órganos del gobierno universitario: el Consejo Superior, presidido por un rector, y el Consejo Universitario, formado por los decanos y delegados de las diversas facultades que la integren. Además, se expresa que éstos ejercerán sus funciones *ad honorem* y se remite a la ley para determinar las condiciones y forma para su nombramiento. Esta reglamentación constitucional se debe encadenar con la regulación nacional en la materia, la ley 24.521 de Educación Superior, y la ley 26.206 de Educación Nacional.

La regulación provincial resulta consecuente con la particular naturaleza autonómica del régimen universitario reconocido expresamente por la Constitución Nacional, entendiendo que el texto del inc. 19 del art. 75 es extensivo a todas las universidades, ya que el término "nacional" no debe ser tenido en cuenta como limitativo a aquellas universidades dependientes del gobierno federal sino abarcativo de todas las instituciones creadas en nuestro país, es decir, incluyendo tanto a las

nado por el Poder Ejecutivo, quien deberá poseer versación en los problemas criminológicos y pospenitenciarios y tendrá similar nivel jerárquico y protocolar que el Jefe del Servicio Penitenciario".

¹⁹⁷ Art. 42, Const. prov.: "Las Universidades y Facultades científicas erigidas legalmente, expedirán los títulos y grados de su competencia, sin más condición que la de exigir exámenes suficientes en el tiempo en que el candidato lo solicite, de acuerdo con los reglamentos de las Facultades respectivas, quedando a la Legislatura la facultad de determinar lo concerniente al ejercicio de las profesiones liberales".

¹⁹⁸ "Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Capítulo IV: Educación Universitaria

"Art. 205: Las leyes orgánicas y reglamentarias de la educación universitaria, se ajustarán a las reglas siguientes:

"1- La educación universitaria estará a cargo de las Universidades que se fundaren en adelante.

"2- La enseñanza será accesible para todos los habitantes de la Provincia, y gratuita, con las limitaciones que la ley establezca.

"3- Las Universidades se compondrán de un Consejo Superior, presidido por el rector y de las diversas Facultades establecidas en aquéllas por las leyes de su creación.

"4- El Consejo Universitario será formado por los decanos y delegados de las diversas Facultades; y éstas serán integradas por miembros *ad honorem*, cuyas condiciones y nombramiento determinará la ley.

"5- Corresponderá al Consejo Universitario: dictar los reglamentos que exijan el orden y disciplina de los establecimientos de su dependencia; la aprobación de los presupuestos anuales que deben ser sometidos a la sanción legislativa; la jurisdicción superior policial y disciplinaria que las leyes y reglamentos le acuerden, y la decisión en última instancia de todas las cuestiones contenciosas decididas en primera instancia por una de las Facultades; promover el perfeccionamiento de la enseñanza; proponer la creación de nuevas Facultades y cátedras; reglamentar la expedición de matrículas y diplomas y fijar los derechos que puedan cobrarse por ellos.

"6- Corresponderá a las Facultades: la elección de su decano y secretario; el nombramiento de profesores titulares o interinos; la dirección de la enseñanza, formación de los programas y la recepción de exámenes y pruebas en sus respectivos ramos científicos; fijar las condiciones de admisibilidad de los alumnos; administrar los fondos que les corresponden, rindiendo cuenta al Consejo; proponer a éste los presupuestos anuales, y toda medida conducente a la mejora de los estudios o régimen interno de las Facultades".

provinciales como a las privadas. Éste fue el sentido dado en la Ley de Educación Superior al incorporar en su regulación a todas las universidades¹⁹⁹ y reconocer en el art. 29 su carácter autónomo definiendo sus alcances, especificando en los incs. a), b), h) e i)²⁰⁰ la potestad reglamentaria, de conformar sus órganos de gobierno, el régimen del personal docente y no docente, su designación y remoción.

La Ley de Educación Superior destina el capítulo VI dentro del título IV a las universidades provinciales para regular la educación superior universitaria, en el que establece que le serán aplicables las normas previstas en los primeros cuatro capítulos del título siempre que no se vulnere la condición autónoma de las provincias²⁰¹, debiendo señalar que la sección 2 del capítulo IV está destinado a los órganos de gobierno de las universidades nacionales, al que también remite el inc. b) del art. 69 destinado a las universidades provinciales.

En la provincia de Buenos Aires, por ley 11.465, se creó la Universidad Provincial del Sudoeste²⁰², en la que se reconoce la autonomía académica y financiera y se la condiciona a las exigencias constitucionales y legales vigentes en la materia. Éstas son, básicamente, la Ley de Educación Superior y Ley Nacional de Educación.

La norma de creación es reglamentada a través de su estatuto académico aprobado por el decreto 1139/2004 que, en su art. 1º²⁰³, vuelve a reiterar las condiciones de autonomía y autarquía que le concede la legislación vigente que, más allá de la

¹⁹⁹ Art. 26, ley 24.521: “La enseñanza superior universitaria estará a cargo de las universidades nacionales, de las universidades provinciales y privadas reconocidas por el Estado nacional y de los institutos universitarios estatales o privados reconocidos, todos los cuales integran el Sistema Universitario Nacional”.

²⁰⁰ Art. 29, ley 24.521, incs. a), b), h) e i): “Las instituciones universitarias tendrán autonomía académica e institucional, que comprende básicamente las siguientes atribuciones:

”a) dictar y reformar sus estatutos, los que serán comunicados al Ministerio de Cultura y Educación a los fines establecidos en el art. 34 de la presente ley;

”b) definir sus órganos de gobierno, establecer sus funciones, decidir su integración y elegir sus autoridades de acuerdo a lo que establezcan los estatutos y lo que prescribe la presente ley;

[...]

”h) Establecer el régimen de acceso, permanencia y promoción del personal docente y no docente;

”i) Designar y remover al personal...”.

²⁰¹ Art. 69, ley 24.521: “Los títulos y grados otorgados por las instituciones universitarias provinciales tendrán los efectos legales previstos en la presente ley, en particular los establecidos en los arts. 41 y 42, cuando tales instituciones:

”a) hayan obtenido el correspondiente reconocimiento del Poder Ejecutivo Nacional, el que podrá otorgarse previo informe de la Comisión Nacional de Evaluación y Acreditación Universitaria, siguiendo las pautas previstas en el art. 63;

”b) se ajusten a las normas de los Capítulos 1, 2, 3 y 4 del presente título, en tanto su aplicación a estas instituciones no vulnere las autonomías provinciales y conforme a las especificaciones que establezca la reglamentación”.

²⁰² Art. 1º (texto según ley 11.523), ley 11.465: “Créase la Universidad Provincial del Sudoeste, con sede en la ciudad de Pigué. Su organización y funcionamiento se ajustarán a las normas constitucionales y legales vigentes en la materia. Gozará de autonomía académica y autárquica financiera y administrativa”.

²⁰³ Art. 1º, dec. 1139/2004: “La Universidad Provincial del Sudoeste (UPSO) está creada por ley provincial 11.465 y su modificatoria (ley provincial 11.523) y puesta en marcha por el decreto provincial 3173/2000. La Universidad desarrolla su acción dentro del régimen de autonomía y autarquía que le concede la legislación vigente. En tales condiciones, está facultada para establecer sus propias normas, disponer de su patrimonio y administrarlo, confeccionar y ejecutar su presupuesto en el marco de las leyes de la Provincia de Buenos Aires, definir y organizar sus actividades de enseñanza e investigación, otorgar títulos habilitantes para el ejercicio profesional, relacionarse con otras instituciones,

mención de la propia ley 11.465, lo son tanto la ley nacional 24.521 y el art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional.

En el decreto mencionado se establecen los órganos de gobierno, tanto de la universidad como de las facultades, su forma de elección, atribuciones y condiciones de ejercicio.

Las autoridades que prevé el decreto para la universidad²⁰⁴ son las siguientes: Asamblea Universitaria²⁰⁵, Consejo Superior Universitario²⁰⁶, rector y vicerrector²⁰⁷, Órgano Empresarial Administrativo²⁰⁸, Consejo Social²⁰⁹. Para las facultades: Consejos Directivos²¹⁰, profesor decano y vicedecano²¹¹. También se contempla la intervención de un Tribunal Universitario fuera del título destinado al gobierno de la universidad²¹².

3.8. *Corporación de Fomento del Valle Bonaerense del Río Colorado*

Por decreto-ley 7948/1972 se crea un ente autárquico²¹³ cuya misión²¹⁴ es el desarrollo integral de la zona regable de los partidos de Villarino y Patagones, inclu-

elegir sus autoridades, designar, contratar y remover a sus profesores y personal de todos los órdenes y jerarquías, con arreglo al presente estatuto y a sus reglamentaciones”.

²⁰⁴ Art. 26, dec. 1139/2004: “El gobierno de la UPSO será ejercido con la participación de:

”a) Asamblea Universitaria.

”b) Rector y Vicerrector.

”c) Consejo Superior Universitario.

”d) Consejos Directivos.

”e) Órgano Empresarial Administrativo.

”f) Consejo Social”.

²⁰⁵ Caps. 2 y 3 del tit. IV del decreto 1139/2004.

²⁰⁶ Caps. 4 y 5 del tit. IV del decreto 1139/2004.

²⁰⁷ El cap. 6 del tit. IV del decreto 1139/2004 regula la designación y las atribuciones del rector y vicerrector.

²⁰⁸ El cap. 12 del tit. IV regula la conformación y las atribuciones del órgano empresarial administrativo.

²⁰⁹ El cap. 11 del tit. IV del decreto 1139/2004 regula la conformación y las atribuciones del Consejo Social.

²¹⁰ Los caps. 7 y 8 del tit. IV del decreto 1139/2004 regulan la conformación y las atribuciones del Consejo Directivo.

²¹¹ Los caps. 9 y 10 del tit. IV del decreto 1139/2004 regulan la elección y las atribuciones del decano y vicedecano.

²¹² Tit. III, cap. 3, art. 19 del decreto 1139/2004: “El Tribunal Universitario tiene la facultad de sustanciar juicios académicos, y entender en toda cuestión ético-disciplinaria en la que estuviere involucrado personal docente. El Tribunal Universitario estará integrado por profesores eméritos o consultos o por profesores titulares por concurso, que tengan una antigüedad en la docencia de por lo menos diez años”.

²¹³ Art. 1º (texto según decreto-ley 9835/1982), decreto-ley 7948/1972: “La Corporación de Fomento del Valle Bonaerense del Río Colorado (COR FO Río Colorado) funcionará como entidad autárquica con capacidad de derecho público y privado. Sus relaciones con el Poder Ejecutivo serán mantenidas por intermedio del Ministerio de Asuntos Agrarios.

”El domicilio legal, el asiento y la sede de la Corporación serán fijados por el Poder Ejecutivo dentro de la zona que especifica el art. 2º”.

²¹⁴ Art. 2º, dec.-ley 7948/1972: “La Corporación tiene por finalidad fomentar el desarrollo integral de la zona regable de los partidos de Villarino y Patagones. Dicha zona será determinada por el Poder Ejecutivo”.

yendo control ambiental, colonización, fomento e investigación, ejercicio del poder de policía en materia de uso de aguas y riego, forestación, mejor uso de las tierras, entre otras.

Dicha norma prevé que será conducido por un administrador general designado por el Poder Ejecutivo, exigiendo idoneidad técnica debidamente acreditada y acceso por concurso público. Debe tener como mínimo 25 años y título profesional de ingeniero o en alguna de las incumbencias dentro de la esfera de ciencias económicas (debe entenderse universitario)²¹⁵. Debe ser argentino o tener tres años de ejercicio de la ciudadanía, se le requiere residencia efectiva en la zona durante el ejercicio del cargo, en el cual durará por un lapso de cuatro años, pudiendo ser nuevamente designado, previa participación en concurso público²¹⁶. Se le aplicarán las incompatibilidades previstas en el régimen general de empleo público²¹⁷ y su reemplazante temporal en este caso, o en el de licencia, será el administrador general²¹⁸. El decreto-ley prevé la existencia de dos cargos gerenciales: técnico y administrativo, exigiendo solamente el título de Ingeniero para el primero de ellos²¹⁹.

Se dispone la creación de un organismo consultivo²²⁰ no permanente²²¹ cuyos cargos serán *ad honorem* y durarán cuatro años. Debe estar integrado en principio por cuatro miembros²²² designados por las entidades representativas de los usuarios de las aguas de la zona.

²¹⁵ Art. 7º, dec.-ley 7948/1972: "La Corporación será dirigida por un Administrador General designado por el Poder Ejecutivo mediante concurso público de títulos y antecedentes vinculados a las finalidades del Organismo, en la forma que establezca la reglamentación. El Administrador General debe ser persona de reconocida capacidad y conocimiento de las funciones a cumplir por la Corporación, tener una edad mínima de 25 años y ser profesional de la Ingeniería o Ciencias Económicas".

²¹⁶ Art. 8º, dec.-ley 7948/1972: "El Administrador General ejercerá sus funciones por el término de cuatro (4) años y podrá presentarse nuevamente a concurso. Debe ser argentino nativo o tener tres (3) años de ejercicio de la ciudadanía, en caso de ser naturalizado y tener residencia efectiva en la zona mientras duren sus funciones".

²¹⁷ Art. 9º, dec.-ley 7948/1972: "En caso de impedimento o ausencia temporaria del Administrador General será reemplazado por el Gerente Administrativo, quien tendrá sus mismas facultades y obligaciones".

²¹⁸ Art. 10, dec.-ley 7948/1972: "Serán de aplicación al Administrador General las incompatibilidades de carácter general que rigen para los agentes de la Administración Pública provincial.

"Cuando con posterioridad a su nombramiento el Administrador General fuera alcanzado por algunas de las habilidades o incompatibilidades indicadas en este artículo cesará en sus funciones".

²¹⁹ Art. 16, dec.-ley 7548/1972: "La Corporación contará con un Gerente Técnico, que deberá ser profesional de la Ingeniería...".

²²⁰ Art. 12, dec.-ley 7948/1972: "La Corporación contará con un Consejo Consultivo que estará integrado por cuatro (4) miembros y sus suplentes designados por las entidades representativas de los regantes de la zona, que serán establecidas por la reglamentación. Fijando su domicilio dentro del área de influencia de la Corporación".

²²¹ Art. 14, dec.-ley 7948/1972: "Los miembros del Consejo Consultivo mencionado en el art. 12 durarán cuatro (4) años en sus cargos, pudiendo ser reelegidos. No percibirán retribuciones por su función.

El Consejo Consultivo será convocado por el Administrador General de la Corporación cuando asuntos de interés general así lo aconsejen o a petición de éstos y por lo menos una vez al año".

²²² Art. 13, dec.-ley 7948/1972: "Se modificará en uno (1) o más el número de los miembros mencionados en el artículo anterior, cuando la Corporación destine de su presupuesto de gastos una suma mayor del diez por ciento (10%) a la realización de una actividad diferente a la de riesgo, a la que se abocará el representante electo. Se procederá de igual forma cuantas veces se afecte un diez por

3.9. Instituto Cultural de la Provincia de Buenos Aires

La ley 13.056 crea como ente autárquico²²³ al Instituto Cultural de la Provincia de Buenos Aires, cuya misión está definida, en general, en su art. 4º²²⁴. Tiene bajo su esfera los teatros²²⁵, bibliotecas, museos y el archivo histórico, todos provinciales. La actual Ley de Ministerios 13.757 lo ha contemplado específicamente a través del art. 35.

En el art. 13, ley 13.056, se dispone que el organismo será conducido por un presidente designado por el Poder Ejecutivo, estableciendo que no se trata de un funcionario escalafonario y equiparando su remuneración a la correspondiente al cargo de secretario²²⁶. En su art. 17 requiere que sea ciudadano argentino e indica una serie de incompatibilidades²²⁷. En su art. 18 dispone una cláusula enunciativa de los supuestos de responsabilidad por el ejercicio del cargo²²⁸.

Se crea un organismo asesor consultivo con cargos *ad honorem*²²⁹ compuesto por seis integrantes²³⁰ designados todos por el Poder Ejecutivo, de los cuales uno lo

ciento (10%) del presupuesto de gastos a una nueva función de acuerdo al art. 3º. La reglamentación establecerá la elección y cese de funciones de los nuevos miembros”.

²²³ Art. 3º, ley 13.056: “Créase el Instituto Cultural de la Provincia de Buenos Aires, como entidad autárquica de derecho público, con dependencia directa del Poder Ejecutivo y capacidad para actuar pública o privadamente dentro del ámbito de la competencia que le asigna la presente ley”.

²²⁴ Art. 4º, ley 13.056: “El Instituto Cultural es el órgano de gobierno encargado de asistir al Ejecutivo Provincial en el diseño, ejecución y supervisión de las políticas provinciales en materia de conservación, promoción, enriquecimiento, difusión y extensión del patrimonio histórico y artístico-cultural de la Provincia de Buenos Aires”.

²²⁵ Art. 2º, ley 12.268: “Decláranse comprendidos en las disposiciones de la presente Ley los siguientes organismos: Teatro Argentino de La Plata; Comedia de la Provincia de Buenos Aires; Teatro Auditorium y Roberto Payró de Mar del Plata; el Ballet del Sur y la Orquesta Sinfónica Provincial de Bahía Blanca”.

²²⁶ Art. 13, ley 13.056: “El Instituto Cultural estará dirigido y administrado por un Presidente designado por el Poder Ejecutivo Provincial. Será funcionario no escalafonario y percibirá una remuneración equivalente a la de Secretario”.

²²⁷ Art. 17, ley 13.056: “El Presidente deberá ser ciudadano argentino. No podrá ejercer dicho cargo:

”1. Quienes tengan relaciones comerciales, financieras, profesionales o técnicas con el Instituto.

”2. Quienes se encuentren procesados por delitos cometidos contra el Estado.

”3. Los condenados en causa penal por delitos comunes cometidos con dolo.

”4. Los inhabilitados legalmente.

”5. Quienes actúen como actores o demandados en juicios contra el Estado, relacionados con la materia de competencia del Instituto.

”6. Los comprendidos en las inhabilidades de orden ético o legal que, para los funcionarios de la Administración Pública, establezca la reglamentación vigente.

”7. Los que se encuentren desempeñando cargos electivos nacionales, provinciales o municipales, mientras no les sea aceptada su renuncia indeclinable al mismo”.

²²⁸ Art. 18, ley 13.056: “El Presidente asume, en forma solidaria con los funcionarios pertinentes del área, la responsabilidad civil, penal y administrativa que corresponda por el mal manejo de la cosa pública”.

²²⁹ Art. 15, ley 13.056: “Los Consejeros serán nombrados por el Poder Ejecutivo Provincial a propuesta de los sectores correspondientes y su desempeño será *ad honorem*”.

²³⁰ Art. 14, ley 13.056: “El Presidente será asesorado por el Consejo para la Democracia Cultural, integrado por seis consejeros:

”Uno en representación del Poder Ejecutivo Provincial.

será en representación de los trabajadores de planta de los organismos bajo la órbita del instituto, otro en representación de las entidades culturales, tres en representación de las regiones culturales, todos a propuesta de los sectores correspondientes, salvo quien va en representación del mismo Poder Ejecutivo. El decreto 1690/2006, luego modificado por el decreto 3518/2004, establece las condiciones, duración, incompatibilidades y forma de elección de los consejeros.

3.10. Dirección de Vialidad

La Dirección de Vialidad como ente autárquico²³¹ se encuentra regida por el decreto-ley 9888/1978. La norma dispone que su conducción esté a cargo de un administrador general y un subadministrador general que lo reemplazará en caso de ausencia. Su nombramiento es privativo del Poder Ejecutivo. Se requiere para el cargo ser argentino nativo o con diez años de ciudadanía, título universitario y notoria (reconocimiento acreditado) experiencia vial en la especialidad que le es afín. En el caso del subadministrador, los requisitos de ciudadanía son idénticos, pero para la cobertura de este cargo no se requiere título universitario sino probados antecedentes de actuación en organismos públicos y privados²³², los que deben entenderse como afines con la función a desempeñar en la Dirección de Vialidad. Las remuneraciones de ambos funcionarios deben ser determinadas por ley de presupuesto.

El decreto-ley también prevé la presencia de un ingeniero jefe, que debe ser elegido entre los profesionales de carrera de la propia Dirección, debiendo reunir, al igual que el administrador y subadministrador, la condición de ser argentino nativo o con diez años de ciudadanía y acreditar título de ingeniero civil, en vías de comunicación o equivalente²³³.

²³¹ 1. Uno en representación de los trabajadores de planta de los organismos.

²³² 2. Uno en representación de las entidades culturales provinciales.

²³³ 3. Tres en representación de las regiones culturales”.

²³¹ Art. 1º (texto según dec.-ley 8988/1978), dec.-ley 7543/1972: “La Dirección de Vialidad será administrada por un Administrador General y un Subadministrador General que lo reemplazará en caso de ausencia. Serán designados por el Poder Ejecutivo y durarán cuatro (4) años en el ejercicio de sus funciones”.

²³² Art. 8º (texto según dec.-ley 8988/1978), dec.-ley 7543/1972: “La Dirección de Vialidad será administrada por un Administrador General y un Subadministrador General que lo reemplazará en caso de ausencia. Serán designados por el Poder Ejecutivo y durarán cuatro (4) años en el ejercicio de sus funciones.

”El Administrador General deberá ser argentino nativo o naturalizado con diez (10) años de ciudadanía, graduado en el nivel universitario y con notoria experiencia vial probada en la especialidad que le es afín.

”El Subadministrador General deberá ser argentino nativo o naturalizado con diez (10) años de ciudadanía y con probados antecedentes de actuación en organismos viales públicos o privados.

”El Subadministrador General deberá ser argentino nativo o naturalizado con diez (10) años de ciudadanía y con probados antecedentes de actuación en organismos viales públicos o privados.

”Las remuneraciones de los mismos serán las que determine el respectivo presupuesto”.

²³³ Art. 11 (texto según dec.-ley 8869/1977), dec.-ley 7543/1972: “En la Dirección de Vialidad habrá un Ingeniero Jefe, que será secundado por las dependencias que se establezcan en la respectiva Estructura Orgánica funcional. La designación de este funcionario se efectuará entre los profesionales de carrera de la Dirección, y deberá ser argentino nativo o naturalizado con diez (10) años de ciudadanía, profesional de la Ingeniería con título de Ingeniero Civil, en Vías de Comunicación o equivalente”.

3.11. *Presidente del Servicio Provincial de Agua Potable y Saneamiento Rural*

Este ente autárquico²³⁴ fue creado por decreto-ley 7533/1969 y actualmente está conducido por un funcionario denominado presidente²³⁵. Este último debe ser designado por el Poder Ejecutivo, actualmente a propuesta del Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos.

3.12. *Instituto de la Vivienda*

Este ente autárquico²³⁶ fue constituido como tal por el decreto-ley 9573/1980 y actualmente se encuentra bajo la órbita del Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos.

Su conducción está encomendada a un funcionario denominado administrador general y su reemplazo, en caso de corresponder, estará a cargo de un Subadministrador general²³⁷; éstos serán designados por el Poder Ejecutivo y deben ser argentinos nacidos o con diez años de ciudadanía. El decreto-ley prevé inhabilidades e incompatibilidades para ejercer el cargo²³⁸.

²³⁴ Art. 1° (texto según dec.-ley 7899/1972), dec.-ley 7533/1969: "Créase el Servicio Provincial de Agua Potable y Saneamiento Rural (SPAR) que funcionará como Organismo descentralizado con capacidad de derecho público y privado, cuyo domicilio legal y sede se establece en la ciudad de La Plata. Sus relaciones con el Poder Ejecutivo serán mantenidas por intermedio del Ministerio de Obras Públicas".

²³⁵ Art. 4° (texto según ley 11.546), dec.-ley 7533/1969: "La Administración del Servicio Provincial de Agua Potable y Saneamiento Rural (SPAR) estará a cargo de un funcionario con rango de Presidente, designado por el Poder Ejecutivo a propuesta del Ministerio de Obras y Servicios Públicos".

²³⁶ Art. 1°, dec.-ley 9573/1980: "El Instituto de la Vivienda de la Provincia de Buenos Aires funcionará como entidad autárquica de derecho público, con capacidad para actuar pública o privadamente dentro del ámbito de la competencia que le asigna la presente ley.

"Tendrá su domicilio legal en la ciudad de La Plata y mantendrá sus relaciones con el Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Obras Públicas".

²³⁷ Art. 4°, dec.-ley 9573/1980: "El Instituto de la Vivienda será dirigido por un Administrador General, secundado por un Subadministrador General designados por el Poder Ejecutivo. El Subadministrador General será el reemplazante natural del Administrador General, en caso de ausencia, impedimento o acefalía.

"Para ocupar los cargos de Administrador General o Subadministrador General se requiere ser argentino nativo o naturalizado con diez (10) años de ciudadanía y no estar comprendido en ninguna de las inhabilidades establecidas en el artículo siguiente".

²³⁸ Art. 5°, dec.-ley 9573/1980: "No podrán ejercer las funciones de Administrador y Subadministrador General:

"a) Los condenados en causa criminal por delitos comunes.

"b) Los concursados civilmente a los declarados en estado de quiebra.

"c) Los comprendidos en las inhabilidades de orden ético o legal que para los funcionarios de la Administración Pública establezca la legislación vigente.

"d) Los que se encuentran desempeñando cargos electivos nacionales, provinciales o municipales.

"e) Los que por el desarrollo de sus actividades privadas estén ligados directa o indirectamente a empresas proveedoras de elementos o a adjudicatarios de licitaciones en las que intervenga el Instituto".

3.13. Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires (OCEBA)

La ley 11.769 establece el marco regulatorio eléctrico de la provincia de Buenos Aires. Allí prevé un organismo de control constituido como ente autárquico²³⁹, la conducción de éste estará a cargo de un directorio compuesto por cinco miembros designados por el Poder Ejecutivo, habrá un presidente que ejercerá la representación legal y, en caso de corresponder, será reemplazado por un vicepresidente²⁴⁰.

Los directores, para acceder a sus cargos, deberán acreditar antecedente técnicos y profesionales en la materia. Durarán en sus tareas por un lapso de cinco años con la posibilidad de ser nombrados sin límite, pero cesarán en sus cargos en forma anual y escalonada²⁴¹. Tendrán dedicación exclusiva, se les aplican las incompatibilidades de la ley general de empleo público y para su remoción se requiere acto fundado del Poder Ejecutivo²⁴². La ley estipula una incompatibilidad funcional específica al prohibir a los miembros del directorio ser propietarios o tener interés alguno, ya sea directo o indirecto, en empresas que sean agentes de la actividad eléctrica, sus controladas o controlantes²⁴³.

Se crea como organismo de control la Sindicatura de Usuarios²⁴⁴, cuyos integrantes desempeñarán sus funciones *ad honorem*. Este organismo debe representar los intereses de los usuarios y se integra por las asociaciones legalmente constituidas

²³⁹ Art. 55, ley 11.769: "El Organismo de Control gozará de autarquía y tendrá plena capacidad jurídica para actuar en el ámbito del derecho público y privado, y su patrimonio estará constituido por los bienes que se le transfieren y por los que adquiera en el futuro por cualquier título. Para el adecuado cumplimiento de las funciones de fiscalización y control que le son propias, se lo dotará de los recursos y estructura necesarios. Tendrá su sede en la ciudad de La Plata".

²⁴⁰ Art. 60, ley 11.769: "El presidente ejercerá la representación legal del organismo y en caso de impedimento o ausencia transitoria será reemplazado por el vicepresidente".

²⁴¹ Art. 56, ley 11.769: "El Organismo de Control será dirigido por un Directorio integrado por cinco miembros de los cuales uno será su Presidente, otro su Vicepresidente, y los restantes vocales.

"Los miembros del Directorio serán seleccionados entre personas con aprobados antecedentes técnicos y profesionales en la materia, y designados por el Poder Ejecutivo.

"Su mandato durará cinco años, y podrá ser renovado en forma indefinida. Cesarán en sus mandatos en forma escalonada cada año. A los efectos de permitir tal escalonamiento, al designarse el primer Directorio se establecerá que por única vez, el mandato del Vicepresidente será de cuatro años, el del Primer Vocal de tres años, el del Vocal Segundo de dos años, y el del Vocal Tercero de un año".

²⁴² Art. 58, ley 11.769: "Los miembros del Directorio tendrán dedicación exclusiva en sus funciones, alcanzándoles las incompatibilidades fijadas por ley para los funcionarios públicos, y sólo podrán ser removidos de sus cargos por acto fundado del Poder Ejecutivo".

²⁴³ Art. 59, ley 11.769: "Los miembros del Directorio no podrán ser propietarios ni tener interés alguno, directo ni indirecto, en empresas reconocidas como agentes de la actividad eléctrica por el art. 7º de esta Ley, ni en sus controladas o controlantes".

²⁴⁴ Art. 57, ley 11.769: "Créase en el ámbito del Organismo de Control la Sindicatura de Usuarios, la que tendrá como función representar los intereses de los usuarios del servicio público de electricidad. La Sindicatura de Usuarios será integrada por las asociaciones legalmente constituidas e inscripta en el Registro Único de Asociaciones de Usuarios y Consumidores de la provincia de Buenos Aires, en la forma que establezca la reglamentación.

"La Sindicatura de Usuarios dispondrá de un presupuesto de hasta el siete por ciento (7%) del total del presupuesto asignado al Organismo, para su funcionamiento, conforme el mecanismo de distribución que establezca la propia Sindicatura. Los representantes de los usuarios prestarán sus funciones absolutamente *ad honorem*".

e inscriptas en el Registro Único de Asociaciones de Usuarios y Consumidores de la provincia.

3.14. Comisión Provincial de la Memoria

La ley 12.483 crea un organismo cuya misión fundamental es la de preservar la memoria colectiva respecto de los aberrantes hechos cometidos durante la última dictadura militar, a través de distintos objetivos previstos en el art. 2° de la norma²⁴⁵.

El organismo tiene una particular constitución, actualmente prevista en el art. 5°²⁴⁶: se integra con los actuales miembros de la Comisión Provincial para la Memoria (al momento de la reforma por ley 12.611), a los que deben sumarse tres senadores, representantes de los distintos bloques políticos, así también debe estar integrado por personas representativas de la última dictadura militar, la de 1955 y la llamada Revolución Argentina y de las víctimas de la aplicación del Plan Conintes.

El anterior art. 5° establecía que la comisión se integraría con seis legisladores, tres por cada Cámara, ocho personas representativas de reconocida trayectoria en el ámbito político, académico y de los derechos humanos y cuatro personalidades notables de la comunidad bonaerense.

La redacción anterior²⁴⁷ preveía que los cargos duraban dos años con posibilidad de reelección indefinida. La designación correspondía a cada Cámara en mitades

²⁴⁵ Art. 2°, ley 12.483: "Se establecen como objetivos de la Comisión Provincial de la Memoria:

"a) Contribuir a mantener viva la historia reciente de nuestro país en la memoria de los bonaerenses y a transmitir a las futuras generaciones las lecciones y legados de esas épocas.

"b) Fomentar el estudio, la investigación y la difusión de los hechos vinculados con el autoritarismo durante todos los golpes militares y, en particular, con el terrorismo de Estado durante la dictadura militar instaurada a partir de 1976. Asimismo fomentar el estudio, investigación y difusión de las luchas sociales y populares llevadas a cabo en el territorio de la Provincia y la Nación toda.

"c) Contribuir a la educación y difusión de este tema, diseñar contenidos curriculares para la enseñanza básica y superior y planes de divulgación en los medios de comunicación.

"d) Recopilar, archivar y organizar toda la documentación relacionada con los artículos precedentes con el fin primordial de garantizar la preservación, creando una base de datos, a disposición de los tribunales que tramiten cuestiones conexas, de los Organismos de Derechos Humanos y de toda aquella persona que tenga un interés legítimo.

"e) Promover la puesta en funcionamiento de un Sitio de la memoria que ponga de manifiesto la voluntad de los bonaerenses de no olvidar los trágicos hechos de nuestro pasado reciente y de construir una sociedad coherente con los valores democráticos y humanitarios de tolerancia y solidaridad.

"f) Prestar colaboración a los organismos de Derechos Humanos que tengan objetivos acordes a los de la Comisión, a fin de contribuir al desarrollo y cumplimiento de los mismos.

"g) (Incorporado por ley 12.611) Apoyar el desarrollo de los denominados Juicios por la Verdad que llevan adelante las Cámaras Federales de La Plata y Bahía Blanca así como todas las instancias judiciales que se encuentren en curso o se abran en el futuro para la búsqueda de la verdad y la justicia".

²⁴⁶ Art. 5° (texto ley 12.611.), ley 12.483: "La mencionada Comisión se integra con los actuales miembros de la Comisión Provincial de la Memoria a los que sumarán tres senadores, representantes de los distintos bloques políticos. Asimismo, deberá integrar a personas representativas de la lucha contra la última dictadura militar, la de 1955 y la llamada Revolución Argentina y de las víctimas de la aplicación del Plan Conintes".

²⁴⁷ Art. 5°, ley 12.483: "La mencionada comisión estará integrada por seis (6) legisladores, tres (3) de cada cámara, ocho (8) personas representativas de reconocida trayectoria en el ámbito político, académico y de los derechos humanos, y cuatro (4) personalidades notables de la comunidad bonaerense, la duración en todos los cargos será de dos (2) años, sus miembros podrán ser reelectos indefinidamente. La designación de los integrantes de la comisión estará a cargo de cada cámara en mitades iguales".

iguales. Actualmente este artículo no rige, el nuevo mantiene a los integrantes que conformaban la comisión y amplía su composición debiendo designarse tres senadores representantes de los distintos bloques políticos y personas representativas de la lucha contra las dictaduras militares. Además, no establece plazo de duración para los cargos de sus integrantes. En los fundamentos de la reforma introducida por la ley 12.611 se expresa el sentido de ampliar el núcleo de “los recordadores”, sumar a otros sujetos sociales y otras representaciones, ampliando “no sólo la mirada a la última dictadura militar sino también a la historia del autoritarismo de nuestro país”, abarcando no sólo a las víctimas del terrorismo de Estado, sino también a los ex combatientes de Malvinas y las víctimas de esa guerra.

3.15. *Autoridad del Agua*

La ley 12.257, Código de Aguas, dispone la constitución de un ente autárquico denominado Autoridad del Agua, estableciéndose en su art. 3° las funciones en general y su designación en cabeza del Poder Ejecutivo²⁴⁸.

A través del decreto 2814/2000 fue reglamentada su constitución, allí se determinó que el organismo tendrá estructura de directorio con cinco miembros: un presidente, un vicepresidente y tres vocales. Éstos durarán en sus funciones cuatro años gozando de estabilidad. Tendrán rango y retribución de subsecretario²⁴⁹.

3.16. *Organismo de Control de Aguas de Buenos Aires (OCABA)*

El OCABA reemplaza al ORAB, el que a su vez había reemplazado al ORBAS, organismo de contralor previsto en la ley 11.820, marco regulatorio para la prestación de los servicios públicos de provisión de agua potable y desagües cloacales en la provincia de Buenos Aires, a través del decreto 878/2003, luego convalidado por el art. 33, ley 13.154 de presupuesto del año 2004.

El Poder Ejecutivo, en uso de las atribuciones conferidas por la ley 12.858, aprobó un nuevo marco regulatorio del servicio de agua potable y servicios cloacales y creó un nuevo ente como autoridad de control del servicio denominado Organismo

²⁴⁸ Art. 3°, ley 12.257: “Créase un ente autárquico de derecho público y naturaleza multidisciplinaria que tendrá a su cargo la planificación, el registro, la constitución y la protección de los derechos, la policía y el cumplimiento y ejecución de las demás misiones que este Código y las Leyes que lo modifiquen, sustituyan o reemplacen.

”Por vía reglamentaria se dispondrá su organización y funcionamiento sobre la base de la descentralización operativa y financiera.

”Cumplirá sus objetivos, misiones y funciones bajo la dependencia del Poder Ejecutivo

”Se denominará Autoridad del Agua y será designada por el Poder Ejecutivo”.

²⁴⁹ Art. 1°, dec. 2814/2000: “La Autoridad del Agua, para el cumplimiento de los fines indicados en la ley 12.257, estará compuesta por un Organismo Colegiado que cumplirá las funciones de autoridad de aplicación y control de la mencionada Ley, y estará integrado por cinco miembros, que gozarán de estabilidad por un período de cuatro años, conformado por un presidente, un vicepresidente y tres vocales, con rangos y retribuciones equivalentes al cargo de Subsecretario”.

de Control de Aguas de Buenos Aires (OCABA)²⁵⁰; éste, como sus antecesores, constituye un ente autárquico²⁵¹.

La conducción estará en cabeza de un directorio de cinco miembros, de los cuales uno se desempeñará como presidente, otro como vicepresidente y los restantes tres como vocales, todos designados por el Poder Ejecutivo, pero uno de ellos lo será a propuesta del sindicato de Obras Sanitarias de Buenos Aires y otro a propuesta de las asociaciones de usuarios más representativas del sector, inscriptas en el Registro Único de Asociaciones de Usuarios y Consumidores de la provincia. Asimismo, son requisitos para desempeñar el cargo: tener acreditados conocimientos técnicos y profesionales en la materia y ser graduados universitarios con cinco años en la profesión. Deben tener dedicación exclusiva, salvo la actividad docente. Se les aplican las incompatibilidades previstas en la ley 10.430 como régimen general del empleado público y se establece una incompatibilidad funcional al prohibírseles ser propietarios o tener interés directo o indirecto en empresas o grupos de empresas que constituyan agentes de las actividades del servicio público sanitario, ni sus controladas o controlantes, con excepción de los que por su condición de usuarios fueren socios de cooperativas de servicios públicos²⁵².

Durarán en sus cargos cuatro años y pueden ser reelegidos por un período más. Sólo pueden ser removidos por acto fundado del Poder Ejecutivo²⁵³. Se prevé suspensión preventiva e inmediata respecto del funcionario sobre el que recaiga auto de

²⁵⁰ Art. 79, dec. 878/2003: "Creación. Créase el Organismo de Control del Agua de Buenos Aires (OCABA) como autoridad de control del concesionario y de los servicios a su cargo".

²⁵¹ Art. 80: "Estructura del OCABA. El OCABA gozará de autarquía y tendrá plena capacidad jurídica para actuar en el ámbito del derecho público y privado, y su patrimonio estará constituido por los bienes que se le transfieran y por los que adquiriera en el futuro por cualquier título. Para el adecuado cumplimiento de las funciones de fiscalización y control que le son propias, se lo dotará de los recursos y estructura necesarios. Tendrá su sede en la ciudad de La Plata. El OCABA mantendrá su relación con el Poder Ejecutivo a través del Ministerio de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos, el que propiciará su estructura orgánica para su aprobación por el Poder Ejecutivo".

²⁵² Art. 81, dec. 878/2003: "Integración del OCABA. El OCABA será dirigido y administrado por un Directorio integrado por cinco (5) miembros, uno de los cuales será su Presidente, otro su Vicepresidente, y los restantes vocales. Los miembros del Directorio serán designados por el Poder Ejecutivo Provincial. Uno de ellos será nombrado a propuesta del Sindicato Obras Sanitarias de la Provincia de Buenos Aires, y otro, a propuesta de las asociaciones de Usuarios más representativas del sector, debidamente inscripta de conformidad con la legislación vigente.

"Los miembros del Directorio deberán contar con probados conocimientos técnicos y profesionales en la materia. Preferentemente deberán ser graduados universitarios, todos ellos con más de cinco (5) años en el ejercicio de la profesión.

"Los miembros del Directorio tendrán dedicación exclusiva durante su mandato, con excepción de la actividad docente, alcanzándoles las incompatibilidades fijadas por ley para los funcionarios públicos. No podrán ser propietarios ni tener interés alguno directo y/o indirecto en empresas o grupos de empresas reconocidas como agentes de las actividades del servicio público sanitario, ni en sus controladas o controlantes, excepto para aquellos Usuarios de cooperativas de servicios públicos de las cuales los miembros del Directorio sean asociados".

²⁵³ Art. 82, dec. 878/2003: "Duración del Mandato. El mandato de los miembros del Directorio durará cuatro (4) años, y podrá ser renovado por el Poder Ejecutivo por un período más. Los Directores podrán ser removidos por acto fundado del Poder Ejecutivo".

procesamiento por delito doloso²⁵⁴. Podemos ver como esta norma, por un lado, es más gravosa que la ley 10.430, ya que no exige privación de la libertad para dictar la medida preventiva; pero, por el otro, resulta más estrecha, ya que sólo contempla a los delitos dolosos, a diferencia de aquélla que lo hace respecto de la privación de la libertad por autoridad policial o judicial, por acusación por comisión de un delito penal o falta contravencional o simplemente averiguación de hechos delictuosos²⁵⁵.

3.17. *Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario*

Este organismo fue creado en virtud de la concesión de la Nación a la provincia del servicio ferroviario interurbano de pasajeros dentro del ámbito de esta última, ello como consecuencia de la aplicación de la ley 23.696 de Reforma del Estado y la aprobación del convenio de concesión por ley 11.547.

Dicha actividad fue asignada a un organismo creado por decreto 99/1993 del Poder Ejecutivo, emitido en virtud de la habilitación legal al Poder Ejecutivo para crear entes autárquicos que absorban competencias de la Administración central conferida por el art. 8º, ley 11.184 de Reconversión y Emergencia Administrativa en la provincia de Buenos Aires.

A través del decreto 3532/1993²⁵⁶, dictado también en virtud de la atribución otorgada por el art. 8º, ley 11.184 —prorrogada por ley 11.369—, se asignó a dicho organismo el carácter de entidad autárquica, pero con la particularidad de hacerlo transitoriamente hasta que se transfieran los servicios al sector privado.

Vencido el plazo de ciento ochenta días del decreto 3532/1993, a través del cual se le asignara naturaleza de ente autárquico al organismo, dicho plazo se prorrogó por un año más por decreto 1350/1994, luego por otro año a través de decreto 796/1996 y, finalmente, por decreto 4678/1998 se dispuso que la prórroga no tuviera plazo cierto y lo fuera hasta la fecha de la efectiva transferencia de los servicios ferroviarios al sector privado²⁵⁷.

La conducción del organismo fue establecida por el art. 2º del decreto 99/1993²⁵⁸, luego complementado por el decreto 1151/2004, el que a su vez fue modificado por

²⁵⁴ Art. 83, dec. 878/2003: "Suspensión. Será suspendido preventivamente y en forma inmediata en el ejercicio de sus funciones, aquel funcionario del OCABA sobre el que recaiga autos de procesamiento por delito doloso".

²⁵⁵ Segundo párrafo del art. 97, ley 10.430: "Asimismo, se dispondrá la suspensión preventiva del agente que sufra privación de la libertad ordenada por autoridad policial o judicial, acusado de la comisión de un delito, de transgresión al Código de Faltas o simplemente de averiguación de hechos delictuosos".

²⁵⁶ Art. 1º, dec. 3532/1993: "Confírese a la Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario Provincial, creada por decreto 99/1993, el carácter de Entidad Autárquica de Derecho Público, por el plazo de ciento ochenta días (180) a partir de la publicación del presente".

²⁵⁷ Art. 1º, dec. 4678/1998: "Prorrógase la vigencia de la autarquía administrativa conferida por el decreto 3532/1993, ampliada por sus similares 1350/1994 y 796/1996, a la Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario Provincial, hasta la fecha de la efectiva transferencia al sector privado de los servicios ferroviarios prestados por la misma".

²⁵⁸ Art. 2º, dec. 99/1993: "La Unidad Ejecutora estará presidida por un administrador general secundado por un subadministrador general, designados por el Poder Ejecutivo. El subadministrador general será el reemplazante natural del administrador general, en caso de ausencia, impedimento o acefalía".

decreto 3067/2004. Allí se dispone que debe ser conducido por un administrador general con rango de director provincial²⁵⁹ y un subadministrador general, con rango de director general, quien lo reemplaza en caso de corresponder. Ambos deben ser designados por el Poder Ejecutivo a propuesta del ministro de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos²⁶⁰. En el decreto 99/1993 también se creó un consejo asesor compuesto por cuatro integrantes que representarían al Ministerio de Obras y Servicios Públicos, Producción (actualmente Asuntos Agrarios y Producción), Gobierno y Justicia (actualmente jefatura de Gabinete y gobierno desdoblado de justicia) y de Economía, a designar por el Poder Ejecutivo a propuesta de cada uno de los ministerios²⁶¹.

3.18. *Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de las policías de la provincia de Buenos Aires*

Por ley 13.236 se regula el funcionamiento de la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de las policías de la provincia de Buenos Aires, la que ha sido organizada como ente autárquico²⁶².

Para su conducción se dispone la conformación de un directorio integrado por cinco miembros designados por el Poder Ejecutivo²⁶³. De ellos, uno será presidente, quien debe ser un oficial retirado; un vicepresidente, que debe reunir como condi-

²⁵⁹ Art. 5º, dec. 1151/2004: "Determinase para la Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario Provincial los siguientes cargos: Administrador General equiparado al cargo de Director Provincial de la ley 10.430 y su reglamentación, Subadministrador General equiparado al cargo de Director General de la ley 10.430 y su reglamentación; Gerente General; Gerente de Operaciones; Gerente de Ingeniería, todos ellos con rango y remuneración equivalente al cargo de Director de la ley 10.430".

²⁶⁰ Art. 4º (según texto del dec. 367/2004), dec. 1151/2004: "La Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario Provincial será presidida por un Administrador General, secundado por un Subadministrador General, designados por el Poder Ejecutivo a propuesta del señor Ministro de Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos. El Subadministrador General será el reemplazante del Administrador General en caso de ausencia, impedimento o acefalía".

²⁶¹ Art. 3º, dec. 99/1993: "La Unidad Ejecutora será asistida por un Consejo Asesor compuesto por cuatro (4) miembros representantes de los ministerios de Obras y Servicios Públicos, de la Producción, Gobierno y Justicia y de Economía, que serán designados por el Poder Ejecutivo a propuesta de cada una de las citadas jurisdicciones. Asesorará al administrador general en aquellos asuntos vinculados a la política y planes ferroviarios, como así también sobre aquellos temas de significación relacionados con la competencia del organismo".

²⁶² Art. 1º, ley 13.236: "La Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de las Policías de la Provincia de Buenos Aires, funcionará de acuerdo con las disposiciones de esta ley y su decreto reglamentario y estará destinada a realizar, en el ámbito policial, los fines del Estado en materia de previsión social. Actuará autárquicamente como persona jurídica de derecho público, dependiente del Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Seguridad".

²⁶³ Art. 3º, ley 13.236: "La Caja será gobernada y administrada por un Directorio integrado por un (1) Presidente, un (1) Vicepresidente y tres (3) Vocales Directores designados por el Poder Ejecutivo. Ejercerá la Presidencia un Oficial Retirado; la Vicepresidencia un suboficial retirado; una vocalía será desempeñada por un oficial retirado o en actividad; una vocalía será desempeñada por un suboficial retirado o en actividad; y una vocalía será desempeñada por un representante del Poder Ejecutivo especialista en materia previsional.

"Los representantes de las Policías serán designados de una terna propuesta por las entidades que nuclean al personal policial actualmente existentes o las que se creen en el futuro y cuenten con personería jurídica, carezcan de fines de lucro y no realicen actividades políticas".

ción ser suboficial retirado; en tanto, las vocalías deberán ser ocupadas por un oficial retirado o en actividad, un suboficial retirado o en actividad y uno designado por el Poder Ejecutivo, quien debe cumplir como recaudo ser especialista en materia provisional. Salvo este último supuesto, los otros cuatro cargos deben ser elegidos de una terna propuesta por las entidades con personería jurídica y sin fines de lucro que nucleen al personal policial. Se exige que dichas entidades no realicen actividades políticas. Los directores durarán en sus cargos cuatro años, renovándose por mitades, estableciendo la ley el orden para ello. No pueden ser reelectos en forma continuada, debiendo para ello esperar un período completo²⁶⁴. La norma contempla una incompatibilidad funcional prohibiéndoles desarrollar actividad privada vinculada en forma directa o indirecta con la materia previsional²⁶⁵.

Los miembros del directorio tienen derecho a percibir gastos de representación, los que serán fijados por ley de presupuesto, y tendrá como techo el monto que se les reconozca a los integrantes de otros organismos previsionales provinciales²⁶⁶.

Asimismo, los que tengan estado policial, la norma les garantiza independencia respecto de la estructura jerárquica policial al eximirlos del deber de obediencia²⁶⁷.

Como en otras leyes, se expresa la responsabilidad personal y solidaria de los directores respecto de los actos en que hayan participado, siempre que hayan expresado su voluntad al respecto y se detectare dolo o culpa evidente o manifiesta. Se aclara que lo es sin perjuicio de la responsabilidad que les cabe como funcionarios públicos²⁶⁸.

3.19. Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires

Actualmente la ley 13.364 regula el funcionamiento y la organización de la Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires como entidad autárquica²⁶⁹.

²⁶⁴ Art. 5º, ley 13.236: "Los miembros del Directorio durarán cuatro (4) años. Se renovarán parcialmente cada dos (2) años, cesando en la primera oportunidad el Vicepresidente y la vocalía del oficial retirado o en actividad, luego los otros cargos y así sucesivamente. No podrán ser designados nuevamente sino después de transcurrido un período completo, por lo menos".

²⁶⁵ Art. 4º, ley 13.236: "No podrán desempeñarse como miembros del directorio quienes desarrollen actividades de índole privada que estén ligadas, directa o indirectamente con la materia previsional".

²⁶⁶ Art. 11, ley 13.236: "Los integrantes del Directorio tendrán derecho a percibir Gastos de Representación que fijará anualmente el presupuesto operativo de la Caja y que en ningún caso podrán ser superiores a los establecidos por el Poder Ejecutivo, en similitud de cargos con otros organismos previsionales provinciales".

²⁶⁷ Art. 12, ley 13.236: "En cuanto corresponda, los miembros del directorio que tuvieren estado policial, quedan relevados del deber de obediencia en todo lo referido a sus deberes y atribuciones como integrantes del directorio de la Caja".

²⁶⁸ Art. 13, ley 13.236: "Los miembros del directorio responden en forma personal y solidaria a la Caja por los actos de administración y disposición que hayan votado, la que se hará efectiva sobre sus bienes cuando de dichos actos resulte dolo o culpa evidente o manifiesta, sin perjuicio de su responsabilidad como funcionarios públicos".

²⁶⁹ Art. 1º, ley 13.364: "La Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, creada por la ley 3837 del 18 de febrero de 1925, es una entidad autárquica de derecho público con autonomía económica y financiera, basada en el sistema de reparto y

Como órgano de gobierno se prevé un directorio compuesto por un presidente y ocho vocales titulares y ocho suplentes, quienes ejercerán sus cargos *ad honorem*. El presidente, dos vocales titulares y dos suplentes deben ser designados por el Directorio del banco, debiendo el presidente tener, a su vez, el cargo de director de la entidad financiera; dos vocales titulares y dos suplentes por el Poder Ejecutivo; dos vocales titulares y dos suplentes designados por los afiliados en actividad; dos vocales titulares y dos suplentes por los afiliados jubilados y pensionados. Los representantes de los dos estamentos mencionados en último término deben ser elegidos por elección directa, acto que debe regirse por la ley electoral vigente en la provincia²⁷⁰.

El directorio debe designar por mayoría, entre sus vocales, a quien será vicepresidente a los efectos de reemplazar al presidente en caso de corresponder²⁷¹.

Los vocales que representan a los afiliados en actividad deben tener como mínimo diez años de antigüedad como afiliados, como requisito para ser elegidos. Si el representante de los afiliados en actividad perdiere dicha condición cesará en el cargo, salvo que se haya jubilado, entendemos que dentro del régimen de la Caja. En caso de suspensión preventiva, sus funciones como vocal también se suspenderán²⁷². Los vocales ejercerán su cargo por el término de tres años, pudiendo, según el caso, ser reelectos o redesignados, no estableciendo la norma techo para ello.

Además, prevé varios supuestos de inhabilidad para el ingreso o la continuidad en el cargo de los miembros del directorio, si bien hace referencia a los vocales, debe entenderse que abarcan al presidente. El art. 5°, en su inc. a), prescribe la prohibi-

administrada en forma conjunta por la Provincia de Buenos Aires, y los representantes designados por el Banco, y sus afiliados. Tiene su domicilio en la Capital de la Provincia de Buenos Aires.

"Tendrá como objetivo realizar, en relación al personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, los fines de la seguridad social que establece el art. 40° de la Constitución Provincial".

²⁷⁰ Art. 4°, ley 13.364: "El gobierno de la Caja estará a cargo del Directorio que ejercerá sus funciones *ad honorem* y quedará integrado por un Presidente, ocho vocales titulares y ocho vocales suplentes. Su composición será la siguiente:

"a) El Presidente, que deberá revestir el carácter de Director del Banco, elegido por el Directorio del mismo.

"b) Dos (2) vocales titulares y dos (2) suplentes designados por el Directorio del Banco.

"c) Dos (2) vocales titulares y dos suplentes designados por el Poder Ejecutivo Provincial.

"d) Dos (2) vocales titulares y dos (2) suplentes designados en elección directa por los afiliados en actividad, de acuerdo a la Ley electoral vigente en la Provincia de Buenos Aires, en cuanto hace al acto comicial.

"e) Dos (2) vocales titulares y dos (2) suplentes designados por los afiliados jubilados y pensionados, también en elección directa y de acuerdo a la Ley electoral vigente de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto hace al acto comicial".

²⁷¹ Art. 6°, ley 13.364: "Para celebrar sesión se requerirá la presencia del presidente y seis (6) vocales titulares o sus suplentes en caso de ausencia de los primeros. En su primera sesión, el Directorio designará de entre los vocales y por mayoría, un vicepresidente, que reemplazará al presidente en caso de ausencia o impedimento, y un secretario. Los directores suplentes podrán concurrir a las reuniones con voz pero sin voto, asumiendo las funciones de titulares por su orden si por cualquier motivo no concurren alguno de éstos".

²⁷² Segundo párrafo del art. 5°, ley 13.364: "Los vocales que representen a los afiliados en actividad, deberán tener como mínimo diez (10) años de antigüedad como afiliados. Se mantendrán en sus funciones por el período de su elección, aun en el caso de acogimiento a la jubilación, cesando en el cargo si renunciaren sin tener derecho a jubilación. En caso de ser pasibles de suspensión preventiva, su mandato se suspenderá durante el lapso de la misma".

ción para desempeñarse como Director a quien el banco le haya aplicado sanción de exoneración o cesantía. La causal se genera por el acto sancionatorio, y no por la inhabilidad provocada por la cesantía o exoneración, con lo que, aun levantada ésta, quien se halle en la condición de la norma no podrá ser director. En el inc. b) quienes se encuentren incurso en alguno de los supuestos de inhabilidad previstos en los incs. 2º, 3º y 4º, del art. 264, ley 19.550, y en el inc. c) a quienes se encuentren inhabilitados por el Banco Central²⁷³.

La ley 13.364 crea un organismo de control denominado asamblea de fideicomisarios²⁷⁴ con funciones de control y vigilancia y se le asignan derechos y obligaciones de los accionistas de sociedades anónimas. En el art. 14 de la ley se hace mención a aquellas establecidas en el Código de Comercio y leyes concordantes, entendiéndose que, en realidad, debió decir Ley de Sociedades, si bien ésta debe considerarse como parte integrante de dicho cuerpo en virtud de lo dispuesto por el art. 384, ley 19.550; por el art. 385 de la misma ley se derogó íntegramente el título III (arts. 282 a 449) "De las compañías o sociedades".

El cuerpo de fideicomisarios estará integrado por ocho miembros²⁷⁵ que ejercerán su cargo *ad honorem*, dos nombrados por el directorio del banco, dos por el Poder Ejecutivo, dos por los afiliados activos y dos por los pasivos; a su vez, por cada estamento se deberá designar un suplente.

Deberán reunir las mismas condiciones requeridas y en la forma prevista para los directores, entendiéndose que lo serán las correspondientes a cada estamento. La duración en el cargo es también la prevista para los primeros.

De su seno designarán un presidente y un secretario por el término de su mandato, es decir, tres años. Asimismo, un síndico titular y otro suplente por el término de un año²⁷⁶. Se reitera la remisión al Código de Comercio y leyes concordantes

²⁷³ Primer párrafo del art. 5º, ley 13.364: "Todos los vocales ejercerán su mandato durante tres (3) años, pudiendo ser reelectos o redesignados. No podrán ser vocales, y en su caso cesarán en el cargo:

"a) Quienes hayan egresado del Banco de la Provincia de Buenos Aires por cesantía o exoneración.

"b) Quienes se encuentren comprendidos en alguna de las inhabilitaciones establecidas en los incs. 2), 3) y 4) del art. 264, ley nacional 19.550.

"c) Quienes se encuentren inhabilitados por el Banco Central de la República Argentina".

²⁷⁴ Art. 14, ley 13.364: "La asamblea de fideicomisarios ejercerá su cometido *ad honorem*, y tendrá a su cargo, además de las funciones determinadas por esta Ley, el desempeño de las inherentes al control y vigilancia, y los derechos y obligaciones establecidos con tal fin para las Asambleas de accionistas de sociedades anónimas por el Código de Comercio y Leyes concordantes, que a este efecto se declaran como parte integrante de la presente en todo lo que sea compatible".

²⁷⁵ Art. 15, ley 1334: "El cuerpo de fideicomisarios estará integrado por:

"a.- Dos (2) titulares y un (1) suplente nombrados por el Directorio del Banco.

"b.- Dos (2) titulares y un (1) suplente nombrados por el Poder Ejecutivo Provincial.

"c.- Dos (2) titulares y un (1) suplente designados por elección directa por los afiliados en actividad.

"d.- Dos (2) titulares y un (1) suplente designados por los afiliados jubilados y pensionados, también en elección directa.

"La elección se hará en la forma, condiciones y oportunidades señaladas para la de Directores".

²⁷⁶ Art. 16, ley 13.364: "Los fideicomisarios se reunirán en pleno sin previa convocatoria dentro de los quince días de asumir sus cargos y designarán de su seno un Presidente y un Secretario por el término de su mandato y un Síndico titular y otro Suplente, fijándose períodos de un año para el desempeño de estos cargos.

para determinar los deberes y derechos de los síndicos, por lo que corresponde hacer aquí la misma observación que en el caso de los directores.

3.20. *Jefe de policía comunal*

La ley 13.482 crea la policía de seguridad comunal, en principio, en aquellos municipios del interior del país con una población que no supere los setenta mil habitantes, con la posibilidad de incluir a otros que así lo soliciten, y que voluntariamente se adhieran al régimen de la ley²⁷⁷.

Estas policías tendrán dependencia funcional del intendente pero permanecerán bajo la estructura orgánica de la policía de la provincia de Buenos Aires²⁷⁸. La particularidad es que el jefe de Policía de Seguridad Comunal, a partir del año 2007²⁷⁹, luego de pasado el sexto y antes del octavo mes de haber asumido el intendente municipal debe ser elegido por voto popular de los habitantes del municipio, en elecciones independientes de las de las autoridades municipales. Entendemos que el electorado debe tener la misma amplitud que el que prevé el art. 191, inc. 2°, de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires para elegir autoridades municipales. Hasta tanto ocurra esto, será elegido por el Poder Ejecutivo a propuesta del Intendente comunal²⁸⁰.

Actualmente, en virtud de lo dispuesto en el art. 2°²⁸¹, ley 13.794, se encuentra suspendido el mecanismo de elección previsto por el art. 71, ley 13.482, hasta tanto se apruebe el mecanismo de aplicación, el que, según los fundamentos de la norma de suspensión, debe garantizar “la transparencia, igualdad de oportunidades y condiciones para la postulación de los candidatos”.

El jefe de Policía de Seguridad Comunal desempeñará su función por el término de cuatro años con la posibilidad de ser reelecto por una única vez.

Se exige ciudadanía argentina²⁸², de nacimiento, opción o naturalización, sin exigencia temporal en su ejercicio. Debe acreditar residencia en el distrito de por lo menos cinco años, tener 35 años y antecedentes intachables.

”El Presidente de los fideicomisarios sólo tendrá voto en las Asambleas en caso de empate. Los fideicomisarios síndicos tendrán las calidades, atribuciones, deberes y derechos que para los Síndicos de sociedades anónimas establece el Código de Comercio y las leyes concordantes”.

²⁷⁷ Art. 56, ley 13.482, ya citado.

²⁷⁸ Art. 57, ley 13.482, ya citado.

²⁷⁹ Art. 71, ley 13.482: “A partir del año 2007, el Jefe de Policía de Seguridad Comunal será elegido por el pueblo de cada Municipio que corresponda, en elecciones independientes a las de las autoridades municipales, previa convocatoria hecha por el Poder Ejecutivo, la que deberá hacerse después de pasado el sexto y antes del octavo mes de haber asumido el Intendente Municipal.

”Durará en su gestión cuatro (4) años, pudiendo ser reelegido una vez”.

²⁸⁰ Art. 73, ley 13.482: “Hasta tanto se implemente la elección popular del Jefe de Policía de Seguridad Comunal, dicho funcionario será designado y/o removido por la autoridad de aplicación, en acuerdo con el Intendente del Municipio que corresponda”.

²⁸¹ Art. 2°, ley 13.794: “Suspéndese la aplicación del art. 71, ley 13.482, hasta tanto se apruebe el procedimiento específico tendiente a su aplicación”.

²⁸² Art. 72, ley 13.482: “Podrá ser Jefe de la Policía de Seguridad Comunal cualquier ciudadano o ciudadana, argentino de origen, por opción o naturalizado, a condición de que posea antecedentes intachables, una residencia mínima de cinco (5) años en el distrito, ser mayor de treinta y cinco (35) años de edad, no encontrarse inhabilitado, concursado, ni tener condena penal por delitos dolosos o procesamiento

La ley prevé supuestos de inhabilidades e incompatibilidades para ejercer la función, se exige que no se encuentre inhibido, concursado, no tener condena penal por delito doloso o procesamiento penal firme por este tipo de delitos. Nada específica respecto al tipo de delitos, tal como lo hacen otros regímenes, fundamentalmente respecto de delitos cometidos contra la Administración Pública o que requieran como condición ser agente de ésta.

No podrá desempeñarse en el cargo quien haya sido cesanteado o exonerado, debiendo entenderse que ello se extiende a sanciones aplicadas por la Administración Pública nacional, provincial o municipal. No se pone como condición la rehabilitación, por lo que teniendo en cuenta las características del cargo a cubrir, debe entenderse que no es admisible dicha figura, de la misma manera que no lo es respecto de los agentes policiales que ingresan en virtud de la ley 13.201, en la que sólo se prevé la readmisión de quien obtuvo la baja voluntaria. A diferencia de lo dispuesto por esta ley ²⁸³, no se prevé como causal de inhabilidad la comisión de delitos culposos bajo ninguna circunstancia. Tampoco se prevé la inhabilitación para ejercer cargos públicos, impedimento que se sobreentiende como lógica derivación de los efectos de la sanción o condena que la impone, sin necesidad de enunciación expresa.

En el art. 74 se enuncian causales de cese en la función, tales como la renuncia, incapacidad, la concurrencia de factores de incompatibilidad. Según nuestro criterio, será también causal de cese la ocurrencia de algún supuesto de inhabilidad aunque no esté previsto en la enunciación, en la que sólo se menciona la condena o procesamiento firme por delitos dolosos.

En el inc. e) se estipula como causal de cese el notorio incumplimiento o negligencia en el desarrollo de sus funciones y en el f), la destitución por falta grave; entendemos que el último supuesto subsume al anterior, encontrándose sometido de la misma manera al procedimiento de destitución por parte del Concejo Deliberante, para lo cual se requiere mayoría absoluta. En el propio inc. f) establece que la reglamentación determinará los alcances y el procedimiento a aplicarse, sin especificar la autoridad encargada de dicha reglamentación ²⁸⁴. Para nuestro punto de vista, debió

penal firme por iguales delitos, ni haber sido objeto de sanciones administrativas que hayan culminado con cesantía o exoneración”.

²⁸³ Art. 7º, ley 13.201: “No podrán ingresar:

”a) Quienes hubiesen sido exonerados o declarados cesantes de la Administración Pública nacional, provincial o municipal.

”b) Quienes tengan proceso penal pendiente o hayan sido condenados en causa penal a pena privativa de la libertad por delito doloso.

”Asimismo aquellos que se encuentren en las condiciones previstas en el párrafo anterior por delito culposos que, por las circunstancias del hecho, gravedad de la causa, negligencia en que hubieren incurrido o reincidencia, sean conceptuados por la autoridad de aplicación como antecedentes inhibientes o desfavorables para el ingreso.

”c) El fallido o concursado civilmente, mientras no obtenga la rehabilitación judicial.

”d) El que esté inhabilitado para ingresar a la Administración Pública”.

²⁸⁴ Art. 74, ley 13.482: “Causales de cese. Serán causales de cese de mandato del Jefe de Policía de Seguridad Comunal las siguientes:

”a) La renuncia.

”b) Incapacidad sobreviniente.

”c) La concurrencia de factores de incompatibilidad.

”d) Condena o procesamiento firme por delitos dolosos.

”e) Notorio incumplimiento o negligencia en el desarrollo de sus funciones.

ser una materia regulada en la propia ley; no obstante ello, dado el carácter electivo del cargo e, independientemente de la vinculación funcional u orgánica con el ejecutivo municipal o provincial, debe ser el Concejo Deliberante el que elabore la reglamentación.

3.21. Director ejecutivo de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires

La ley 13.766²⁸⁵ crea la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA) como entidad autárquica de derecho público en el ámbito de la provincia de Buenos Aires. De acuerdo con el art. 8°²⁸⁶ de la ley, la dirección y administración estará a cargo de un director ejecutivo, el que debe ser designado y removido por el Poder Ejecutivo. Se establece como término de duración de su mandato el de cuatro años, pudiendo ser designado nuevamente por períodos sucesivos de idéntica duración. El director es equiparado en rango y remuneración al secretario de Estado. En caso de vacancia del cargo antes del vencimiento del plazo de cuatro años, el Poder Ejecutivo designará su reemplazante, pero en este caso sólo por el término que reste para finalizar el plazo que debió cubrir su predecesor.

4. Personal amparado por regímenes especiales

Ya señalamos la necesidad de uniformar las cuestiones esenciales de los distintos regímenes siguiendo al maestro Fiorini²⁸⁷, aun frente a los CCT, los que pueden flexibilizar las condiciones de la relación laboral, pero no alterar su base estructural, formada por los principios y las garantías constitucionales señalados oportunamente.

La relación funcional del personal integrante de cada uno de los organismos que conforman los diferentes entes del Estado, en su mayoría pertenecientes a la Administración Pública como brazo ejecutor, tiene características similares, pero el desempeño de los cometidos asignados modeló en algunos casos regímenes especiales. De esta manera, la naturaleza de la actividad desempeñada, la especialidad profesional o simplemente el respeto a las condiciones de trabajo previas al traspaso

^{f)} Destitución por falta grave, decidida por mayoría absoluta del Honorable Concejo Deliberante.

"La reglamentación determinará los alcances y el procedimiento a aplicarse para el caso en que corresponda".

²⁸⁵ Art. 1°, ley 13.766: "Créase la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires como entidad autárquica de derecho público en el ámbito de la Provincia de Buenos Aires, con la organización y competencias fijados por la presente ley. Tendrá su domicilio legal en la ciudad de La Plata y mantendrá sus relaciones con el Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Economía".

²⁸⁶ Art. 8°, ley 13.766: "La dirección superior y la administración de la Agencia de Recaudación estará a cargo de un Director Ejecutivo que será designado y removido por el Poder Ejecutivo, con rango y remuneración de Secretario de Estado.

"La duración de su mandato será de cuatro (4) años, iniciados el primero de ellos el 10 de diciembre del 2008, pudiendo ser designado por períodos sucesivos de igual duración.

"Cuando por cualquier motivo se produjere la vacancia del cargo antes del vencimiento de su mandato, la designación de su reemplazante se hará por el término que reste hasta la finalización del mandato inconcluso".

²⁸⁷ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, cit., p. 791.

de actividades que la Nación transfirió a la provincia justificaron la existencia de regímenes laborales diferentes.

En la actualidad existen en la provincia de Buenos Aires una veintena de regímenes especiales que excepcionan al general previsto en la ley 10.430.

4.1. Personal docente de la Dirección General de Cultura y Educación

El régimen educativo en la provincia de Buenos Aires al cual la Constitución dedica íntegramente su sección VIII, como ya expusieramos, está en cabeza de un ente autárquico de nivel equiparable al de los ramos ministeriales consagrado en la propia Constitución.

Su estructura funcional tiene la particularidad de ser la que requiere la mayor cantidad de cargos de la Administración Pública provincial; esta característica resulta consecuente con la relación docente-población educativa, frente a un cometido estatal esencial.

El personal docente tiene su propio estatuto integral consagrado en la ley 10.579; éste abarca a todo el personal que desempeñe funciones docentes o vinculadas a éstas, de acuerdo con la definición dada por el juego armónico de los arts. 1º²⁸⁸ y 2º²⁸⁹, ley 10.579.

Sin embargo, no todos los agentes que integran la Dirección General de Cultura y Educación cumplen estas funciones; así tenemos quienes desempeñan funciones estrictamente administrativas, auxiliares, técnicas, de maestranza, los que se registrarán por el régimen general de la ley 10.430 y, también, dicho organismo cuenta con empleados bajo el régimen de la ley 10.449 para el personal gráfico.

El estatuto docente no prevé la aplicación supletoria del régimen general previsto en la ley 10.430, sólo dispone una remisión en el inc. f), art. 115, sobre licencias por designación en cargo electivo. También la reglamentación del art. 140 (cfr. texto decreto 441/1995, modificatorio del decreto 2485/1992, reglamentario del estatuto del docente) remite al procedimiento disciplinario del régimen general para el personal de la Administración Pública en lo que no esté especificado en el estatuto y en su reglamentación.

Asimismo debió uniformarse el régimen de licencias a las previstas en la ley 10.430 durante la emergencia consagrada en la ley 12.727, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 12.867 (ver art. 114, ley 10.579). Ello no quita que ante la omisión legislativa en la regulación de alguna cuestión, ante el caso concreto deba recurrirse a los principios plasmados en el régimen general y, obviamente, en el plexo Constitucional federal-provincial para resolverla.

²⁸⁸ Art. 1º, ley 10.579: "El presente estatuto determina los deberes y derechos del personal docente que ejerce funciones en los establecimientos de enseñanza estatal, dependientes de la Dirección General de Escuelas y Cultura de la Provincia de Buenos Aires o en sus organismos, y cuyos cargos se encuentran comprendidos en el escalafón general que fija el estatuto".

²⁸⁹ Art. 2º, ley 10.579: "Revistan en situación docente a los efectos de este estatuto quienes habilitados por títulos competentes:

- "a) Imparten y guían la educación de los alumnos.
- "b) Dirigen, supervisan u orientan la enseñanza en cualquiera de sus niveles, modalidades y especialidades.
- "c) Colaboran directamente con las anteriores funciones.
- "d) Realizan tareas de investigación y especialización técnico-docente".

El estatuto del docente, si bien constituye una excepción al régimen general, es el que rige la relación laboral de más de la mitad de los agentes públicos de la provincia de Buenos Aires, por lo que, si la relación se hace en función de la aplicación de un régimen por porcentajes de población laboral, la regla se invierte²⁹⁰.

4.2. Personal de la policía de la provincia de Buenos Aires

Los cuadros de la policía bonaerense están conformados por personal con estado policial²⁹¹ perteneciente a cada una de las policías especificadas en la ley 13.482 y el personal de apoyo²⁹²; los primeros se rigen por la ley 13.201 y los segundos por el decreto 1766/2005, el que fue dictado como decreto de necesidad y urgencia²⁹³, ante la necesidad de otorgar un régimen a dicho personal junto con el de la Caja de Retiro, Jubilaciones y Pensiones de las policías y el de la propia estructura del Ministerio de Seguridad, hasta tanto la Legislatura sancione la ley que lo sustituya.

Ni en la ley 13.201 ni en el decreto 1766/2005 se prevé la aplicación supletoria de la ley 10.430. No obstante ello, corresponde hacer la misma salvedad que en el caso del estatuto docente.

4.3. Personal del Servicio Penitenciario

El decreto-ley 9578/1980 establece el régimen integral de los oficiales, suboficiales y guardias del Servicio Penitenciario.

El personal civil se encuentra comprendido en el régimen general para el personal de la Administración Pública de la provincia de Buenos Aires²⁹⁴.

²⁹⁰ El personal de la Administración Pública provincial comprendido en el régimen de la ley 10.579 constituye el 55,33%. Fuente: documento nro. 6.1., "Diagnóstico sobre la relación de empleo público en la provincia de Buenos Aires. Plan Trienal Gestión Pública 2004/2007", La Plata, septiembre de 2006", www.gestionpublica.sg.gba.gov.ar.

²⁹¹ Art. 3º, ley 13.201: "El estado policial comprende el desempeño efectivo y excluyente de las tareas de prevención, investigación, disuasión y/o uso efectivo de la fuerza. Su ejercicio implica el conjunto de derechos, deberes y prohibiciones que de acuerdo con esta ley tiene el personal aludido en el art. 2º, y comprende exclusivamente a éste, quien lo conserva después de cesar en el servicio activo, excepto que el cese se produzca por baja".

²⁹² Art. 3º del Anexo I del dec. 1766/2005: "El personal comprendido en el presente decreto gozará de estado policial limitado, entendiéndose por tal la situación jurídica que resulta del conjunto de deberes, derechos y prohibiciones establecidos por el presente decreto y su reglamentación.

"El estado policial limitado, impide el desempeño de funciones esencialmente policiales y el uso de los atributos inherentes a ellas, que son las que corresponden al personal encuadrado en la ley 13.201 y ley 13.202 y sus respectivos decretos reglamentarios".

²⁹³ Art. 2º, dec. 1766/2005: "Póngase en conocimiento de la Honorable Legislatura el presente Decreto de Necesidad y Urgencia".

²⁹⁴ Art. 2º, dec.-ley 9578/1980: "Integra el Servicio Penitenciario y se regirá por lo determinado por la presente ley, el personal de Oficiales, Suboficiales y Guardias que componen un ítem único.

"El personal civil se regirá por las normas previstas en el régimen para el personal de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires, dependiente del Poder Ejecutivo.

"La categoría de personal civil no asimilado comprenderá al personal docente, contratados, correos y aquellos otros cuyas retribuciones se atiendan con partidas globales de presupuesto. Para éstos, su actividad, responsabilidad, derechos y deberes se ajustarán en forma exclusiva y específica a las prescripciones de la legislación provincial que corresponda conforme a la tarea desempeñada y a las que se dicten por vía reglamentaria.

También se desempeñan en las diferentes unidades penitenciarias integrantes del clero oficial, quienes se rigen por el decreto-ley 8815/1977.

4.4. *Carrera profesional hospitalaria, ley 10.471*

A través de la ley 10.471 se regula la denominada carrera profesional hospitalaria para los profesionales de la salud que se desempeñan en establecimientos asistenciales dependientes del Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires²⁹⁵.

Los profesionales comprendidos en ella son²⁹⁶: médicos, odontólogos, químicos, bioquímicos, bacteriólogos, farmacéuticos, psicólogos, obstetras, kinesiólogos, nutricionistas, dietistas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionales, psicopedagogos, y asistentes sociales o equivalentes con títulos universitarios, fonoaudiólogos con títulos de nivel terciario no universitario, expedidos por institutos superiores dependientes de la Dirección General de Escuelas y Cultura de la provincia de Buenos Aires y los asistentes sociales, trabajadores sociales, licenciados en Servicios Social o equivalentes con título de nivel terciario no universitario.

Esta enumeración puede ser ampliada por el Ministerio de Salud, es competente para incluir otras incumbencias profesionales con título universitario cuando ellas sean consideradas indispensables para llevar adelante las funciones sanitarias a cargo del ministerio.

4.5. *Personal de los establecimientos de salud de la provincia de Buenos Aires, ley 11.759*

El resto del personal de los establecimientos de salud de la provincia de Buenos Aires y los de los establecimientos de salud municipales pueden adherir a un régimen propio, el previsto en la ley 11.759²⁹⁷. En éste se prevé expresamente la aplicación supletoria del régimen general, actualmente ley 10.430²⁹⁸.

"La reglamentación establecerá la forma y modo de ingreso del personal docente de los Institutos del Servicio Penitenciario".

²⁹⁵ Art. 2º, ley 10.471: "La Carrera establecida por la presente ley abarcará las actividades destinadas a la atención médica integral del individuo por medio de la práctica de los profesionales de la salud, ejercidas a través de las acciones de fomento, prevención, protección, recuperación y rehabilitación de la salud de la población, y a programar, dirigir, controlar y evaluar las mismas".

²⁹⁶ Art. 3º (texto según ley 11.159), ley 10.471: "La Carrera establecida por la presente ley, abarcará las actividades profesionales de: médicos, odontólogos, químicos, bioquímicos, bacteriológicos, farmacéuticos, psicólogos, obstetras, kinesiólogos, nutricionistas, dietistas, fonoaudiólogos, terapeutas ocupacionales, psicopedagogos, y asistentes sociales o equivalentes con títulos universitarios. Quedan comprendidos también los fonoaudiólogos con títulos de nivel terciario no universitario, expedidos por Institutos Superiores dependientes de la Dirección General de Escuelas y Cultura de la Provincia de Buenos Aires y los Asistentes Sociales, trabajadores sociales, licenciados en Servicios Social o equivalentes con título de nivel terciario no universitario. Queda facultado el Poder Ejecutivo por intermedio del Ministerio de Salud, para incluir otras actividades profesionales con título universitario, cuyo concurso se estime indispensable para ejecutar las acciones correspondientes a las funciones sanitarias de la presente carrera".

²⁹⁷ Art. 1º, ley 11.759: "El presente estatuto comprende a todas las personas que por acto administrativo emanado de autoridad competente presten servicios en establecimientos de Salud de la Provincia de Buenos Aires y los municipales que adhieran a la presente ley".

²⁹⁸ Art. 58, ley 11.759: "En todo cuanto no se encuentre regido por las disposiciones del presente estatuto y en tanto fuere compatible con él, se aplicarán supletoriamente las prescripciones de la ley 10.430 y sus modificatorias, o la que en lo sucesivo pudiere reemplazarla".

En los establecimientos de salud también encontramos algunos agentes que, por su condición de religiosos, se rigen por el decreto-ley 8815/1977 destinado a regular al clero oficial.

En cambio, la actividad del personal del Ministerio de Salud es regulado por el régimen general previsto en la ley 10.430.

4.6. Personal técnico gráfico, ley 10.449

Esta ley establece el régimen para el personal gráfico que se desempeña en los distintos organismos de la Administración Pública provincial realizando tareas vinculadas con la industria de las artes gráficas²⁹⁹.

En este estatuto se prevé la aplicación supletoria del régimen general para los empleados de la Administración Pública de la provincia de Buenos Aires³⁰⁰.

Encontramos personal gráfico en los ministerios de Jefatura de Gabinete y Gobierno, Economía, Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos, Asuntos Agrarios y Producción, Ministerio de Desarrollo Humano, Salud, Dirección General de Cultura y Educación. En la Secretaría General, en la Secretaría de Turismo y Transporte, Instituto de Previsión Social, IOMA, Instituto Cultural de la Provincia de Buenos Aires y en la Contaduría General de la provincia.

4.7. Investigador científico tecnológico, decreto-ley 9688/1981

La Comisión de Investigaciones Científicas, como ente autárquico en la provincia de Buenos Aires, para cumplir con sus fines se provee de investigadores, y el régimen que regula el vínculo de los investigadores científicos y tecnológicos con el Estado está previsto en el decreto-ley 9688/1981.

Este decreto no hace referencia a la ley 10.430 por ser anterior a ésta, pero sí menciona en numerosas ocasiones a su antecesor, el decreto-ley 8721. Así remite en materia de incompatibilidades (art. 6º), obligaciones (art. 11, inc. f), prohibiciones (art. 12), compensaciones (art. 24), subsidios (art. 25), licencias (art. 28), renuncia (art. 33), causales de exoneración o cesantía (art. 35, inc. f) y régimen disciplinario (art. 36). En estos casos debemos entender que la remisión se hace al régimen general vigente.

Así también, su reglamentación a través del decreto 37/1983 remite al régimen general, en el art. 4º, inc. e), respecto de los requisitos de admisibilidad para el ingreso, en el art. 20, punto 2. c), respecto del adicional por antigüedad.

²⁹⁹ Art. 3º, ley 10.449: "El Estatuto del Empleado Público de la Provincia de Buenos Aires, y su reglamentación, será de aplicación supletoria en todos los casos no legislados en esta ley, tanto en materia de derechos como en lo atinente a obligaciones y prohibiciones de los agentes".

³⁰⁰ Art. 4º, ley 10.449: "Se considera técnico gráfico a todo el personal de la Administración Pública que desempeñe tareas vinculadas con la industria de las artes gráficas, el que con sus respectivas categorías y designaciones específicas deberá figurar en el grupo ocupacional técnico".

4.8. Personal de investigación y desarrollo, ley 13.487

Bajo la órbita de la Comisión de Investigaciones Científicas también se encuentra el personal de apoyo a la investigación y de desarrollo tecnológico³⁰¹, el que comprende a los profesionales, técnicos y artesanos que tuvieren aptitudes técnicas no administrativas y se encuentren bajo la dirección de un investigador de categoría no inferior a adjunto³⁰².

En ésta se hace expresa remisión al régimen general en materia de condiciones para adquirir la estabilidad (art. 5°), conceptos que integran la remuneración (art. 13), licencias (art. 18), compensaciones (art. 22). En el art. 23 se determina la aplicación en forma genérica por defecto del régimen general de empleo público de la provincia de Buenos Aires, pero se hace la salvedad que lo será en forma supletoria o analógica según el caso³⁰³.

El resto del personal de la Comisión de Investigaciones Científicas se rige por el régimen general para el personal de la Administración Pública de la provincia de Buenos Aires.

4.9. Personal del OCABA, Autoridad del Agua y SPAR ley 10.384

La ley 10.384, vigente desde 1986, tuvo como destino la regulación de la relación jurídica de los agentes de Obras Sanitarias de la Provincia de Buenos Aires. Los profundos y sucesivos cambios en la prestación del servicio de aguas y cloacas en la provincia, de la mano del proceso de privatización, produjeron la desaparición del organismo, pero ello no tuvo como correlato la extinción del régimen previsto en la ley, ya que el personal de tres organismos constituidos como entes autárquicos se rigen por dicho estatuto; éstos son los integrantes del Órgano de Control de Aguas

³⁰¹ Art. 1°, ley 13.487: "Contenido. Se regirá por la presente ley la Carrera para el Personal de Apoyo a la Investigación y Desarrollo Tecnológico de la Provincia de Buenos Aires. Será Autoridad de Aplicación de la presente la Comisión de Investigaciones Científicas (CIC)".

³⁰² Art. 2°, ley 13.487: "Personal comprendido. El Personal de Apoyo a la Investigación y Desarrollo comprende a los profesionales, técnicos y artesanos con aptitudes para las tareas técnicas (no administrativas) de apoyo directo a la ejecución de actividades de investigación y desarrollo tecnológico, designados por el Directorio de la Comisión de Investigaciones Científicas, que desarrollen sus tareas bajo la dirección de un investigador de categoría no inferior a adjunto sin director o equivalente, en:

"a.- Centros de investigación propios, asociados o vinculados de la Comisión de Investigaciones Científicas.

"b.- Universidades nacionales o provinciales, con asiento en la Provincia de Buenos Aires.

"c.- Instituciones nacionales, provinciales o municipales de investigación y desarrollo con asiento en la provincia de Buenos Aires.

"d.- Otros centros científicos que se consideren de interés por el Directorio de la CIC, con asiento en la provincia de Buenos Aires.

"f.- Empresas instaladas en la provincia de Buenos Aires, en las que se realicen proyectos de investigación y desarrollo con intervención de investigadores y que sean declarados de interés por parte del Directorio de la CIC".

³⁰³ Art. 23, ley 13.487: "Régimen de empleo. El personal que ingrese al régimen de la presente ley, adquirirá carácter de agente de la Administración Pública Provincial. Todas las cuestiones vinculadas al régimen de empleo establecido por la presente Ley que no hayan sido expresamente contempladas en su articulado, serán resueltas mediante la aplicación analógica o supletoria, según los casos, de la ley que rija para el Personal de la Administración Pública Provincial y de sus decretos reglamentarios".

de la Provincia de Buenos Aires (OCABA), de la Autoridad del Agua (ADA) y del Servicio Provincial de Agua Potable y Saneamiento Rural (SPAR).

La ley no contiene cláusula general alguna que remita al estatuto general para regular aquellas cuestiones no contempladas, sólo se hace mención al régimen general en materia de compensación de viáticos y movilidad (art. 17, inc. d), de conceptos remuneratorios (art. 18) y de servicios sociales (art. 124).

4.10. *Actividades artísticas, técnicas y complementarias, ley 12.268*

Los agentes que desarrollen actividades artísticas, técnicas y complementarias en los organismos que integran el Instituto Cultural de la Provincia de Buenos Aires³⁰⁴, tal es el caso de los teatros Argentino de La Plata; Comedia de la provincia de Buenos Aires, Auditorium y Roberto Payró de Mar del Plata; el Ballet del Sur y la Orquesta Sinfónica provincial de Bahía Blanca, se rigen por la ley 12.268.

La ley prevé expresamente en forma general para el personal con estabilidad la aplicación supletoria del régimen general para el personal de la Administración Pública provincial en lo que no esté regulado por la presente³⁰⁵.

También dispone la aplicación del régimen general para el personal mensualizado, reemplazante y contratado por locación de servicios³⁰⁶.

El resto del personal perteneciente al Instituto Cultural de la Provincia de Buenos Aires se rige por el régimen general para el personal de la Administración Pública provincial, habiendo algunos casos que por desarrollar actividades gráficas se rigen por la ley 10.449.

4.11. *Personal docente de minoridad, ley 10.648*

Dentro del Ministerio de Desarrollo Humano existen establecimientos destinados a los menores, cuyo personal docente tiene un régimen propio³⁰⁷ previsto en la ley 10.648 y en el decreto 6583/1988.

³⁰⁴ Art. 1º (texto según ley 13.056), ley 12.268: "La presente ley dispone el régimen que comprende las actividades artísticas, técnicas y complementarias de las mismas, que desarrollan los organismos específicos dependientes del Instituto Cultural de la Provincia de Buenos Aires, a efectos de cumplir con la misión de difusión cultural que les compete".

³⁰⁵ Art. 23, ley 12.268: "Para el personal con estabilidad serán de aplicación supletoria las disposiciones vigentes que establece el régimen para el personal de la Administración Pública Provincial, a excepción de lo previsto en la presente".

³⁰⁶ Art. 24, ley 12.268: "Para el personal mensualizado, reemplazante y contratado por locación de servicios serán de aplicación las disposiciones vigentes que para los mismos establece el régimen para el personal de la Administración Pública Provincial".

³⁰⁷ Art. 1º, ley 10.648: "El personal docente que, habilitado por los títulos competentes, ejerce funciones de impartir y guiar la educación de los alumnos, dirigir, supervisar y orientar la enseñanza en cualquier nivel, modalidad y especialidad, y colaborar directamente en tales tareas, en los establecimientos dependientes del Ministerio de Acción Social, estará sujeto al siguiente escalafón general, con las correspondientes equivalencias con el Estatuto del Docente...".

En este caso, tanto la ley³⁰⁸ y el decreto reglamentario³⁰⁹, como régimen supletorio, no establecen una norma de remisión al estatuto general para el empleado público provincial, sino al estatuto del docente, adecuando sus normas a las particularidades de los servicios prestados en dichos establecimientos.

El resto del personal que se desempeña en el Ministerio de Desarrollo Humano se encuentra bajo el régimen general para el personal de la Administración Pública provincial y, algunos, bajo el régimen del decreto-ley 8815/1977 para el clero oficial.

4.12. Personal de la Dirección de Vialidad, ley 10.328

Esta norma contempla el estatuto para la totalidad del personal de la Dirección de Vialidad de la provincia de Buenos Aires, no lo hace a través de su articulado, que consta de dos artículos, sino en su anexo.

No cuenta con una norma que prevea la aplicación supletoria del régimen general, aunque sí lo hace al regular algunas cuestiones particulares como en materia de viáticos (art. 37, inc. c), servicios sociales y aportes (art. 56), régimen disciplinario (art. 57), subsidios (art. 59) y licencias (art. 60).

4.13. Clero oficial, decreto-ley 8815/1977

Existen algunos miembros del clero que integran los cuadros de la Administración Pública y tienen un régimen específico consagrado en el decreto-ley 8815/1977; éstos se desempeñan en el Ministerio de Desarrollo Humano, en el Ministerio de Salud y en el Servicio Penitenciario. Su función es dar asistencia espiritual y religiosa al personal, a los detenidos en cárceles o comisarías, a los internos en los establecimientos de minoridad, a los enfermos en los hospitales y, en principio, a quienes profesen la religión católica.

El servicio de capellanía brindado a la policía de la provincia tiene su propia regulación en el art. 213, ley 13.482 de Unificación de las Policías³¹⁰.

En cambio se rigen por el decreto-ley 8815/1977 los miembros del clero que integran el Servicio Penitenciario, pese a que excluye al servicio correccional, ya que la ley 5619 que preveía el Código de Ejecución Penal establecía en sus arts. 118 y 119 la presencia de capellanes en las cárceles, pero ésta ha sido derogada y reemplazada por la ley 12.256 de Ejecución Penal bonaerense que nada dice al respecto.

³⁰⁸ Art. 4º, ley 10.648: "Facúltase al Poder Ejecutivo para reglamentar la Carrera Docente del personal comprendido en el art. 1º, adecuando las normas del Estatuto del Docente a las características particulares de los servicios que presten. Esta reglamentación deberá hacerse en el plazo de sesenta (60) días de la promulgación de la presente".

³⁰⁹ Art. 58, dec. 6583/1988: "Cualquier aspecto no contemplado en el presente reglamento será considerado de acuerdo a lo establecido por el Estatuto del Magisterio de la Provincia de Buenos Aires (ley 10.579), modificado por ley 10.614".

³¹⁰ Art. 213, ley 13.482: "Créase la Capellanía General, la que tendrá a su cargo el servicio religioso de las Policías de la Provincia de Buenos Aires y la asistencia espiritual que requiera su personal, sus familiares y detenidos. Asimismo se crea una Capellanía Mayor con dependencia directa de la Autoridad de Aplicación, y las Capellanías Departamentales, las que tendrán el rango que la reglamentación determine".

El decreto 342/1981, reglamentario del régimen del personal del Servicio Penitenciario, decreto-ley 9578/1980, prevé la presencia de capellanes en las unidades penitenciarias a través de la modificación del art. 16, inc. 3°, y agregado del art. 188 bis para excepcionar a los religiosos y a los profesionales de la medicina de los requisitos de edad mínimos y máximos para el ingreso y del límite para retiro obligatorio.

4.14. Personal transferido de la Administración General de Puertos Sociedad del Estado a la Dirección Provincial de Actividades Portuarias

Por ley 11.206 se aprobó el convenio entre Nación y provincia transfiriendo la administración y explotación de los puertos de La Plata, Mar del Plata, San Nicolás, San Pedro, Zárate, Campana, Tigre, Ramallo, San Pedro, Baradero, Olivos y Carmen de Patagones.

En el art. 4° del convenio se dispone que el personal transferido de la Administración General de Puertos Sociedad del Estado mantendrá todos sus derechos laborales y remuneración³¹¹.

En el decreto 1579/1992, reglamentario de la ley 11.206, se establece como autoridad de aplicación de dicha ley a la Dirección Provincial de Actividades Portuarias, actualmente dependiente del Ministerio de Asuntos Agrarios y Producción.

El personal transferido se encontraba regido por los siguientes CCT 164/1975, 17/1975, 24/1975, situación que ha sido reconocida y sigue vigente.

4.15. Personal ferroviario transferido

Por ley 11.547, la provincia de Buenos Aires ratifica el convenio celebrado con la Nación para transferir servicios interurbanos de pasajeros en el ámbito provincial, junto con éste se transfiere también personal perteneciente a Ferrocarriles Argentinos. En el convenio se prevé el respeto a las condiciones laborales que poseían dichos agentes³¹².

³¹¹ Cláusula cuarta del Convenio incorporado como anexo a la ley 11.206: "Personal. Para expedirse sobre el personal de AGPSE que se transferirá a la provincia, se agregarán a los integrantes del Grupo de Trabajo, tres (3) representantes de los gremios signatarios de convenios colectivos de trabajo en el marco de la AGPSE. El personal transferido deberá mantener su remuneración y demás derechos laborales, siendo de aplicación lo establecido en el Capítulo IV, ley 23.696".

³¹² Art. 13 del Convenio aprobado por ley 11.547: "Personal. En el período que media entre la Toma de Posesión Provisoria por la Provincia y el 31/12/1993, el personal de FA seleccionado por la Provincia en los términos del decreto PEN 1168/1992 por un total de 715 agentes mantendrá su vinculación laboral con FA, siendo sometido a un régimen de adscripción de la Provincia que implicará que la misma le impartirá las órdenes de servicio correspondientes, haciéndose cargo de la totalidad de las responsabilidades laborales que generen las relaciones de trabajo que mantenga con el personal adscripto.

"La Provincia asumirá en forma directa el pago de los importes correspondientes a las remuneraciones y cargas sociales del referido personal y del reembolso de los gastos administrativos que demanden de la liquidación de las mismas por parte de FA.

"El 1/1/1994 el citado personal se considerará automáticamente transferido a la Provincia asumiendo la misma en forma exclusiva la totalidad de los derechos y obligaciones como empleador.

"Dicho personal no verá afectadas las condiciones de trabajo que regían su actividad al momento de su adscripción a la Provincia. Cada agente deberá prestar conformidad en la transferencia del con-

Los trabajadores ferroviarios actualmente desempeñan su actividad en la Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario, organismo creado por decreto 99/1993.

Los convenios colectivos aplicables a los agentes ferroviarios siguen vigentes, siendo los siguientes: 21/1975, 26/1975 y 27/1975.

4.16. Personal transferido de AFNE SA por Astilleros Río Santiago a la provincia de Buenos Aires

Por ley 11.615 se ratifica el convenio de traspaso de Astilleros Río Santiago a la órbita provincial; en dicho acuerdo se prevé la transferencia de la totalidad del personal³¹³ en las condiciones que poseían, antigüedad y CCT que los rige³¹⁴; en el caso, CCT 91/1975, pasando a desempeñarse en el ente administrador Astillero Río Santiago creado por decreto 4538/1993 como ente autárquico.

4.17. Personal transferido de Casinos

Por ley 11.536, la provincia de Buenos Aires ratifica el convenio celebrado entre el Instituto Provincial de Lotería y Casinos y Lotería Nacional Sociedad del Estado de fecha 10 de septiembre de 1992, aprobado primariamente por el decreto 327/1993. A través de dicho convenio, el Estado provincial reasume la administración y explotación de los casinos ubicados en su jurisdicción que antes estaban en cabeza de Lotería Nacional de acuerdo con el convenio celebrado anteriormente con la Lotería Nacional con fecha 21 de septiembre de 1988 y aprobado por ley 10.756.

En la cláusula cuarta³¹⁵ del convenio, ratificado por ley 11.536, se acuerda garantizar la continuidad del personal manteniendo las condiciones que tenían.

trato de trabajo en los términos de esta Cláusula, dentro de los treinta días de la firma de este Convenio como condición para que dicha transferencia se produzca”.

³¹³ Art. 1º del Convenio aprobado por ley 11.615: “El Estado Nacional - Ministerio de Defensa, transfiere a la Provincia de Buenos Aires y ésta acepta, el total del personal, los activos en las condiciones donde están y como están y los contratos con terceros en curso de ejecución, correspondientes a Astilleros y Fábricas Navales del Estado SA, (AFNE SA), las condiciones que se detallan en el presente”.

³¹⁴ Art. 9º del Convenio aprobado por ley 11.615: “El personal que se desempeña en AFNE SA cuyos contratos de trabajo se encuentran vigentes a la fecha de suscripción del presente, se transfiere a la Provincia de Buenos Aires, la cual se hace cargo de dicho personal, reconociéndole por lo tanto los mismos términos y condiciones en que se desarrollaron tales contratos.

”En particular reconoce al personal transferido la antigüedad y los derechos que de ella se derivan según la Legislación Laboral vigente y los Convenios Colectivos aplicables, la especialización y funciones efectivamente cumplidas como así también la remuneración, los derechos y obligaciones en materia previsional y la Obra Social. Se deja constancia que a partir de la suscripción del presente, la Provincia de Buenos Aires será la única responsable por los despidos o reclamos laborales de cualquier naturaleza que se funden en causa o motivo posteriores a este acto.

”A tal fin, se acompañará, al Acta de Toma de Posesión, un listado en el cual figure la nómina de la dotación del personal que se transfiere, fecha de ingreso del mismo, antigüedad, remuneraciones percibidas, y tareas efectivamente realizadas”.

³¹⁵ Cláusula cuarta del Convenio aprobado por ley 11.536: “La Provincia de Buenos Aires se compromete a incluir en los pliegos de concesión de los Casinos, cláusulas que garanticen la continuidad del personal, en las condiciones vigentes al 1/8/1992, desde la fecha de Resolución del presente Convenio”.

Dicha cláusula fue reglamentada a través del decreto 3004/1995, destinado a regular el régimen de explotación y administración de los casinos. En su art. 2° establece que el Estado provincial debe garantizar las condiciones laborales de los empleados transferidos de la Nación a la provincia³¹⁶, respetando el régimen establecido por la ley 22.140 y las normas concordantes con ella o dictadas en su consecuencia y cualquier otra que tenga por finalidad reglar las relaciones laborales de aquellos empleados³¹⁷.

La particularidad de esta obligación convencional asumida por la provincia es que la ley 22.140 (hoy derogada por el art. 4°, ley 25.164, con las limitaciones allí previstas en el segundo párrafo, para aquellos que no hayan firmado convenio colectivo o no se haya dictado un nuevo ordenamiento que lo reemplace) consagraba el estatuto del empleado público nacional, es decir, un régimen integral propio para reglar la relación de empleo público, en el que también se prevé el sistema recursivo y procesal para impugnar judicialmente las decisiones administrativas del organismo de aplicación, el que por estar destinado a regular las relaciones laborales en la esfera nacional pertenecía a la justicia federal.

La competencia federal es de excepción³¹⁸ y está definida en los arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional. El gobierno federal no puede ampliarla, menos aún el provincial.

La remisión normativa a la jurisdicción federal para tratar conflictos netamente locales, como lo son las relaciones laborales de los empleados transferidos de la Nación a la provincia, no constituyen un caso federal por estar fuera de los alcances de la competencia definida en la Constitución Nacional, sin que la habilitación constitucional del art. 75, inc. 12, para que las provincias regulen su propio régimen procesal, permita excepcionar este límite.

Por otra parte, los casos derivados de la relación de empleo público de los agentes que se desempeñan en los casinos de la provincia de Buenos Aires encuadran claramente en la competencia del fuero Contencioso Administrativo, definida en el art. 166 de la Constitución provincial, como antes de ello constituían cuestiones residenciables ante la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires³¹⁹.

³¹⁶ Se estipuló como fecha de corte tanto para confeccionar el listado de personal como para consolidar los derechos que éstos tenían con anterioridad a la transferencia.

³¹⁷ Art. 2°, dec. 3004/1995: "En virtud de lo establecido en el artículo anterior, el Instituto Provincial de Lotería y Casinos acordará con Lotería Nacional Sociedad del Estado todo lo relativo al personal afectado a la explotación de los casinos con sujeción a lo prescripto en la cláusula 4° del convenio aprobado por decreto 327/1993, respetándose el régimen establecido por la ley nacional 22.140 y las normas concordantes con aquélla o dictadas en su consecuencia y cualquier otra que tenga por finalidad reglar las relaciones laborales de aquellos empleados".

³¹⁸ En este sentido, María Angélica Gelli expresa: "...La competencia federal es de excepción y no puede ampliarse por normas del Congreso ni por decisión judicial" (comentario al art. 116, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 808).

³¹⁹ V.gr. sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires del 16/2/2005 en causa B.59.986, "Caselli, Juan Carlos v. Provincia de Buenos Aires (Inst. de Loterías y Casinos). Demanda contencioso administrativa", en la que se dispuso una cesantía en aplicación de la Ley 22.140 del Régimen Jurídico Básico de la Administración Pública nacional y el Decreto 1798/1980 del Reglamento de Investigaciones Administrativas nacional.

4.18. Personal de OCEBA

El Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires, creado por ley 11.769, ha absorbido el personal de ESEBA SA que antes pertenecía a la Dirección de Energía de la provincia de Buenos Aires.

Por ley 10.904 se disponía la creación de la Empresa Social de Energía de Buenos Aires y por su art. 8º³²⁰ se disponía que el personal perteneciente a DEBA mantenía todos los derechos adquiridos de acuerdo al CCT 36/1975, el que también debía regir respecto del personal que ingresara en el futuro.

Actualmente, suprimida la Empresa Social de Energía de la Provincia de Buenos Aires, tenemos que en el ámbito estatal sólo se rige por el CCT 36/1975, el personal del Órgano de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires (OCEBA), tal como se prevé en el art. 63³²¹, ley 11.769, marco regulatorio eléctrico de la provincia de Buenos Aires, y en la reglamentación del artículo³²² en el anexo incorporado al decreto 2479/2004.

4.19. Personal del Banco Provincia

El régimen del personal del Banco Provincia está regulado básicamente a través del estatuto del empleado del Banco Provincia aprobado por su directorio; junto con éste coexiste el CCT 18/1975 en el que se encuentran reguladas cuestiones tales como horarios de trabajo, beneficios salariales, licencias, etc.; en cambio, en el estatuto se regula el sistema de ingreso, el procedimiento disciplinario, el régimen sancionatorio.

Las decisiones adoptadas en aplicación del estatuto son impugnables judicialmente, correspondiendo materialmente a la justicia contencioso administrativa, lo que diferencia a este supuesto de aquellos en que los agentes del Estado se rige plenamente por CCT en los que se ha entendido que corresponde intervenir a la justicia laboral.

³²⁰ Art. 8º, ley 10.904: "Continuidad del personal. La Empresa Social de Energía de Buenos Aires SA (ESEBA SA) tomará a su cargo todos los derechos adquiridos por el personal perteneciente o que haya pertenecido a DEBA, manteniendo su encuadramiento laboral, antigüedad, jerarquía, remuneración y estabilidad de acuerdo a lo establecido en el Convenio Colectivo de Trabajo vigente (CCT 36/1975). Lo propio ocurrirá con el personal que ingrese en el futuro a dicha Empresa y para aquél que se transfiera al Ente a crearse de acuerdo al art. 1º de la presente ley".

³²¹ Art. 63, ley 11.769: "El Organismo se regirá en su gestión financiera, patrimonial y contable, por las disposiciones de la presente Ley y reglamentos que a tal efecto se dicten. Quedará sujeto al control externo que establece el régimen de contralor público. Las relaciones con su personal se regirán por la Ley de Contrato de Trabajo, no siéndole de aplicación el régimen jurídico básico de la función pública".

³²² Art. 63, dec. 2479/2004: "El personal del OCEBA quedará encuadrado en la Convención Colectiva de Trabajo correspondiente a los trabajadores del sector eléctrico".

CAPÍTULO V

INGRESO A LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

I. NACIMIENTO DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

1. Sujetos de la relación de empleo público

Toda organización, por supuesto, incluidas las estatales, se debe conformar de manera ordenada, en la que la complejidad y multiplicidad de tareas exige la división del trabajo a través de la creación de sectores, a cada uno de los cuales se le asigna una serie de atribuciones con el objeto de poder cumplir con las funciones encomendadas. Al implementarse y sistematizarse ese complejo orgánico también deben determinarse los vínculos y las relaciones entre cada área, las que, por otra parte, podrán tener un grado variable de independencia funcional entre sí, inclusive conformar un ente material y normativamente diferenciado, esto es, como estructura organizacional con personalidad propia, sin que por ello deje de tener un vínculo con el resto de la organización.

Estas construcciones son en principio de base normativa, pero para poder desenvolverse efectivamente requerirán necesariamente sujetos biológicos que las dinamicen.

Esta interacción entre norma y sujeto biológico es la que determina que la estructura diferenciada conforme un centro de imputación de derechos y obligaciones en el que las personas físicas que lo integran se constituyen en un componente esencial para poder explicar dicha imputación.

La actuación u omisión de las personas físicas es la que repercute en el mundo jurídico al interactuar con otros sujetos; en virtud de ello resultó necesario explicar la manera de imputar al ente el accionar de los individuos que lo integran con el fin de determinar vínculos y responsabilidades en el mundo jurídico.

Se han elaborado diferentes teorías para explicar esta cuestión, siendo la teoría del órgano la que ha permitido hacerlo de mejor manera.

Según esta teoría, el organismo está compuesto por dos partes. Una de ellas es estructural y está formada por las distintas atribuciones que se le han asignado normativamente, denominada órgano institución. La otra está conformada por los individuos incorporados a ella con el fin de llevar adelante las funciones asignadas y formar su voluntad; ésta se denomina órgano individuo.

Las personas físicas no sólo resultan indispensables para conducir cada una de sus áreas de trabajo, ya que la actuación de los organismos no se agota en expresiones intelectuales, sino que también son necesarias para ejecutar cada una de sus decisiones. Cada uno de los sujetos que la integran, ya sea en su función intelectual o ejecutiva, tiene la misma condición de órganos individuos.

A partir de la incorporación de la persona física, no sólo se producirán efectos de la relación del organismo con otras personas, sino también dentro de su propio seno, ya que el hecho de formar parte del organismo implica una relación jurídica en sí misma de la cual derivan derechos y obligaciones recíprocas, y que se denomina relación de empleo público o función pública.

Esta relación siempre se constituirá necesariamente entre una persona jurídica pública y una persona física, ya que no puede darse entre personas físicas, ni entre personas jurídicas, ni entre un organismo sin personalidad y una persona física.

Aun en aquellos casos en que la designación se hace por elección, la relación se constituye con la persona jurídica dentro de la cual deben desempeñarse.

Podemos dar como ejemplo el caso de los legisladores electos por el voto popular, cuyos títulos deben ser aceptados por cada una de las Cámaras y luego prestar juramento ante el cuerpo para poder tomar posesión del cargo¹; recién a partir de allí quedará consolidada la relación de función pública. Estos órganos tienen una particularidad, ya que las Cámaras legislativas no tienen en sí personalidad propia y conforman un órgano colegiado del Estado, pero es frente a ellas con las que se llevará adelante la relación funcional del legislador. Será a ésta a la que los legisladores reclamarán su dieta, solicitarán licencias, justificarán sus inasistencias y será dicho cuerpo, como órgano, el que eventualmente decidirá la aplicación de sanciones disciplinarias, que pueden derivar en su expulsión o cesantía (art. 99 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

De la misma manera ocurre en los casos de miembros de organismos colegiados compuestos por funcionarios electos a través de voto popular dentro de la Administración Pública. Éste es el caso de los miembros del Consejo Escolar, organismo constitucional desconcentrado dentro de la estructura de la Dirección General de Cultura y Educación de la provincia de Buenos Aires.

Siempre debe distinguirse la autoridad del cuerpo electoral para elegir a un funcionario de la del órgano colegiado para cuya integración se lo elige, es con éste con el que se constituirá la relación funcional hasta que termine su mandato, y al que el funcionario tendrá que reclamar administrativamente los derechos derivados de dicha relación.

La conformación de la relación siempre debe ser voluntaria, ya que si ésta es forzosa, estaremos frente a una carga pública.

Puede ocurrir que un agente desempeñe funciones en más de una persona jurídica pública o, dentro de una de ellas, en dos organismos diferentes.

Esto se puede dar en aquellos casos en que las organizaciones estatales permitan el desempeño de más de un cargo público o en aquellas en que no exista incompatibilidad funcional, ya sea absoluta o relativa.

Un caso de incompatibilidad relativa ha sido previsto en el art. 53² de la Constitución provincial, en el que no pueden ejercerse dos o más empleos a sueldo,

¹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, t. III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, p. 398.

² Art. 53 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "No podrán acumularse dos o más empleos a sueldo en una misma persona, aunque sea el uno provincial y el otro nacional, con excepción de los del magisterio en ejercicio. En cuanto a los empleos gratuitos y comisiones eventuales, la ley determinará los que sean incompatibles".

aun cuando sean provinciales y nacionales o municipales³, con la excepción del magisterio, a la que se agregó por habilitación normativa⁴ la posibilidad de ejercer más de un empleo en el caso de profesionales del arte de curar cuando se den determinadas circunstancias excepcionales.

No obstante, aun en los casos de incompatibilidad funcional regulada, podemos encontrar ejemplos de desempeño de más de una función, tal el caso del ejercicio de cargos por acesión o en la designación para representar a un organismo en la conformación de otros.

También se puede dar que, en algunos casos, pertenezca a un organismo pero en forma eventual o transitoria se desempeñe en otro.

En todos estos casos no estamos frente a un supuesto de acumulación de empleos vedado por el art. 53 de la Constitución provincial sino que aquí es siempre un solo organismo el que mantiene la relación de empleo o función pública con el agente, independientemente de la derivación en los efectos de la relación por prestar servicios en distintos organismos, como puede ser la contraprestación patrimonial por cada una de las tareas, su eventual responsabilidad administrativa, las distintas obligaciones funcionales derivadas de ellas, etcétera⁵.

2. Delimitación de las autoridades que realizan los nombramientos

El art. 52 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires pone en cabeza del gobernador la designación de todos los empleados públicos cuyo nombramiento o elección no provea la Constitución, ya sea por sí o a propuesta, o con acuerdo, de la Cámara de Senadores o de Diputados.

Este artículo rige sólo para el personal integrante de la Administración Pública provincial, ya que el del Poder Judicial (arts. 161, inc. 4º, y 167, CPBA), el de las Cámaras legislativas (art. 93, CPBA) y el de los municipios (art. 192, inc. 3º, CPBA) deben ser designados por sus propias autoridades.

Así también la Constitución bonaerense consagra en su sección VIII —destinada a regular su régimen educativo— distintas excepciones a la atribución asignada al gobernador para nombrar a los empleados públicos que integran la Administración Pública provincial.

³ Aunque esta entidad no esté mencionada expresamente, debe interpretarse como comprendida dentro de los supuestos de incompatibilidad, sin discutir su naturaleza autonómica o autárquica para diferenciarla de la provincia.

⁴ Dec.-ley 8078/1973 y sus modificatorias.

⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, cit., t. III, p. 364. En este sentido señala que mientras una de las personas jurídico-públicas mantiene el *dominus* de la relación, la otra al utilizar los servicios del agente público queda obligada al cumplimiento de las contraprestaciones patrimoniales, sin perjuicio de una limitada potestad disciplinaria. Es interesante la nota 1, en la que transcribe: "Es una cuestión que tiene notable importancia práctica, además de la teórica, precisar cuando un empleado se encuentra bajo la dependencia de varios entes, cuál de éstos tiene mayor potestad o, viceversa, mayores obligaciones; y, en verdad (para ejemplar) si se trata el tema de la responsabilidad, sea entre los sujetos de la relación recíprocamente sea frente a terceros, interesa establecer —en ausencia de normas positivas— a cuál de los entes está obligado a responder el empleado o bien cuál de los entes debe responder al empleado o por el empleado" (PETROZZIELLO, *Il rapporto di pubblico impiego*, CXXXVI).

En este sentido, en el art. 201 se asigna a la Dirección General de Cultura y Educación el nombramiento y remoción de todo su personal técnico, administrativo y docente. En el art. 203 se establece la creación, dentro de la citada dirección, de los consejos escolares, cuyos integrantes deben ser elegidos por voto popular. En el art. 205 —destinado a la educación universitaria—, en su punto 6, se atribuye a las facultades tanto la elección de su decano y secretario como el nombramiento de sus profesores titulares e interinos.

En principio, la regla general se mantiene respecto de los entes autárquicos que integran la Administración Pública, en cuanto debe ser el Poder Ejecutivo el que efective la designación de sus agentes, con la particularidad que, en casi todos los casos, la autoridad del ente tiene la atribución de proponer a los postulantes.

Sin perjuicio de lo expuesto, la multiplicidad y complejidad de asuntos que se concentran en cabeza del Poder Ejecutivo exigen dar respuestas a la necesidad de cumplir con todas ellas; es así que junto con la división de tareas se dispone la delegación del ejercicio de competencias. En este sentido, las sucesivas leyes de ministerios⁶ prevén la facultad de delegar parte de su competencia no sólo a los ministros sino a otros funcionarios, siempre que sea directamente, esto es, por medio de un decreto del Poder Ejecutivo, ya que se prohíbe la delegación de competencias, a su vez, delegadas, salvo que esté expresamente autorizado en la norma delegante⁷.

El decreto 574/2001 concreta delegaciones, fundamentalmente en materia de administración de personal, transfiriendo, entre otros, el ejercicio de la atribución de nombrar personal a los ministros, secretarios de la gobernación, titulares de los organismos de la Constitución (se entiende que éstos son Fiscalía de Estado, Tribunal de Cuentas, Tesorería y Contaduría General de la provincia) y asesor general de gobierno⁸, con la sola excepción, para quienes estén incluidos en el régimen general de empleo público (ley 10.430), del personal de gabinete integrante de la planta

⁶ Actualmente el art. 5º, ley 13.757, establece: “El Gobernador podrá delegar en los Ministros Secretarios, o en los funcionarios u organismos que en cada caso determine, cualquiera de sus competencias. Asimismo los Ministros podrán delegar las que le son propias en órganos de inferior jerarquía dentro de su Ministerio. La delegación se ajustará a la competencia de los respectivos departamentos de Estado y en ningún caso podrán delegarse las atribuciones que se reciban por delegación, salvo que ello esté expresamente autorizado en la norma delegante”.

⁷ Art. 5º, ley 13.757: “El Gobernador podrá delegar en los Ministros Secretarios, o en los funcionarios u organismos que en cada caso determine, cualquiera de sus competencias. Asimismo los Ministros podrán delegar las que le son propias en órganos de inferior jerarquía dentro de su Ministerio. La delegación se ajustará a la competencia de los respectivos departamentos de Estado y en ningún caso podrán delegarse las atribuciones que se reciban por delegación, salvo que ello esté expresamente autorizado en la norma delegante”.

⁸ Art. 1º, dec. 574/2001: “Delégase en los señores Ministros Secretarios, Secretarios de la Gobernación, titulares de los Organismos de la Constitución y Asesor General de Gobierno, el ejercicio de las siguientes facultades:

”1- Designar agentes comprendidos en la ley 10.430 (t.o. 1996), con excepción del personal sin estabilidad de la planta permanente y del personal de planta temporaria —personal de gabinete— previstos, respectivamente, en los arts. 107 y 111, inc. a) de dicho texto legal.

”2- Designar agentes comprendidos en otros regímenes estatutarios especiales con exclusión del que integra sus plantas permanentes sin estabilidad —o sus equivalentes— en cada uno de dichos estatutos...”.

temporaria⁹ y aquel que, teniendo cargo de director, director general provincial o equivalente, integra la planta permanente sin estabilidad¹⁰. También prevé la excepción a la delegación para el caso de otros estatutos o regímenes especiales; aquí la excepción a la delegación lo es en forma genérica —ya que la variedad impide precisión— respecto de quienes integran la planta permanente sin estabilidad o categoría equivalente. Entendemos que también podemos considerar dentro de la exclusión a quienes se encuentren equiparados funcionalmente a los cargos mencionados en los supuestos de exclusión previstos en los incs. b) y c) del art. 1º, ley 10.430¹¹.

En cambio, por el art. 2º del decreto 574/2001 se delega una serie de atribuciones en materia de personal a los entes autárquicos, pero no se incluye entre ellas a la designación de personal¹².

3. La Administración Pública como uno de los sujetos de la relación de empleo público

Es necesario especificar que cuando hablamos de Administración Pública no estamos en presencia de un sujeto único sino de un conglomerado de personas jurídico públicas; cada una de ellas, a su vez, puede estar integrada por distintos organismos con diferentes grados de desconcentración; pero, como dijéramos, sólo los organismos con personalidad pueden constituir la relación de empleo público.

Este conjunto de sujetos tiene una cabeza en común y ésta es el Poder Ejecutivo en el caso de la provincia de Buenos Aires, conducida por el gobernador, que es la autoridad máxima del ente estatal administrativo más importante, al que comúnmente se denomina Administración Pública centralizada. Junto a éste encontramos un sinnúmero de entes con personalidad diferenciada, tal es el caso

⁹ Art. 111: "El personal de planta temporaria ingresará en las condiciones que establezca la reglamentación, en las siguientes situaciones de revista:

"a) personal de gabinete..."

¹⁰ Art. 107, ley 10.430: "Se denomina personal sin estabilidad a aquel que siendo designado por el Poder Ejecutivo puede cesar en sus funciones por disposición del mismo sin que medie ninguna de las causales establecidas para el personal con estabilidad y que se desempeña en los cargos de Director General Provincial, Director o sus equivalentes".

¹¹ Art. 1º, ley 10.430:

"...b) Funcionarios para cuyo nombramiento y/o remoción la Constitución y leyes fijen procedimiento determinados.

"c) Personal amparado por regímenes especiales".

¹² Art. 2º, dec. 574/2001: "Delégase en los titulares de los organismos autárquicos el ejercicio de las facultades consignadas en los incs. 18), 19), 20) y 21) del artículo precedente sin perjuicio de las siguientes:

"1) Otorgar licencias o permisos sin goce de retribución hasta un máximo de seis (6) meses.

"2) Disponer ceses por renuncia o fallecimiento excepto el del personal de planta permanente sin estabilidad".

Incs. 18, 19, 20 y 21, art. 1º, dec. 574/2001:

"...18) Dejar sin efecto designaciones de personal cuando no se hubiere tomado posesión del cargo o no se cumplimenten los requisitos legales exigidos para el ingreso.

"19) Prorrogar plazos para la presentación de la Carta de Ciudadanía por parte de los extranjeros que ingresen a la Administración Pública Provincial.

"20) Acordar bonificaciones especiales o adicionales cuyo otorgamiento esté reglamentado.

"21) Fijar el valor hora de la contraprestación para tareas extraordinarias realizadas por agentes fuera de sus funciones propias".

del Instituto Obra Médico Asistencial; Instituto de Previsión Social; Banco de la Provincia de Buenos Aires; Dirección General de Cultura y Educación; Comisión de Investigaciones Científicas; Unidad Ejecutora del Programa Ferroviario Provincial (UEFP); Ente Administrador Astillero Río Santiago; Corporación de Fomento del Valle Bonaerense del Río Colorado (CORFO Río Colorado); Dirección de Vialidad; Servicio Provincial de Agua Potable y Saneamiento Rural (SPAR); Instituto de la Vivienda; Organismo de Control de Energía Eléctrica de la Provincia de Buenos Aires (OCEBA); Organismo de Control de Aguas de Buenos Aires (OCABA); Autoridad del Agua; Patronato de Liberados Bonaerense; Instituto Cultural de la Provincia de Buenos Aires; Universidad Provincial del Sudoeste (UPS); Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires; Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de las policías de la provincia de Buenos Aires; entre otros, los que —exceptuados aquellos que estén consagrados constitucionalmente— subsistirán o podrán transformarse conforme a la dinámica legislativa.

4. Atribución constitucional en cabeza del Poder Ejecutivo para nombrar a los agentes de la Administración Pública como principio general

La Constitución de la Provincia de Buenos Aires otorga al Poder Ejecutivo la potestad para nombrar a los agentes pertenecientes al complejo entramado de entes y organismos que integran la Administración Pública en su condición de jefe¹³. Dicha atribución está consagrada en forma expresa en su art. 52, con excepción de aquellos agentes cuya designación esté prevista en la propia Carta provincial.

En virtud de ello, el gobernador, como principio general, podrá nombrar por sí a los agentes públicos que integran su organización. Esta regla general ha quedado fijada en el art. 5º, ley 10.430. No obstante su consagración constitucional, dicho principio tiene excepciones.

En algunos casos es la propia Constitución la que exige la concurrencia de otro poder en el proceso de incorporación de un funcionario; tal es el caso de aquellos nombramientos que se realizan a propuesta de la Cámara de Senadores o con acuerdo de esta Cámara o la de Diputados, pero en otros la excepción se realiza por vía legislativa.

Frente a ello resulta necesario precisar si la atribución para designar por sí a sus agentes puede ser excepcionada en virtud de regulación normativa, ya sea por permitirle a otra autoridad la designación de los funcionarios, o por requerir la participación de otro órgano en el proceso de nombramiento.

5. Distinción entre regulación legal de los requisitos para el ingreso y potestad para nombrar y remover a los agentes públicos

Ninguna duda cabe que el legislador puede y debe establecer las condiciones y los requisitos para el ingreso, fundamentalmente para reglamentar la exigencia de idoneidad en sus diversas formas. En la provincia de Buenos Aires dicha atribución está expresamente prevista en el art. 103, incs. 3º y 12 de su Constitución, por lo que

¹³ Encabezado del art. 144 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "El Gobernador es el jefe de la Administración de la Provincia, y tiene las siguientes atribuciones...".

aquí queda superada la discusión de si el Poder Legislativo podía avanzar o no sobre potestades privativas del Poder Ejecutivo.

También puede suceder que, al crear un ente o un organismo, el legislador considere conveniente regular expresamente determinados cargos, para que luego el Poder Ejecutivo elabore la estructura orgánico-funcional. Si bien esta asignación legislativa no genera mayores discusiones, diferente respuesta cabe brindar frente a la modificación normativa de la potestad del gobernador para nombrar y remover a los agentes de la Administración Pública provincial.

En esto la doctrina ha sido conteste en considerar *a priori* la atribución privativa del Poder Ejecutivo y la imposibilidad legal de alterarla.

En este sentido Miguel S. Marienhoff, consecuente con su postura de preservar al Poder Ejecutivo la regulación íntegra de la relación de empleo público por pertenecer a la “zona de reserva de la Administración”, consideró que el ejercicio privativo de la potestad de nombramiento y remoción no acepta excepción alguna, más allá de la autolimitación por parte del mismo poder a través de la reglamentación, o mediante delegación —o imputación de funciones en términos del autor— a sus subordinados. Entendió que una situación diferente resultaría inconstitucional, tal el caso de las leyes de creación de entes autárquicos que establecen la potestad de nombrar y remover empleados a sus autoridades¹⁴.

Benjamín Villegas Basavilbaso, en este sentido, entiende que la habilitación a los organismos autárquicos institucionales para designar a sus agentes —salvo las universidades y las academias—, por su naturaleza de órganos descentralizados, no se concilia con las atribuciones que la Constitución otorga al presidente como jefe supremo de la administración del Estado nacional (hoy en cabeza del jefe de Gabinete), en virtud de lo cual concluye que las facultades de nombramiento previstas en las leyes orgánicas presentan fundadas objeciones de inconstitucionalidad¹⁵.

Rafael Bielsa también entiende que se altera el principio constitucional al sustraer al Poder Ejecutivo la atribución de nombrar y remover a los empleados de la Administración, la que, si bien puede ser reglamentada, no puede ser alterada por ley. Justifica que en estos casos la ley atribuye la facultad a las entidades administrativas porque así conviene a la Administración propia, y porque hay una especie de delegación del Poder Ejecutivo. Considera que lo que corresponde es modificar el régimen establecido en la Constitución, ya que a las leyes que disponen esta atribución las considera inconstitucionales.

Sin embargo, este autor ha hecho una salvedad respecto de la elección de los funcionarios directivos de los entes autárquicos, tanto territoriales como institucionales. Explica que en el caso de los municipios la autarquía es territorial, con un origen no derivado de la descentralización política y que, cualquiera sea la forma de su régimen, tiene un germen de libertad. Considera que la descentralización es de sustancia democrática y dice que si el sistema es de gobierno propio, los contribuyentes, distinguiéndolos de los ciudadanos, se administran y también eligen a los funcionarios directivos de las comunas.

¹⁴ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, 4ª ed. actual., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 105, parág. 873.

¹⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, t. III, TEA, Buenos Aires, 1951, p. 402.

Encuentra un fundamento análogo en las entidades autárquicas institucionales, cuando gestionan intereses especiales, no generales, de los administrados. Da como ejemplo el régimen de las universidades nacionales, donde los órganos directivos —consejo superior y rector; consejos directivos y decanos—, son elegidos por quienes forman los claustros, esto es, profesores y alumnos¹⁶.

6. Supuestos de excepción al principio general de exclusividad en la designación de agentes públicos por parte del Poder Ejecutivo

A continuación describiremos distintos casos de excepción en los que se limita la exclusividad en la designación por parte del Poder Ejecutivo, ya sea por requerir la propuesta o acuerdo de otra autoridad, por transferir la potestad a otra autoridad administrativa o por establecer mecanismos de designación a través de la participación de terceros.

6.1. Nombramiento de personal por parte de un ente descentralizado. Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires

El decreto-ley 9434/1979 asigna al presidente del Banco de la Provincia de Buenos Aires la facultad de nombrar a todos los agentes del banco¹⁷, con excepción del gerente general, subgerente general y gerentes departamentales, que deben ser elegidos por el directorio en pleno, a propuesta del presidente¹⁸.

6.2. Conformación legislativa del directorio del IOMA

De acuerdo con el art. 2º¹⁹, ley 6982/1964, el IOMA debe ser conducido por un directorio integrado por un presidente y seis directores, tres nombrados con la sola intervención del Poder Ejecutivo y tres también nombrados por éste, pero a propuesta de los sectores que representan a los afiliados obligatorios. Actualmente, estos tres representan al personal administrativo en general, al personal docente y al personal dependiente de la policía, respectivamente. Los dos primeros, a propuesta de las organizaciones gremiales y el tercero, por la entidad representativa.

¹⁶ BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, t. III, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 129, parág. 472.

¹⁷ El art. 27, inc. c) del dec.-ley 9434/1979 consagra como atribución del presidente del Banco de la Provincia de Buenos Aires: "Nombrar, promover y trasladar los funcionarios y empleados del Banco, dando cuenta al Directorio, con excepción del Gerente General, del Subgerente General y Gerentes Departamentales que serán designados de acuerdo con lo establecido en el art. 24, inc. f)".

¹⁸ El art. 24, inc. f) del dec.-ley 9434/1979 establece como atribución del directorio: "Designar el Gerente General, Subgerente General y Gerentes Departamentales a propuesta del Presidente".

¹⁹ Art. 2º, ley 6982/1964: "El Instituto de Obra Médico Asistencial de la Provincia de Buenos Aires estará administrado por un directorio integrado de la siguiente forma:

"a) Un presidente nombrado por el Poder Ejecutivo.

"b) Tres directores en representación del Estado Provincial nombrados por el Poder Ejecutivo.

"c) Tres directores en representación de los afiliados obligatorios, nombrados por el Poder Ejecutivo a propuesta de los sectores correspondientes y en la forma que establezca la reglamentación. Ninguno de estos funcionarios podrán ser removidos de sus cargos sin justa causa".

La posibilidad de postulación de representantes de los afiliados democratiza la conducción del organismo.

El justificativo de esta participación en el gobierno del instituto está en que, por un lado, sus recursos se conforman en virtud del sistema de solidaridad que determina el aporte obligatorio de la mayoría de los agentes públicos bonaerenses; por el otro, como señalara Rafael Bielsa, el organismo gestiona intereses especiales de un determinado sector de administrados, en este caso, los agentes públicos, como derivación de su relación de empleo público.

6.3. *Cajas de previsión social*

Estas entidades tienen en común con la anterior el estar regidas por el principio de solidaridad y tener un fin específico. A diferencia del IOMA, los recursos, en su mayoría, provienen del aporte de los agentes activos y no de los beneficiarios de los haberes y prestaciones de pasividad que el organismo debe satisfacer.

Aquí la representación de los distintos estamentos tiene cobertura constitucional, ya que el art. 40 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires²⁰ establece expresamente la participación de los afiliados en la entidad que tenga a cargo el sistema de seguridad social.

El hecho que haya una entidad general, como lo es el Instituto de Previsión Social, y dos específicas, como son la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de las policías de la provincia de Buenos Aires y la Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, no altera el principio sentado por el art. 40 de la Carta provincial, que excepciona la atribución constitucional en cabeza del Poder Ejecutivo para nombrar a sus agentes con exclusividad.

6.3.1. *Instituto de Previsión Social*

El art. 4º, ley 8587²¹, dispone cómo se debe conformar el directorio del Instituto de Previsión Social. Éste estará compuesto por ocho miembros, de los cuales cuatro

²⁰ Art. 40 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "La Provincia ampara los regímenes de seguridad social emergentes de la relación de empleo público provincial.

"El sistema de seguridad social para los agentes públicos estará a cargo de entidades con autonomía económica y financiera administradas por la Provincia con participación en las mismas de representantes de los afiliados conforme lo establezca la ley.

"La Provincia reconoce la existencia de cajas y sistemas de seguridad social de profesionales".

²¹ Art. 4º, ley 8587/1975: "El Instituto de Previsión Social estará administrado por un Directorio integrado de la siguiente forma:

"a) Un Presidente nombrado por el Poder Ejecutivo que durará cuatro años en sus funciones, pudiendo ser designado nuevamente.

"b) Cuatro Directores en representación del Estado Provincial nombrados por el Poder Ejecutivo que durarán cuatro años en sus funciones pudiendo ser designados nuevamente.

"c) Dos Directores en representación de los afiliados activos que designará el Poder Ejecutivo, a propuesta de las entidades gremiales. Durarán cuatro años en sus funciones pudiendo ser designados nuevamente.

"d) Un Director Gremial en representación de los afiliados activos municipales que designará el Poder Ejecutivo entre los propuestos por las entidades gremiales. Durará cuatro años en sus funciones, pudiendo ser designados nuevamente.

serán designados exclusivamente por el Poder Ejecutivo y los restantes representarán: dos, a los afiliados activos provinciales a propuesta de las entidades gremiales; uno, a los afiliados activos municipales a propuesta de la entidad gremial que los nuclea y, el último, a los afiliados pasivos, a propuesta de las entidades que los agrupan, todos ellos, para luego ser designados también por el Poder Ejecutivo.

6.3.2. *Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de las policías de la provincia de Buenos Aires*

El art. 3°²², ley 13.236, establece que la conducción de la Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de las policías de la provincia de Buenos Aires se conformará con un directorio integrado por cinco miembros designados por el Poder Ejecutivo. De ellos, uno será presidente, quien deberá cumplir con condición de ser un oficial retirado, y otro será vicepresidente, quien deberá ser un suboficial retirado. Las vocalías deberán ser ocupadas por un oficial retirado o en actividad, un suboficial retirado o en actividad, y un miembro designado por el Poder Ejecutivo que debe ser especialista en materia previsional. Salvo este último supuesto, los otros cuatro cargos deben ser elegidos de una terna propuesta por las entidades con personería jurídica y sin fines de lucro, que nucleen al personal policial.

6.3.3. *Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires*

En el caso de la Caja de Jubilaciones, Subsidios y Pensiones del personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires, la situación es en parte diferente.

El art. 4°²³, ley 13.364, dispone la conformación de su directorio, que se debe integrar con un presidente, ocho vocales titulares y ocho suplentes, de los cuales sólo

"e) Un Director en representación de los afiliados pasivos que designará el Poder Ejecutivo, a propuesta de la o las entidades que lo agrupan. Durará cuatro años en sus funciones, pudiendo ser designados nuevamente".

²² Art. 3°, ley 13.236: "La Caja será gobernada y administrada por un Directorio integrado por un (1) Presidente, un (1) Vicepresidente y tres (3) Vocales Directores designados por el Poder Ejecutivo. Ejercerá la Presidencia un oficial retirado; la Vicepresidencia un suboficial retirado; una vocalía será desempeñada por un oficial retirado o en actividad; una vocalía será desempeñada por un suboficial retirado o en actividad; y una vocalía será desempeñada por un representante del Poder Ejecutivo especialista en materia previsional.

"Los representantes de las Policías serán designados de una terna propuesta por las entidades que nuclean al personal policial actualmente existentes o las que se creen en el futuro y cuenten con personería jurídica, carezcan de fines de lucro y no realicen actividades políticas".

²³ Art. 4°, ley 13.364: "El gobierno de la Caja estará a cargo del Directorio que ejercerá sus funciones *ad honorem* y quedará integrado por un Presidente, ocho vocales titulares y ocho vocales suplentes. Su composición será la siguiente:

"a) El Presidente, que deberá revestir el carácter de Director del Banco, elegido por el Directorio del mismo.

"b) Dos (2) vocales titulares y dos (2) suplentes designado por el Directorio del Banco.

"c) Dos (2) vocales titulares y dos suplentes designados por el Poder Ejecutivo Provincial.

"d) Dos (2) vocales titulares y dos (2) suplentes designados en elección directa por los afiliados en actividad, de acuerdo a la ley electoral vigente en la provincia de Buenos Aires, en cuanto hace al acto comicial.

dos vocales titulares y dos suplentes son designados por el Poder Ejecutivo; por los afiliados activos, dos titulares y dos suplentes, y por los jubilados y pensionados, otros dos titulares y dos suplentes, en estos casos designados por elección directa. El presidente y los otros cuatro directores titulares y cuatro suplentes son designados directamente por el directorio del banco. El presidente de la caja debe cumplir además la condición de director del banco.

6.4. Conformación del directorio de organismos de control de servicios públicos con participación de usuarios y consumidores

La Constitución Nacional ha previsto en el art. 42²⁴ la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios, así como de las provincias interesadas en los organismos de control de los servicios públicos de competencia nacional. Esta garantía no tiene correlato en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, ya que su art. 38²⁵, destinado a consagrar los derechos de consumidores y usuarios, nada establece al respecto.

Cabe determinar si la regulación expresa que el art. 42 de la Carta federal establece respecto de los servicios públicos nacionales es de aplicación extensiva a las jurisdicciones locales, en cuanto a la exigencia de conformar autoridades independientes con la participación de usuarios y consumidores para el control de los servicios públicos.

Al respecto cabe expresar que la participación de los usuarios y consumidores en la integración de los organismos de contralor de servicios públicos hace a la legitimación democrática²⁶ de éstos. Así también, que resulta una manifestación del principio republicano de control de los actos de gobierno por los ciudadanos.

²⁴e) Dos (2) vocales titulares y dos (2) suplentes designados por los afiliados jubilados y pensionados, también en elección directa y de acuerdo a la ley electoral vigente de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto hace al acto comicial”.

²⁴ Art. 42 de la Constitución de la Nación Argentina: “Los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno.

”Las autoridades proveerán a la protección de esos derechos, a la educación para el consumo, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, al control de los monopolios naturales y legales, al de la calidad y eficiencia de los servicios públicos, y a la constitución de asociaciones de consumidores y de usuarios.

”La legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos, y los marcos regulatorios de los servicios públicos de competencia nacional, previendo la necesaria participación de las asociaciones de consumidores y usuarios y de las provincias interesadas, en los organismos de control”.

²⁵ Art. 38 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “Los consumidores y usuarios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección frente a los riesgos para la salud y su seguridad, a la promoción y defensa de sus intereses económicos y a una información adecuada y veraz.

”La Provincia proveerá a la educación para el consumo, al establecimiento de procedimientos eficaces para la prevención y resolución de conflictos y promoverá la constitución de asociaciones de usuarios y consumidores”.

²⁶ GORDILLO, Agustín, *Derecho administrativo*, t. I, 8ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, cap. XV-5. El autor expresa que “la legitimación democrática, en el caso, viene del sistema de designación, que debe serlo por concurso, pues es sabido que hoy en día la democracia no es sólo una forma de acceder al poder sino también una forma de ejercerlo”.

Por ello, más allá de la falta de consagración expresa en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, el principio resulta de aplicación en nuestra provincia, resultando una excepción válida a la regla de designación y remoción de los miembros de la organización administrativa en cabeza del Poder Ejecutivo.

Es necesario observar que la participación ciudadana en los organismos de control debe garantizarse no sólo en los servicios públicos privatizados sino también en los prestados directamente por el propio Estado (v.gr. actualmente el servicio de agua corriente y cloacas a través de Aguas Bonaerenses Sociedad Anónima —ABSA—).

En el ámbito provincial se ha regulado en dos regímenes la participación representativa de los usuarios en los organismos de control de determinados servicios públicos que se encuentran bajo su órbita competencial. Estos son: la Sindicatura de Usuarios, prevista por la ley 11.769 como organismo de contralor del servicio eléctrico provincial, y el OCABA creado por decreto 878/2003.

6.4.1. Sindicatura de Usuarios

Mediante la ley 11.769 se establece el marco regulatorio eléctrico de la provincia de Buenos Aires y en dicha norma se crea como organismo de control, la Sindicatura de Usuarios²⁷, cuyos integrantes desempeñarán sus funciones *ad honorem*, debiendo representar los intereses de los usuarios. La Sindicatura se integrará por las asociaciones legalmente constituidas e inscriptas en el Registro Único de Asociaciones de Usuarios y Consumidores de la provincia.

6.4.2. Directorio del OCABA

También el directorio del OCABA está conformado por representantes de los usuarios. Conforme al decreto 878/2003 este organismo ha sido creado como autoridad de control del servicio de agua potable y servicios cloacales.

El directorio estará compuesto por cinco miembros, un presidente, un vicepresidente y tres vocales, en todos los casos designados en forma exclusiva por el Poder Ejecutivo; los otros dos vocales también deben ser designados por éste pero uno de ellos lo será a propuesta del Sindicato de Obras Sanitarias de Buenos Aires y el otro a propuesta de las asociaciones de usuarios más representativas del sector, inscriptas en el Registro Único de Asociaciones de Usuarios y Consumidores de la provincia.

Entendemos que ésta es una faceta de aquélla, en la que la participación de consumidores y usuarios resulta otra variante.

²⁷ Art. 57, ley 11.769: “Créase en el ámbito del Organismo de Control la Sindicatura de Usuarios, la que tendrá como función representar los intereses de los usuarios del servicio público de electricidad. La Sindicatura de Usuarios será integrada por las asociaciones legalmente constituidas e inscripta en el Registro Único de Asociaciones de Usuarios y Consumidores de la provincia de Buenos Aires, en la forma que establezca la reglamentación.

“La Sindicatura de Usuarios dispondrá de un presupuesto de hasta el siete por ciento (7%) del total del presupuesto asignado al Organismo, para su funcionamiento, conforme el mecanismo de distribución que establezca la propia Sindicatura. Los representantes de los usuarios prestarán sus funciones absolutamente *ad honorem*”.

6.5. *Transformación de un cargo por nombramiento en uno electivo.* *Jefe de Policía de Seguridad Comunal*

La ley 13.482 al crear la Policía de Seguridad Comunal para aquellos municipios del interior del país con una población que no supere los setenta mil habitantes o aquellos que el Poder Ejecutivo habilite previa solicitud, dispuso que, a partir del año 2007²⁸, luego de pasado el sexto y antes del octavo mes de haber asumido el intendente municipal, el jefe de Policía de Seguridad Comunal debe ser elegido por voto popular de los habitantes del municipio, en elecciones independientes de las de autoridades municipales.

Este mecanismo se encuentra actualmente suspendido en virtud de lo dispuesto en el art. 2º²⁹, ley 13.794, hasta tanto se apruebe el mecanismo de aplicación.

Por lo tanto, hasta que se ponga en vigencia este sistema de elección popular, el jefe de Policía debe ser elegido por el Poder Ejecutivo a propuesta del intendente comunal³⁰.

6.6. *Órganos consultivos, disciplinarios o de evaluación*

Los distintos regímenes de empleo público usualmente disponen la constitución de organismos consultivos, en materia disciplinaria, de calificación para ascensos o concursos, conformando un comité evaluador para un concurso o mecanismo de selección, entre otros ejemplos.

En cuanto a la duración de su función, ésta puede ser permanente o temporal; en ambos casos puede ser ejercida en forma continua o discontinua, esto último cuando deban intervenir si se los convoca para cada caso concreto.

Dichos organismos difieren en su conformación, pero muchos de ellos tienen la particularidad de estar integrados por funcionarios ajenos al Poder Ejecutivo que, en algunos casos, representan a determinados estamentos o asociaciones o entidades, o se trata de personas con reconocida capacidad en alguna especialidad.

Las excepciones a la regla de nombramiento en cabeza del Poder Ejecutivo se dan por la decisión legislativa de constituir órganos con la presencia de representantes elegidos o propuestos por entidades ajenas a la propia Administración, ello independientemente de que los futuros integrantes reúnan la condición de agentes estatales, ya que en su participación en el organismo consultivo deberán actuar en su calidad de mandatarios del estamento al que representan o por la cualidad por la que fueron convocados. A continuación describiremos algunos ejemplos de este tipo de organismos.

²⁸ Art. 71, ley 13.482: "A partir del año 2007, el Jefe de Policía de Seguridad Comunal será elegido por el pueblo de cada Municipio que corresponda, en elecciones independientes a las de las autoridades municipales, previa convocatoria hecha por el Poder Ejecutivo, la que deberá hacerse después de pasado el sexto y antes del octavo mes de haber asumido el Intendente Municipal.

"Durará en su gestión cuatro (4) años, pudiendo ser reelegido una vez".

²⁹ Art. 2º, ley 13.794: "Suspéndese la aplicación del art. 71, ley 13.482, hasta tanto se apruebe el procedimiento específico tendiente a su aplicación".

³⁰ Art. 73, ley 13.482: "Hasta tanto se implemente la elección popular del Jefe de Policía de Seguridad Comunal, dicho funcionario será designado y/o removido por la autoridad de aplicación, en acuerdo con el Intendente del Municipio que corresponda".

6.6.1. Junta de Disciplina. Ley 10.430

La Junta de Disciplina es un órgano consultivo que debe expedirse con antelación al dictado de un acto administrativo sancionatorio o de rehabilitación de un agente. De acuerdo con el art. 94, ley 10.430, su integración debe contemplar la presencia de representantes gremiales³¹.

Según el art. 94 del decreto 4161/1996 —reglamentario de la ley de referencia—, dicha junta debe conformarse por un presidente y doce miembros, de los cuales seis deben ser designados a propuesta de las entidades gremiales³².

En realidad, la ley exige la integración con representantes gremiales y no exactamente la designación por el Poder Ejecutivo a propuesta de las entidades gremiales, pero dicha variante se acerca de mejor manera a la atribución conferida por el art. 52 al Poder Ejecutivo para nombrar a los empleados públicos.

6.6.2. Consejo Asesor de Persona. Ley 10.430

Este organismo tiene funciones de asesoramiento generales en materia de aplicación del régimen de empleo público³³. Debe integrarse con el titular del organismo central de la administración de personal, que actuará como presidente y, luego, con los titulares de cada organismo sectorial ministerial de personal y con igual número de representantes de entidades gremiales³⁴.

³¹ Art. 94, ley 10.430: "La Junta de Disciplina estará integrada en la forma que se determine por vía reglamentaria, debiéndose incluir, en todos los casos, la representación gremial. Esta representación deberá ser prevista en todo organismo similar".

³² Art. 94. I, dec. 4161/1996: "La Junta de Disciplina estará integrada por un (1) Presidente y doce (12) miembros designados por el Poder Ejecutivo.

"El presidente y seis (6) miembros serán designados directamente y los restantes lo serán a propuesta de las entidades gremiales.

"El presidente y cuatro (4) de sus miembros, como mínimo, deberán ser abogados".

³³ Art. 128, ley 10.430: "Serán funciones del Consejo de Personal:

"a) Asesorar al Poder Ejecutivo en toda cuestión que se suscite por motivo de la aplicación de la presente ley.

"b) Entender en la coordinación y uniformidad de la aplicación de la política de Personal.

"c) Propiciar, con el conjunto de los organismos técnicos pertinentes normas sobre aspectos que hagan a la higiene y seguridad laboral de los empleados.

"d) Asesorar al Poder Ejecutivo en cuanto a los Planteles Básicos de las distintas jurisdicciones.

"e) Propiciar distintas formas de participación de los agentes.

"f) Emitir opinión sobre cursos de capacitación de los agentes, pudiendo además proponerlos cuando lo crea necesario".

³⁴ Art. 127, ley 10.430: "Consejo Asesor de Personal. Créase el Consejo Asesor de Personal cuyos miembros serán designados por el Poder Ejecutivo y estará integrado:

"- Por el titular del Organismo Central de Administración de Personal que lo presidirá.

"- Por el titular de cada Organismo Sectorial Ministerial de Personal.

"- Por igual número de representantes de Entidades Gremiales, una por cada Organismo Sectorial Ministerial de Personal.

"Asimismo se designará un miembro que suplante para cada consejero que en el caso de los representantes estatales será el reemplazante natural".

La ley 10.430 también dispone la creación de un organismo central cuya misión es asesorar en los recursos jerárquicos interpuestos contra las decisiones atinentes a calificaciones, ascensos y promociones, así como también en instrumentación de las cuestiones vinculadas con estas temáticas³⁵. Su integración es idéntica a la del Consejo Asesor de Personal³⁶.

6.6.3. Juntas sectoriales y central de calificaciones, ascensos y promociones. *Ley 10.430*

En cada jurisdicción se conformará una junta sectorial de calificación, ascensos y promociones con la misión de asesorar en dichas materias³⁷. Este organismo debe integrarse con tres autoridades dependientes del Poder Ejecutivo, como lo son un representante del organismo central de administración de personal, el titular del organismo sectorial de personal o su reemplazante natural y el titular de la repartición o dependencia donde deba cubrirse la vacante, u otra persona a quien éste delegue la función, pero también se integra con un cuarto representante, que lo hace por la entidad gremial³⁸.

³⁵ Art. 131, ley 10.430: "Son atribuciones de la Junta Central de Calificaciones, Ascensos y Promociones:

"- Asesorar en la instancia de apelación al Poder Ejecutivo al efecto de resolver los recursos jerárquicos presentados por cuestiones de calificaciones, ascensos y promociones.

"- Emitir opinión acerca de la instrumentación de la calificación, régimen de ascensos y promociones en lo concerniente a la forma y fundamentos teóricos".

³⁶ Art. 129, ley 10.430: "Junta Central de Calificaciones, Ascensos y Promociones. Se constituirá una Junta Central de Calificaciones, Ascensos y Promociones, integrada en idéntica forma que el Consejo Asesor de Personal (art. 122)".

³⁷ Art. 133, ley 10.430: "Son atribuciones de la Junta Sectorial de Calificaciones, Ascensos y Promociones la de asesorar en:

"- Los ascensos de personal, en base a las propuestas de los respectivos Organismos Sectoriales de Administración de Personal y teniendo en cuenta los antecedentes que justifiquen la aspiración de cada uno de los agentes propuestos, así como las que surjan de evaluar los antecedentes de capacitación registrados en el Organismo Central de Administración de Personal. Los respectivos Organismos Sectoriales se responsabilizarán por el cumplimiento de los requisitos a los cuales se encuentra supeditado el ascenso de personal.

"- La correcta cumplimentación, por parte de los Organismos Sectoriales de la Administración de Personal, de los requisitos establecidos para que se proceda a efectuar una promoción".

³⁸ Art. 132, ley 10.430: "Junta Sectorial de Calificaciones, Ascensos y Promociones. En cada jurisdicción funcionará una Junta de Calificaciones, Ascensos y Promociones, que se integrará de la siguiente manera:

"a.- Un representante del Organismo Central de Administración de Personal.

"b.- El titular del Organismo Sectorial de Personal o su reemplazante natural.

"c.- El titular de la Repartición o Dependencia donde cubra la vacante quien podrá delegar la misma.

"d.- Un representante de la Entidad Gremial".

6.6.4. Tribunales de clasificación central y descentralizados. Ley 10.579

El estatuto del docente³⁹ prevé la constitución de tribunales de clasificación centrales y descentralizados⁴⁰, con competencia para intervenir en los concursos y ascensos del personal docente, con funciones que exceden a las meramente consultivas⁴¹. Estos organismos tienen, entre sus integrantes, a representantes del personal docente, con la particularidad que deben ser elegidos por voto secreto y obligatorio⁴².

³⁹ La nueva ley de Educación Provincial 13.688 destinó dos artículos (59 y 60) a enumerar las funciones de los Tribunales de clasificación de manera semejante a como se encuentra regulado en el art. 47, ley 10.579 (estatuto del docente), aunque con algunas ligeras variantes en alguno de sus incisos.

⁴⁰ A partir de la nueva ley de Educación Provincial 13.688 también está prevista su constitución y atribuciones en los arts. 59 y 60 de ésta.

⁴¹ Art. 47, ley 10.579: "I. Son funciones de los Tribunales de Clasificación Centrales:

"a) Velar por la correcta aplicación del Estatuto del Docente y su Reglamentación.

"b) Fiscalizar la correcta valoración de los datos que figuren en la foja de servicios de cada miembro del personal docente o en el legajo de los aspirantes, a efectos de su debida ubicación en la clasificación general.

"c) Verificar anualmente la clasificación del personal titular en ejercicio.

"d) Fiscalizar los listados por orden de méritos, de los aspirantes a ingreso en la docencia, provisionalidades y suplencias.

"e) Dictaminar en los pedidos de ascensos, reincorporaciones, traslados, permutas, permanencia en actividad y en todo movimiento del personal que reviste carácter definitivo.

"f) Dictaminar en los pedidos de servicios provisorios interregionales.

"g) Analizar y dictaminar en materia de plantas orgánico-funcionales de servicios educativos.

"h) Intervenir cuando medie recurso jerárquico en subsidio en los reclamos sobre calificación y servicios provisorios cuando la decisión prevenga del pertinente Tribunal Descentralizado, teniendo su decisión carácter final.

"i) Verificar que los aspirantes a participar en concursos reúnan los requisitos establecidos a tal fin y confeccionar las nóminas correspondientes.

"j) Dictaminar en las licencias motivadas por estudios especiales, trabajos de investigación en el país o en el extranjero, por obtención de becas para perfeccionamiento cultural y profesional.

"k) Dictaminar en los servicios provisorios y permutas interjurisdiccionales, de acuerdo con la legislación vigente.

"l) Intervenir en el cambio de funciones por disminución de aptitudes psicofísicas.

"II. Son funciones de los Tribunales de Clasificación Descentralizados:

"a) Dictaminar en los pedidos de servicios provisorios regionales.

"b) Dictaminar en reubicaciones transitorias.

"c) Intervenir en carácter de informantes en todo asunto que deba ser resuelto por los Tribunales de Clasificación Centrales.

"d) Confeccionar los listados por orden de méritos de aspirantes a provisionalidades y suplencias.

"e) Realizar la valoración de títulos y antecedentes en caso de concurso y confeccionar los respectivos listados cuando los Tribunales de Clasificación Centrales lo soliciten.

"f) Efectuar el control de las razones invocadas para solicitar traslado".

⁴² Art. 41, ley 10.579: "I. Los Tribunales de Clasificación Centrales estarán integrados por:

"a) El Subsecretario de Educación o en su reemplazo el Director de Tribunales de Clasificación, quien lo presidirá. La Reglamentación de la presente ley preverá el reemplazante de los mismos para los casos de recusación o excusación.

"b) El Director de la repartición técnico-docente correspondiente, o en su reemplazo el Subdirector o un Asesor Docente, o un Inspector Jefe de Región.

"c) Un Inspector de Educación de la rama, nivel o modalidad.

"d) Dos representantes docentes elegidos por voto secreto y obligatorio del personal docente titular, provisional y suplente, elegido por cargo o especialidad, convocado en oportunidad de constituirse el Tribunal.

"II. Los Tribunales de Clasificación Descentralizados estarán integrados por:

6.6.5. Tribunal de disciplina. Ley 10.579

El estatuto del docente prevé la constitución de tribunales de disciplina para cada rama de enseñanza con competencia en materia disciplinaria⁴³; dentro de su integración se contempla la presencia de un docente, cuya individualización se debe realizar extrayéndolo de la lista que, por orden de mérito, debe elaborar el Tribunal de Clasificación, es decir, su designación está condicionada por la nómina realizada por dicho tribunal⁴⁴.

6.6.6. Junta mixta permanente. Ley 10.384. Estatuto del Personal de Obras Sanitarias

El Estatuto del Personal de Obras Sanitarias prevé la constitución de una junta mixta permanente con funciones de asesoramiento general y, en particular, en materia de permutas, ascensos, concursos y cuestiones disciplinarias. Entre sus integrantes debe haber igual número de miembros designados por la Administración que representantes gremiales⁴⁵.

"a) Dos representantes docentes elegidos por la Dirección General de Cultura y Educación, uno de los cuales lo presidirá.

"b) Tres representantes docentes elegidos por voto secreto y obligatorio del personal docente titular, provisional y suplente, dos con destino en la sede del Tribunal y el tercero elegido por cargo o especialidad, convocado en oportunidad de constituirse el Tribunal.

"Los Tribunales de Clasificación están facultados para convocar a personal especializado, cuando la naturaleza del asunto lo haga aconsejable, a efectos de emitir criterio.

"Sólo podrán integrar los padrones para elegir representantes, aquellos docentes que tengan una antigüedad mínima de un (1) año prestando servicios en la Dirección General de Cultura y Educación".

⁴³ Art. 149, ley 10.579: "Son funciones de los Tribunales de Disciplina:

"a) Estudiar los sumarios e investigaciones técnicas por presunta falta de idoneidad que se realicen.

"b) Disponer ampliaciones, en casos necesarios.

"c) Dictaminar sobre las sanciones que corresponde aplicar, determinadas en los arts. 132 y 133.

"d) Expedirse en los casos de revisión previstos en el art. 159.

"e) Dictaminar en los pedidos de rehabilitación".

⁴⁴ Art. 146, ley 10.579: "A los efectos de la aplicación de las normas previstas en el capítulo anterior se constituirán con carácter permanente para cada rama de la enseñanza, los Tribunales de Disciplina, organismos que desempeñarán las funciones previstas en el presente estatuto y su reglamentación.

"Los mencionados Tribunales de Disciplina serán integrados por:

"a) El subsecretario de Educación quien lo presidirá o el vicepresidente primero del Consejo General de Educación y Cultura, en su reemplazo.

"b) El director de la repartición docente que corresponda, quien podrá ser reemplazado por el subdirector correspondiente o por un asesor o por el inspector jefe de la región de supervisión.

"c) Un inspector de enseñanza de la especialidad y jurisdicción del presunto imputado, en funciones al momento de tramitar el sumario y que no haya actuado en la etapa presumarial.

"d) Un docente de la misma jerarquía y especialidad, de la región de supervisión I, cuyo nombre se extraerá de la lista que por orden de mérito elaborará el tribunal de clasificación".

⁴⁵ Art. 113, ley 10.384: "En OSBA funcionará una Junta Mixta Permanente, integrada por tres (3) miembros titulares por la Administración y tres (3) miembros titulares por el SOSBA, cada una de las partes designará asimismo un miembro suplente".

6.6.7. *Comisión Permanente de Estatuto Escalafón. Ley 10.328. Personal de Vialidad*

El Estatuto para el Personal de Vialidad prevé la conformación de la Comisión Permanente de Estatuto Escalafón con función consultiva general y, en especial, en materia de calificación del personal⁴⁶. Su conformación será de composición mixta, ya que prevé representación gremial⁴⁷.

6.6.8. *Comisión Permanente de Carrera Profesional Hospitalaria. Ley 10.471*

El art. 54⁴⁸, ley 10.471, prevé en el ámbito del Ministerio de Salud la conformación de la Comisión Permanente de Carrera Profesional Hospitalaria, con funciones consultiva en general y decisoria como instancia recursiva en materia de concursos. Debe tener participación en su integración de representantes gremiales y de entidades profesionales que tengan el manejo de la matrícula de los profesionales de la salud.

⁴⁶ Art. 51, ley 10.328: "Será competencia de la Comisión Permanente de Estatuto Escalafón:

"a) Proyectar y proponer al Poder Ejecutivo para su aprobación por iniciativa propia o a pedido de la parte interesada, las modificaciones tendientes a mejorar este Estatuto, como así también los reglamentos y normas necesarias para la mejor aplicación del presente.

"b) Determinar sobre todas las cuestiones y reclamos que se susciten con motivo de la aplicación y/o puesta en vigencia del presente Estatuto Escalafón.

"c) Vigilar la correcta aplicación de las disposiciones del Estatuto Escalafón, haciéndole saber a la Dirección las infracciones que advierte.

"d) Actuar como comisión de calificación por sí o por delegación.

"e) Darse su reglamento interno.

"f) Intervenir, informar y/o dictaminar en todos los casos en que el presente Estatuto Escalafón expresamente lo determine.

"g) Tenderá al mejoramiento de las relaciones laborales que permitan alcanzar un alto grado de eficiencia en los trabajos viales y la revisión y reajuste del aspecto remunerativo.

"h) Proyectar el nomenclador de funciones".

⁴⁷ Art. 49, ley 10.328: "En la Dirección habrá una Comisión Permanente de Estatuto Escalafón, la que será integrada por tres representantes de la Dirección, designados por el Poder Ejecutivo y tres representantes del personal designados por la Asociación. Los integrantes de esta comisión durarán dos (2) años en sus funciones. Por cada uno de estos representantes se designará un suplente. Los miembros serán reemplazados en caso de ausencia por sus reemplazos naturales.

"Las partes podrán disponer el reemplazo de sus representantes antes del vencimiento del término establecido.

"Esta Comisión se integrará dentro de los treinta (30) días corridos de promulgado el presente Estatuto".

⁴⁸ Art. 54, ley 10.471: "Créase la Comisión Permanente de Carrera Profesional Hospitalaria que será designada por el Ministerio de Salud y estará integrada por representantes de dicho Ministerio y de Entidades Profesionales que tengan el manejo de la matrícula y de Entidades Gremiales con personería jurídica de jurisdicción provincial.

"La composición de esta Comisión será reglamentada.

"Todos los integrantes de la Comisión deberán ser profesionales de la Salud. La Comisión tendrá las siguientes funciones:

"a) Asesorar al Ministro de Salud en toda cuestión que se suscite por motivo de la aplicación de la presente ley.

"b) Intervenir como Organismo de Apelación en los recursos que se interpongan a las decisiones de los Jurados de los concursos de acuerdo con lo previsto en la presente ley.

"c) Estudiar y expedirse en las propuestas de convenios de reciprocidad con otras carreras de jurisdicción, nacional, provincial o municipal".

6.6.9. Comisión Asesora de Trabajo Hospitalaria. Ley 11.759. Estatuto para el Personal de Establecimientos de Salud Carrera Hospitalaria

En el art. 62⁴⁹, ley 11.759, se prevé, en el ámbito del Ministerio de Salud, la creación de la Comisión Asesora de Trabajo Hospitalaria con funciones consultivas generales y en particular en la reglamentación de los concursos y bioseguridad. Debe estar conformada por las entidades gremiales representativas de los trabajadores regidos por el estatuto.

6.6.10. Comisión Asesora Honoraria. Decreto-ley 7385/1968. Comisión de Investigaciones Científicas

El art. 15⁵⁰ del decreto-ley 7385/1968 —Comisión de Investigaciones Científicas— prevé la creación de comisiones asesoras honorarias, las que, de acuerdo con el art. 22⁵¹ del decreto reglamentario 4686/1968, serán constituidas por el directorio. Sus integrantes podrán ser directores, miembros del grupo asesor, personal científico de la Comisión u otras personas de reconocido prestigio que pueden no estar vinculadas a la Comisión de Investigaciones Científicas; en este último caso requieren aprobación del Poder Ejecutivo.

6.6.11. Junta de Calificación. Decreto-ley 9688/1981 de la Carrera de Investigador Científico y Tecnológico

El art. 8^o⁵² del decreto-ley 9688/1981 —Carrera de Investigador Científico y Tecnológico— prevé la creación de una junta de calificación. Este organismo tiene carácter consultivo, participa en la selección de postulantes⁵³ y en la calificación

⁴⁹ Art. 62, ley 11.759: "Créase en el Ministerio de Salud, la Comisión Asesora de Trabajo Hospitalaria, integrada por las entidades representativas de los diversos estamentos laborales comprendidos en este Estatuto. Su función comprenderá el asesoramiento para la reglamentación del régimen de concursos, de las normas de bioseguridad así como otras cuestiones vinculadas al trabajo que se desarrolla en los establecimientos de salud y que le sean sometidas a consideración por el Ministerio".

⁵⁰ Art. 15, dec.-ley 7385/1968: "El Directorio podrá constituir las comisiones asesoras honorarias que estime convenientes, determinando su composición, duración y funciones".

⁵¹ Art. 22, dec. 4686/1968, reglamentario del dec.-ley 7385/1968: "Las comisiones honorarias que constituya el Directorio de acuerdo al art. 15, ley 7385, podrán estar integradas por directores, miembros del Grupo Asesor, personal científico de la Comisión y por otras personas de reconocido prestigio que, aun cuando no vinculadas a la Comisión, acepten formar parte de dichas comisiones honorarias. En este último caso se requerirá aprobación previa del Poder Ejecutivo".

⁵² Art. 8^o, dec.-ley 9688/1981: "La Junta de Calificaciones estará integrada como mínimo por cinco (5) miembros, elegidos por el Directorio entre la comunidad científica, quienes deberán reunir los requisitos que se establecen para las categorías I y II del Escalafón.

Los miembros del Directorio de la Comisión de Investigaciones Científicas, así como los de Comisiones Asesoras Honorarias, no podrán formar parte de esta Junta".

⁵³ Art. 7^o, dec.-ley 9688/1981: "Los interesados en ingresar al régimen de la presente ley, deberán presentar solicitud de acuerdo con lo determinado por la Reglamentación.

"Dicha solicitud, juntamente con la documentación aportada por el aspirante, será considerada por la Comisión Asesora Honoraria de la correspondiente disciplina científica, la que se expedirá, en cada caso, acerca de la aptitud del postulante para su ingreso, elevando informe técnico a la Junta de Calificaciones.

en la carrera de los investigadores⁵⁴. Debe integrarse con cinco miembros, los que serán elegidos por el directorio de entre la comunidad científica, no pudiendo integrarla los propios directores de la Comisión de Investigaciones Científicas ni los de las comisiones asesoras honorarias.

6.6.12. Consejo Provincial de Educación y Trabajo (COPRET). Ley 13.688

La Ley 13.688 Provincial de Educación dispone en el título V —Órganos y políticas de la educación—, capítulo VI, la creación del Consejo Provincial de Educación y Trabajo (COPRET)⁵⁵, organismo de naturaleza consultiva destinado a desarrollar estrategias entre el sistema educativo provincial y los sectores vinculados al desarrollo de la producción y el trabajo, tanto públicos como privados. El art. 123⁵⁶ establece su composición, contando con un consejo consultivo, una secretaría

⁵⁴ La Comisión Asesora Honoraria a que se refiere el presente artículo será la correspondiente a cada orientación científica, de acuerdo con las establecidas en el art. 7º, ley 7385. Su integración se efectuará de acuerdo con el art. 22 del decreto reglamentario 4686/1968”.

⁵⁴ Art. 9º, dec.-ley 9688/1981: “Serán funciones principales de la Junta de Calificaciones:

”a) Unificar los criterios de evaluación y calificación de las Comisiones Asesoras para alcanzar el necesario equilibrio en la valoración de todos los candidatos y miembros de la Carrera.

”b) Considerar las solicitudes de ingresos y seleccionar los candidatos que puedan ser invitados para incorporarse a la misma, todo ello a los efectos de proponerlo al Directorio, indicando la clase en que debería ubicarse a la persona que ingresa.

”c) Analizar, de acuerdo con lo establecido en este régimen, la situación de los Investigadores, a través de sus informes y otros elementos de juicio, y aconsejar al Directorio acerca de su calificación, la que tendrá efectos para su promoción o cese”.

⁵⁵ Art. 122, ley 13.688: “El COPRET es el Consejo Asesor de la Dirección General de Cultura y Educación cuya finalidad es articular el desarrollo de estrategias, programas y acuerdos entre el sistema educativo provincial, en sus distintos niveles y modalidades, y los sectores vinculados al desarrollo de la producción y el trabajo, tanto públicos como privados.

”Son sus objetivos:

”a. Proponer políticas públicas que articulen la educación, el trabajo y la producción en el contexto del desarrollo estratégico nacional, provincial, regional y local.

”b. Favorecer acciones destinadas a la promoción de la formación técnico-profesional integrando las propuestas del empresariado y de los trabajadores, en coordinación con los niveles y modalidades.

”c. Promover la formación permanente de jóvenes, adultos y adultos mayores en las diferentes plataformas y lenguajes de las nuevas tecnologías, en formas de producción, de asociatividad y cooperación que faciliten su incorporación al sistema productivo laboral.

”d. Asesorar respecto de capacitación con organismos públicos y privados de acuerdo a las necesidades planteadas por una realidad en transformación.

”e. Contribuir a la vinculación del sistema educativo provincial con los sectores de la producción y el trabajo.

”f. Administrar el Crédito Fiscal Nacional y Provincial de acuerdo a la normativa vigente con el objeto de favorecer la capacitación y actualización de los trabajadores y el equipamiento de las instituciones de educación técnico profesional”.

⁵⁶ Art. 123, ley 13.688: “El COPRET estará integrado por una Secretaría Ejecutiva a cargo de un funcionario designado por el Presidente; el equipo técnico administrativo dependiente de la Secretaría Ejecutiva; y los miembros del Consejo Consultivo, que es *ad honorem* y estará integrado por el Director General de Cultura y Educación quien se desempeñará como Presidente; el Subsecretario de Educación, quien reemplazará al Presidente en caso de ausencia; el Secretario Ejecutivo del COPRET; y representantes del organismo técnico-pedagógico específico de la Educación, el Trabajo y la Producción y la Agencia de Acreditación de Competencias Laborales, representantes de los Ministerios de Asuntos Agrarios, Producción, Desarrollo Humano y Trabajo, de Universidades Públicas y Privadas, de la

ejecutiva y un equipo técnico administrativo dependiente de dicha secretaría a cargo de un funcionario designado por el presidente. El consejo consultivo ejerce sus funciones *ad honorem* y se encuentra bajo la presidencia del director general de Cultura y Educación. También está integrado por el subsecretario de Educación, quien debe reemplazar a aquél en caso de ausencia; el secretario ejecutivo del COPRET y representantes del organismo técnico-pedagógico específico de la Educación, el trabajo y la producción y la Agencia de Acreditación de Competencias Laborales, representantes de los ministerios de Asuntos Agrarios, Producción (hoy unificados en Asuntos Agrarios y Producción), Desarrollo Humano (hoy Desarrollo Social) y Trabajo, de universidades públicas y privadas, de la Comisión de Investigaciones Científicas (CIC), de organizaciones sociales y de entidades colegiadas, sindicales y empresarias, todos con asiento en la provincia de Buenos Aires, con la particularidad que, en todos los casos y, sin distinguir la representatividad que detentan, deben ser designados por el director general de Cultura y Educación.

6.6.13. Agencia de Acreditación de Competencias Laborales. Ley 13.688

El título V de la ley 13.688 en su capítulo VII dispone la conformación de otro organismo, la Agencia de Acreditación de Competencias Laborales. De acuerdo con el art. 124⁵⁷ tiene como función llevar adelante y coordinar políticas de certificación y acreditación de saberes adquiridos por los trabajadores en circuitos formales o no

Comisión de Investigaciones Científicas (CIC), de organizaciones sociales y de entidades colegiadas, sindicales y empresarias, todos con asiento en la provincia de Buenos Aires, los que son designados por el Director General de Cultura y Educación. El Consejo Consultivo asesorará a la Dirección General de Cultura y Educación en materia de educación, trabajo y producción, promoviendo acciones de integración y complementariedad entre el sistema educativo y los organismos participantes, como órgano de consulta y representación permanente”.

⁵⁷ Art. 124, ley 13.688: “La Agencia de Acreditación de Competencias Laborales es el organismo responsable de llevar adelante y coordinar las políticas de certificación y acreditación de saberes adquiridos por los trabajadores en circuitos formales o no formales de sus trayectorias laborales y educativas, definidas en la presente ley y conforme a lo establecido por el decreto 1525/2003 del Poder Ejecutivo Provincial.

”Son sus objetivos:

”a. Certificar las competencias y saberes socialmente productivos de los trabajadores que lo soliciten, independientemente de la forma como fueron adquiridos.

”b. Acordar el diseño de indicadores y el desarrollo de procedimientos válidos y confiables para la evaluación.

”c. Establecer conjuntamente con los niveles y modalidades que correspondan itinerarios formativos para quienes no alcancen la certificación.

”d. Recolectar información de la población a acreditar, para evaluarla en función de los referenciales previamente realizados y acordados con el sistema productivo y laboral, y con los niveles y modalidades del sistema educativo.

”e. Aportar insumos para el diseño de la oferta de formación técnico profesional del sistema educativo provincial.

”f. Construir los referenciales de cada oficio u ocupación tomando como base el estudio de los procesos de trabajo; el marco económico, productivo y de relaciones laborales en la que se inscribe la tarea; el análisis exhaustivo de la actividad; los contenidos implícitos en la misma así como las certificaciones y contenidos que el sistema educativo otorga en sus diversos niveles y modalidades.

”g. Definir situaciones específicas que permitan la certificación de los saberes construidos en y para la acción de trabajo, de todos los trabajadores y trabajadoras que lo soliciten.

formales de sus trayectorias laborales y educativas, recepiendo en la ley un organismo que había sido previsto por el decreto 1525/2003.

Dicho organismo, tal como lo dispone el art. 126⁵⁸, estará conducido por un directorio, cuya presidencia estará en cabeza del director general de Cultura y Educación, y se conformará además con dos funcionarios de la Dirección General de Cultura y Educación y, en forma potestativa, el director general podrá convocar a representantes de los ministerios de Asuntos Agrarios, Producción (hoy unificados), Trabajo y Desarrollo Humano (hoy Desarrollo Social). Así también podrá convocar a representantes de la Comisión de Investigaciones Científicas, del Consejo Interuniversitario Nacional, del Consejo de Rectores de Universidades Privadas, de organizaciones empresariales, sindicales, movimientos sociales y comunitarios. En el caso de convocatoria de estos representantes será necesario contar con requisitos objetivos de selección expresamente reglamentados.

La ley prevé para este organismo una estructura propia permanente, ya que el art. 127⁵⁹ dispone la designación, por parte del director general, de un funcionario a cargo de la coordinación ejecutiva y la posibilidad de conformar un equipo técnico / administrativo.

7. Análisis de la atribución legislativa para excepcionar el principio general para el nombramiento del personal de la Administración Pública

Si bien la clásica concepción de la división de poderes ha asignado al Poder Ejecutivo la función de ejecutar las leyes, ésta ha evolucionado, reconociéndole un sinnúmero de cometidos⁶⁰ que han hecho crecer su estructura, integrándola con un conglomerado de organismos que, para simplificar, se denomina Administración

⁵⁸h. Generar condiciones que faciliten la inscripción de postulantes que aspiren a certificar sus saberes, tomando como base a las distintas organizaciones educativas distribuidas en el territorio provincial, en sus distintos niveles y modalidades.

⁵⁹i. Establecer conjuntamente con los niveles y modalidades que correspondan itinerarios formativos para quienes no alcancen la acreditación propuesta, así como para complementar la formación de quienes habiendo sido certificados y acreditados, lo soliciten.

⁶⁰j. Analizar la oferta de educación formal y no formal existente con el objeto de su articulación con las actividades específicas de la Agencia.

⁶¹k. Contribuir con el producto de los estudios y referenciales de oficios y ocupaciones desarrollados por la Agencia, a la definición de los contenidos de la oferta de formación técnico profesional, que se encuentra bajo la responsabilidad de la conducción del nivel correspondiente”.

⁵⁸ Art. 126, ley 13.688: “La Agencia estará integrada por un Directorio presidido por el Director General de Cultura y Educación, quien designará a dos funcionarios de su Dirección, pudiendo convocar a un representante por cada uno de los siguientes Ministerios: de Asuntos Agrarios, de la Producción, de Trabajo y de Desarrollo Humano.

”También podrá citar a representantes de la Comisión de Investigaciones Científicas de la Provincia de Buenos Aires (CIC), del Consejo Interuniversitario Nacional (CIN), del Consejo de Rectores de Universidades Privadas (CRUP), de las organizaciones empresariales, del movimiento obrero y de los movimientos sociales y comunitarios”.

⁵⁹ Art. 127, ley 13.688: “El Director General designará a un funcionario a cargo de la Coordinación Ejecutiva, pudiendo contar con un equipo técnico y administrativo para el cumplimiento de las funciones específicas”.

⁶⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *Revolución Francesa y administración contemporánea*, 2ª ed., reimpr., Taurus, Madrid, 1984, ps. 64 y ss.

Pública, bajo la conducción —con diferentes grados de intensidad— del Poder Ejecutivo, en el caso de la provincia de Buenos Aires, encabezado por el gobernador.

La atribución constitucional al gobernador para nombrar y remover a los agentes que la integran tiene fundamentación lógica en su condición de jefe de la Administración y conductor de ella. Con base en dicha condición aplicará el control jerárquico sobre su estructura centralizada, y administrativo sobre la descentralizada.

Por otra parte, la correcta conducción y armonización de dicho conglomerado le permitirá desarrollar adecuadamente los cometidos asignados, coadyuvando a ello la posibilidad de nombrar y remover a los sujetos que integren la organización.

No obstante ello, dicha prerrogativa no debe ser entendida como absoluta⁶¹, ya que en determinados supuestos resulta razonable limitar o transferir la designación de algunos agentes hacia otros sectores.

Estos casos, en los que se limita la exclusividad en la designación (determinando la necesidad de propuesta o acuerdo de otra autoridad), transfiriendo el nombramiento a otra autoridad administrativa (el caso del Banco Provincia) o a terceros ajenos a la Administración (en el caso de la designación directa por usuarios o representados), o mutando el procedimiento de selección (v.gr. en el caso del jefe de Policía Comunal de designación por nombramiento a electivo), serán válidos en la medida que constituyan un supuesto razonable y de excepción que no altere el principio general.

Dichas excepciones se fundamentan, en algunas circunstancias, en la necesidad de resguardar la independencia funcional, tal el caso del Banco Provincia con una actividad prevalentemente comercial, no obstante mantener íntegramente su naturaleza de ente público estatal.

En otras, se encuentra justificada en la necesidad de completar la integración de determinados organismos con la participación de representantes de los sectores de pertenencia de los involucrados, es decir, se permite a quienes tienen un interés directo participar activamente, integrando organismos de control o sindicatura de usuarios con el objeto de controlar la calidad o regularidad de un servicio público; en otros, para que los representantes de los propios interesados participen en organismos consultivos en materia de ascensos, selección o procedimientos disciplinarios, en algunos casos, también con funciones decisorias (v.gr. el Tribunal de Clasificación dentro de la estructura de la Dirección General de Cultura y Educación).

En otros supuestos, se intenta lograr que determinados actores sociales se involucren en proyectos políticos determinados o que entidades especializadas o profesionales capacitados puedan aportar sus conocimientos a organismos de naturaleza técnica.

Avanzando en mayor grado, la Legislatura ha dispuesto la integración de organismos administrativos, a través de mecanismos electivos directos, tal es el caso de los tribunales de clasificación dependientes de la Dirección General de Cultura y Educación, así como también la designación del jefe de Policía Comunal. El primero de ellos, con base en los mismos fundamentos que los expuestos en el párrafo precedente para quienes representan a los interesados en los organismos de control, aquí

⁶¹ JÉZE, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo*, t. II.2, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 60.

Principio válido para nuestra organización de gobierno, pero con la salvedad de surgir de la interpretación de un sistema parlamentario y no presidencialista como el nuestro.

con mayores atribuciones, ya que estos organismos tienen ciertas potestades decisorias. El segundo tiene un fundamento diferente, ya que el jefe de Policía Comunal, quien históricamente (con otra denominación) ha formado parte de una estructura organizacional jerárquicamente fuerte y centralizada, ha mutado, descentralizando su estructura y procurando legitimación democrática, frente a los graves problemas de inseguridad y la necesidad de fortalecimiento de la imagen institucional.

8. Nombramientos del Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Impedimento en el ámbito de la provincia de Buenos Aires de designaciones en comisión

A diferencia de la Constitución Nacional, la Carta provincial no contempla la posibilidad de realizar nombramientos en comisión. En cambio, el art. 146⁶² de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, para aquellos funcionarios que requieran para su nombramiento propuesta o acuerdo de alguna de las Cámaras, prevé que esto se haga dentro de los quince días de producida la vacante. Si la Cámara que corresponde no presta el acuerdo, entonces no podrá insistirse con dicho candidato por el término de ese año.

En el caso del receso, a diferencia de lo dispuesto por el art. 99, inc. 19 de la Constitución Nacional, que permite los nombramientos en comisión que expirarán hasta el fin de la próxima legislatura, en la provincia debe seguirse idéntico mecanismo que en época de sesiones ordinarias. Esto es, también debe hacerse la propuesta dentro de los quince días de producida la vacante, y debe convocarse a la Cámara correspondiente a sesiones extraordinarias para tratar el acuerdo.

II. CONFORMACIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

1. Derecho al empleo y derechos del empleo

Los pasos procedimentales para la cobertura de un cargo y el posterior desarrollo de una relación de empleo público parten desde la creación de un cargo público por la Legislatura con su respectiva asignación presupuestaria, la ubicación por parte del Poder Ejecutivo de dicho cargo en la estructura orgánico-funcional, luego la convocatoria, inscripción o presentación de los postulantes, la selección o concurso, la elección, notificación, aceptación, toma de posesión, para luego dar comienzo a la prestación laboral.

El camino descrito hasta llegar al agente estatal implica la posible presencia de distintos niveles de sujetos interesados: habitantes, ciudadanos, postulantes, concursantes, concursante seleccionado, sujeto seleccionado que ha aceptado su cargo, agente desempeñando su función.

⁶² Art. 146 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "Estando las Cámaras reunidas, la propuesta de funcionarios que requieren para su nombramiento el acuerdo del Senado o de la Cámara de Diputados, se hará dentro de los quince días de ocurrida la vacante, no pudiendo el Poder Ejecutivo insistir sobre un candidato rechazado por el Senado o la Cámara de Diputados en su caso, durante ese año. En el receso, la propuesta se hará dentro del mismo término, convocándose extraordinariamente, al efecto, a la Cámara respectiva. Ninguno de los funcionarios para cuyo nombramiento se requiere el acuerdo o propuesta por terna de alguna de las Cámaras, podrá ser removido sin el mismo requisito. Exceptúanse los funcionarios para cuya remoción esta Constitución establece un procedimiento especial".

En el proceso temporal señalado puede trazarse una línea divisoria tomando como punto el momento en que se constituye la relación de empleo público; en este tramo podemos reconocer una etapa anterior y otra posterior, posicionados desde allí.

Las situaciones subjetivas que pueden encontrarse en una y otra etapa pueden denominarse, respectivamente, derechos al empleo y derechos del empleo.

Derecho al empleo debe entenderse como la posibilidad o expectativa de exigir un empleo o función.

Los derechos exigibles, luego de constituida la relación y durante su ejercicio, se denominan derechos del empleo. Respecto de éstos también cabe hacer una diferencia de grado, ya que, constituida la relación, el agente puede exigir la conservación del empleo (garantía de estabilidad, garantías en un procedimiento disciplinario) o la satisfacción de derechos derivados del desempeño en sí de la relación (v.gr. licencias, rubros salariales, régimen horario, etc.)⁶³.

La importancia de la distinción entre el derecho al empleo y los derechos del empleo estriba en determinar si, en ambos supuestos, se reconoce la presencia de un interés jurídicamente tutelado que permita, a quien lo invoque, exigir su cumplimiento o respeto.

Ninguna duda cabe respecto de los derechos que surgen del desarrollo de la relación laboral, ya que éstos generalmente están demarcados en forma precisa en los estatutos, reglamentos y convenciones. Así también cuentan con diversas garantías de protección constitucional (v.gr. arts. 14 bis de la Constitución Nacional; 39 y 103, inc. 12 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

Más difícil resulta la cuestión cuando se trata de determinar si existe un derecho al empleo jurídicamente protegido. Para verificar ello, en primer lugar es necesario precisar cuál es el momento constitutivo de la relación laboral; luego, ver las distintas posiciones que se han adoptado al respecto para, finalmente, verificar cuáles son las garantías que eventualmente brinda el ordenamiento jurídico, en nuestro caso, provincial.

2. Consumación del acuerdo de voluntades

Aceptada la naturaleza contractual de la relación de empleo público, es necesario precisar si éste es consensual o real. Ambas posturas han sido sustentadas. Adoptar una u otra determinará el momento en que cabe tener al acuerdo como perfeccionado.

Para Miguel S. Marienhoff⁶⁴, el contrato es consensual y se perfecciona con el acuerdo de voluntades. Explica que la manifestación de voluntad del administrado se puede producir al solicitar el cargo o al aceptar el nombramiento. Este autor opina que, no obstante ello, debe distinguirse como momento desde el cual son exigibles los derechos derivados de la relación, el de la toma de posesión.

Agustín Gordillo⁶⁵ también adscribe a la posición que entiende al contrato como consensual, no requiriendo para su perfeccionamiento acto formal posterior.

⁶³ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 163.

⁶⁴ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 217.

⁶⁵ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. I, cap. XIII-31.

Explica que la toma de posesión tiene efectos salariales y presupuestarios, pero no de nacimiento del vínculo.

Rafael Bielsa⁶⁶ comparte el carácter consensual del vínculo contractual, entendiendo que la relación se perfecciona cuando se acepta la designación, acto que define el carácter de la relación jurídica. Para este autor, el acto de nombramiento determina el nacimiento de derechos y obligaciones derivados de la relación de empleo público, pero es necesaria la aceptación para que produzca efectos jurídicos⁶⁷.

Bartolomé A. Fiorini⁶⁸, en cambio, entiende que el contrato de empleo público es real, perfeccionándose con la toma de posesión del cargo.

Desde otra óptica, podemos ver cuál es el momento en que se considera constituida la relación laboral para aquellas posiciones que, sin aceptar la teoría contractual, tienen en cuenta la voluntad del empleado para determinar el nacimiento de la relación.

Benjamín Villegas Basavilbaso⁶⁹ ha entendido que la relación de empleo público constituye un acto jurídico bilateral, que se conforma con los actos de nombramiento y consentimiento del nombrado. Para establecer la iniciación de la relación de empleo público considera diversos momentos: 1º) data del acto de nombramiento; 2º) data de la manifestación de voluntad del nombrado aceptando o no el nombramiento, 3º) asunción del servicio. Luego explica que en la práctica es casi imposible que coincidan estos tres momentos. Entiende que es con la aceptación del nombramiento que se perfecciona el vínculo.

Gastón Jèze⁷⁰ define a la designación como acto condición. El nombramiento o la elección no son acuerdos de voluntades que crean una situación jurídica individual; hay investidura de una situación jurídica general, impersonal, creada por las leyes y reglamentos. Ha dicho que el acto de nombramiento o elección es un acto condición unilateral, provocado o aceptado. Es una investidura a la función pública debida exclusivamente a la voluntad de la autoridad, en la que la aceptación del funcionario (él distingue también la designación obligatoria) no tiene otro significado que no rehusar la investidura y tiene importancia secundaria. Si rechaza el nombramiento o renuncia debe entenderse que actúa como una condición resolutoria. Al defender su posición frente a la de León Duguit⁷¹, que entendía que la relación se constituía con la posesión del cargo, señaló que debe distinguirse el problema jurídico del financiero. Desde el punto de vista jurídico, el nombramiento o la elección, producen solamente la investidura. Desde el punto de vista financiero, es decir, desde cuando el individuo designado goza de las ventajas inherentes a la función, señala que es con la instalación en el cargo el momento a partir del cual debe comenzar a percibir la retribución.

⁶⁶ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 66.

⁶⁷ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 115.

⁶⁸ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 808.

⁶⁹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 415.

⁷⁰ JÈZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 29.

⁷¹ JÈZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 33.

3. Exigibilidad de derechos al empleo

Rafael Bielsa distingue dos acepciones de derecho al empleo, una vinculada con el derecho a conservar el empleo y otra, la que aquí nos interesa, la de aquellos que podrían surgir con anterioridad a que esté constituida la relación. Respecto de este último supuesto entiende que sólo puede reconocérsele derecho subjetivo a quienes detenten cargos electivos, no así a los empleados o funcionarios que tienen una autoridad delegada; éstos sólo tendrían un interés legítimo a partir del derecho objetivo derivado de la admisibilidad en los empleos de acuerdo con el requisito de la idoneidad⁷². No obstante ello, al tratar el concurso en la función pública o empleo público ha expresado que, si se realiza un concurso, el candidato que cumple con las condiciones tiene un verdadero derecho a la función o al empleo que obliga a la Administración Pública a cubrir la vacante con los que acreditaron derecho de preferencia o triunfaron en el concurso respecto de los que no lo hicieron⁷³.

Miguel S. Marienhoff entiende que no existe un derecho subjetivo al empleo, que la atribución de nombrar es en principio discrecional del Poder Ejecutivo, salvo texto expreso o que surja de la índole de las funciones a ejercer. Infiere que la exigencia de requerir idoneidad para el acceso a los cargos públicos, prevista en el art. 16 de la Constitución Nacional, no puede ser invocada por los habitantes o administrados, sino que es un texto al que debe atenerse la propia Administración Pública como regla de conducta⁷⁴. Por otra parte, si bien este autor cree que la relación de empleo público conforma un contrato consensual, señala que los derechos nacen desde la toma de posesión del cargo⁷⁵.

Germán Bidart Campos también considera que el derecho al empleo, como pretensión o expectativa de todos los habitantes para acceder a un empleo conforme a la idoneidad, no constituye un verdadero derecho subjetivo, y expresa que recién con el ingreso a la Administración Pública surgen los derechos del empleo⁷⁶.

Bartolomé A. Fiorini indica que si la Administración no inviste al agente, es decir, no lo coloca en el cargo, el contrato de éste no se perfecciona. Como consecuencia, dicho agente no puede solicitar a la justicia que lo coloque y lo invista de las funciones que corresponden a su cargo. Entiende que la autoridad puede dejar sin efecto la designación sin posibilidad para la persona designada de reclamar el cargo, aunque sí puede reclamar indemnización por los daños y perjuicios que pudiere probar se hayan producido⁷⁷. No obstante ello, entiende, al describir el principio de idoneidad, que es allí donde se destaca el derecho al empleo como derecho subjetivo público, el que luego se transforma, con la designación del agente, en derechos del empleo⁷⁸.

⁷² BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. II, p. 163.

⁷³ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. II, p. 102.

⁷⁴ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 118, parág. 878.

⁷⁵ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 118, parág. 924.

⁷⁶ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, t. I, Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 393.

⁷⁷ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, cit., t. I, p. 808.

⁷⁸ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, cit., t. I, p. 795.

Daisy L. Baró⁷⁹, adscribiendo a las posiciones que tienen perfeccionado el contrato por el acuerdo de voluntades, distingue tres momentos para el nacimiento de derechos y deberes: 1º) a partir de cuando se perfecciona la relación de empleo público; 2º) a partir de la toma de posesión del cargo; y 3º) luego de la efectiva prestación del servicio, durante un término más o menos prolongado, según el caso. Expresa que, en el primer supuesto, salvo causa legítima para revocar la designación, existiría un derecho del agente nombrado a exigir se le permita ocupar efectivamente el cargo. Como correlato, la Administración tendría derecho a exigir la prestación del servicio (cita de Zanobini, t. III, p. 45). Asimismo, el segundo supuesto permite el nacimiento de una serie de derechos y obligaciones. Por último, el tercer supuesto, tras la continuidad del vínculo por un determinado período, permite el nacimiento de otros derechos y obligaciones, tales como promociones o licencias.

Benjamín Villegas Basavilbaso⁸⁰, consecuente con su posición que considera constituido el vínculo con los actos de nombramiento y aceptación, señala que este momento generalmente no coincide con el de ejercicio de la función, lo que produce efectos jurídicos. Entiende que no puede haber abandono del empleo por no haber comenzado su ejercicio; en consecuencia, tampoco pueden aplicarse sanciones disciplinarias o penales por esta circunstancia, aunque la demora injustificada pueda dar lugar a la revocación del nombramiento. Por otra parte, señala consecuencias económicas, ya que la no prestación del servicio impide que se devenguen sueldos o emolumentos correspondientes al empleo o función. También trata en particular el derecho al empleo⁸¹, analizando concretamente si el acto de nombramiento otorga al agente el derecho a ejercer el empleo o la función de un modo estable y, si en caso de revocatoria arbitraria, éste puede garantizarse a través de una acción judicial o administrativa en caso de revocación arbitraria.

Debe observarse que en su explicación vincula el derecho al empleo con el derecho a la estabilidad en el cargo, es decir, en sentido similar a la acepción dada por Bielsa al derecho al empleo como derecho a conservar el cargo una vez comenzada la relación⁸². Villegas Basavilbaso, para tratar el tema, distingue, siguiendo a Posada, tres situaciones: 1º) los cargos representativos, con plazo determinado; 2º) los cargos de duración indeterminada (de opinión pública); 3º) los cargos reconocidamente técnicos, profesionales-jurídicos o administrativos. Considera que los primeros (p. ej., presidente, vicepresidente de la Nación, diputados, senadores) tienen *ipso iure* un derecho al empleo. También los segundos, aunque el supuesto resulta ajeno a nuestro derecho, ya que en la clasificación se hace referencia a cargos inherentes a un régimen político parlamentario. El tercer supuesto es el que incluye a los empleados y funcionarios burocráticos propiamente dichos; aquí entiende que la cuestión es controvertida, distingue los empleos y funciones de duración determinada de los de duración indeterminada. En el primer caso considera que no pueden ser removidos, en el segundo estima que el agente público no tiene un derecho a ser mantenido en

⁷⁹ BARÓ, Daisy L., *La relación de empleo público*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1982, p. 29.

⁸⁰ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 414.

⁸¹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 471.

⁸² BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 163.

el empleo o la función. Señala como excepción a los empleados o funcionarios con inamovilidad declarada por el derecho objetivo (v.gr. magistrados judiciales).

Gastón Jèze, como derivación de su posición de considerar constituida la relación de empleo público con la investidura y no con la posesión del cargo, señala en apoyo de su postura tres principios o consecuencias extraídos por el Consejo de Estado francés⁸³: 1º) Cuando se nombra o elige una persona, ésta queda de inmediato investida provisionalmente de la función, sin que haya que preocuparse de la aceptación. 2º) La autoridad sólo puede revocar el acto de nombramiento en las condiciones en que puede decretar una destitución. 3º) El funcionario o empleado que no acepta el nombramiento o elección debe presentar su renuncia. Aquí, distingue las consecuencias financieras, al expresar que sólo el servicio efectivo genera el derecho a la remuneración por éste.

Este autor, aplicando el principio general que da derecho a reclamar daños e intereses por designaciones irregulares, señala como criterios jurisprudenciales del Consejo de Estado francés los siguientes supuestos con derecho a indemnización: 1º) La persona postergada en su designación para un empleo que le está reservado. 2º) Una persona ilegalmente postergada en la toma de posesión de su cargo. 3º) Quien no pudo ser restablecido íntegramente a su carrera normal⁸⁴.

También describe las distintas alternativas jurisdiccionales de la que disponen los interesados y las asociaciones de funcionarios para reclamar no sólo la anulación de actos irregulares de nombramiento sino también la de distintos actos del trámite del proceso de selección o concurso para resguardar el derecho a concursar por un empleo⁸⁵.

4. Nuestra posición

Se puede apreciar, del desarrollo precedente, la dificultad en reconocer derechos a obtener empleo y, más aún, en determinar su alcance.

Para avanzar sobre las alternativas posibles resulta de importancia determinar el momento en que se produce la constitución del vínculo —independientemente de la postura adoptada en cuanto a la naturaleza de la relación—, ya que es muy diferente la protección si ello se produce con la conjunción de voluntades o con la toma efectiva de la posesión del cargo.

Compartimos la postura que entiende que la relación de empleo público es un contrato, ya que el vínculo se perfecciona con el acuerdo de voluntades y no a través del acto posterior de ejecución.

Como consecuencia de ello, desde allí se tornan exigibles para las partes las respectivas prestaciones, esto es, primariamente el agente podrá reclamar, en caso de que no se produzca, la efectiva toma de posesión del cargo —para que luego puedan devengarse los derechos derivados de la prestación, como el salario—, y la Administración, exigir el desempeño efectivo de la función.

Hasta tanto la Administración no revoque fundadamente la designación, el agente estará en condiciones de exigir el cargo.

⁸³ JÈZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 31.

⁸⁴ JÈZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 151.

⁸⁵ JÈZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, ps. 123 y ss.

La Administración puede revocar la designación por acreditar alguna causal de falta de idoneidad, inhabilidad o incompatibilidad.

5. Acto de nombramiento y acto de toma de posesión

El acto de nombramiento es el acto administrativo emitido por la autoridad competente para nombrar al agente, el que tendrá eficacia a partir de la notificación a éste.

El acto de toma de posesión del cargo es un acto material de ejecución derivado de dicho nombramiento.

La diferencia entre un acto y otro, así como la producción de efectos jurídicos, ha sido plasmada en los arts. 5º⁸⁶ y primer párrafo del art. 6º⁸⁷ del decreto 4161/1996 reglamentario de la ley 10.430.

El art. 5º dispone que la autoridad o funcionario encargado de poner en posesión del cargo a un agente no podrá hacerlo hasta que se le comunique formalmente a éste el acto de designación. Cabe interpretar de lo expuesto que la notificación del acto hace nacer los efectos tanto para el agente designado como para la autoridad competente para ponerlo en posesión del cargo, quien no necesariamente será la autoridad que lo ha designado.

La producción de efectos jurídicos se evidencia de mayor manera en el primer párrafo del art. 6º, ley 10.430, ya que éste preceptúa una obligación para la Administración y otra para el empleado. En el primer caso exige que el agente sea notificado de su designación dentro de los quince días corridos desde la recepción del acto de designación por el organismo sectorial de personal. En el segundo, el agente debe tomar posesión del cargo dentro de los treinta días corridos de notificado del decreto. Si esto no se cumple, adjuntándose constancia de la notificación, podrá ser dejada sin efecto.

Si bien la norma dispone un plazo de treinta días para que el agente tome posesión del cargo, puede ocurrir que la autoridad competente señale una fecha determinada para el comienzo de funciones, el que dependerá de las necesidades del propio organismo y deberá estar dentro del margen temporal señalado por la norma. El agente puede tener inconvenientes para presentarse en la fecha señalada, cuando, por ejemplo, la inmediatez de la fecha indicada le deje un margen exiguo para poder hacerse cargo del empleo, debido a tener que dejar otro trabajo. En dicha circunstancia, debe plantearlo fundadamente a la autoridad competente y ésta podrá permitirle tomar posesión del cargo siempre que lo sea dentro del plazo de treinta días señalado por la norma.

⁸⁶ Art. 5º, dec. 4161/1996: "La autoridad o funcionario correspondiente deberá abstenerse de poner en posesión del cargo o permitir la prestación de servicio de persona alguna, si no ha recibido la comunicación oficial del acto de nombramiento".

⁸⁷ Primer párrafo del art. 6º, dec. 4161/1996: "El agente deberá tomar posesión del cargo, dentro de los treinta (30) días ocurridos de notificado del decreto de designación, que deberá operarse en el plazo máximo de quince (15) días corridos desde la recepción del acto en el Organismo Sectorial de Personal. Caso contrario, adjuntándose la constancia de haber sido notificado, se dejará en efecto el nombramiento por no haber tomado posesión".

Entendemos que, si es el agente quien dispone dejar sin efecto el contrato ya constituido, sin todavía haber tomado posesión del cargo, debe renunciar al empleo⁸⁸.

Durante el período que transcurre hasta la aceptación de la renuncia, si bien, en principio, no habrá prestación de servicios, los efectos jurídicos de la relación constituida igualmente se manifiestan, y el agente estará obligado a cumplir con aquellos deberes que no estén vinculados directamente con el desempeño de la prestación.

6. Situaciones previas al nombramiento

Tal cual lo definimos, el derecho al empleo es aquel que permite reclamar a un individuo el acceso a un empleo público en forma previa a la constitución del vínculo.

El grado de expectativa puede tener diferentes niveles, podemos distinguir el del mero habitante, ciudadano o residente (según el caso), inscripto, postulante, concursante seleccionado, concursante o postulante propuesto, hasta arribar a quien ha sido designado.

La posibilidad de ejercer estos derechos dependerá también del sistema de selección adoptado, siendo el concurso el que permite mayores posibilidades de identificación de los sucesivos afectados.

El análisis de los distintos niveles, lógicamente, supone partir de la base constitucional en el que pueden sustentarse.

7. Derecho al empleo. Fundamento constitucional. Acceso igualitario para todos los habitantes con base en la idoneidad

La Constitución Nacional, a través de su art. 16, pone en un pie de igualdad a todos los habitantes de la República Argentina para acceder a los cargos públicos con la sola exigencia de acreditar idoneidad.

Requisito que ha sido reglamentado legislativamente (cfr. art. 14, CN), siempre bajo el paraguas del principio de razonabilidad (art. 28, CN), que impide apartarse del estricto carácter rector que la Carta Fundamental ha querido consagrar con esta garantía; como consecuencia de ello, las excepciones a la regla deben ser fundada y razonablemente justificadas.

La garantía de acceso por idoneidad también ha sido receptada por el art. 103, inc. 12 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, atribuyendo e imponiendo al Congreso la reglamentación de la carrera administrativa con base en ésta.

8. Consagración expresa del derecho al empleo en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires

El art. 39 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, luego de enunciar que el trabajo es un derecho y un deber social, en su inc. 1º, entre los diversos derechos que precisa, consagra expresamente el derecho al trabajo.

⁸⁸ En este sentido BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, cit., t. II, p. 116.

Este artículo no sólo protege derechos derivados del ejercicio de la relación sustancial de empleo público en sí (limitadas sólo a éstas por no poder las jurisdicciones provinciales incursionar en cuestiones laborales de fondo por ser materia excluida por la Constitución Nacional⁸⁹), sino que también garantiza el cumplimiento de atribuciones de la provincia en materia de control y consagra la carga de desarrollar actividades positivas directas o indirectas de fomento.

Si bien el inc. 1° del art. 39, en general, enuncia garantías protectorias del ejercicio de la relación de empleo público, al consagrar el derecho al empleo lo hace como garantía programática, asignando a la provincia competencia positiva —lo que supone potestades-deberes— destinada a garantizar la implementación de políticas públicas de promoción del empleo, lo que debe entenderse abarcativa tanto del ámbito público como privado.

9. Corrimiento de la garantía de acceso a los cargos públicos en virtud de principios garantizados por el derecho supranacional

Tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción (CICC)⁹⁰ —aprobada por ley 24.759— como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁹¹ —aprobada por ley 26.097— procuran garantizar el respeto de determinados principios en los procesos de selección de los agentes estatales. Estas convenciones —sin perjuicio de no haber sido constitucionalizadas hasta la fecha por no haberse cumplido con el requisito del art. 75, inc. 22, último párrafo de la Constitución Nacional—, resultan de aplicación a las provincias por ser leyes que reglamentan directamente derechos consagrados en la primera parte de la Constitución Nacional, resguardadas en las provincias en virtud de la garantía federal del art. 5° de la Carta federal.

La CIC, en su art. 3°, punto 5, prevé que cada Estado debe considerar la aplicación de sistemas de contratación de funcionarios públicos que aseguren publicidad, equidad y eficiencia.

Aquí se exige publicidad⁹², es decir, adecuada difusión para conocimiento de los interesados de la necesidad de cobertura del cargo y, al concretarse, también de la designación.

La equidad en el sistema de contratación de empleados públicos puede ser entendida como pauta de razonabilidad en situaciones de contrataciones desmedidas,

⁸⁹ Art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional.

⁹⁰ Art. III: “Medidas preventivas. A los fines expuestos en el art. II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: ...5. Sistemas para la contratación de funcionarios públicos y para la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas”.

⁹¹ Art. 7°, sector público: “1. Cada Estado Parte, cuando sea apropiado y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, procurará adoptar sistemas de convocatoria, contratación, retención, promoción y jubilación de empleados públicos y, cuando proceda, de otros funcionarios públicos no elegidos, o mantener y fortalecer dichos sistemas. Éstos: a) estarán basados en principios de eficiencia y transparencia y en criterios objetivos como el mérito, la equidad y la aptitud”.

⁹² GORDILLO, Agustín, “Un corte transversal al derecho administrativo: la Convención Interamericana contra la Corrupción”, LL 1997-E-1091.

es decir, como límite intrínseco a la discrecionalidad. Pero también como pauta de moderación en la aplicación de la ley⁹³, sentido receptado expresamente por el art. 117, decreto-ley 7647/1970 de procedimiento administrativo en la provincia de Buenos Aires, para limitar el rigor legal en la anulación de actos administrativos. Pero, sobre todo, el principio actúa como parámetro de justicia distributiva, más que en la subsunción de una norma al caso concreto de selección (v.gr. en la ponderación de los distintos requisitos de idoneidad en un supuesto específico)⁹⁴, como criterio rector en la planificación general para la creación y cobertura de cargos públicos⁹⁵. La equidad actúa aquí como regla directriz en el ejercicio de la función normativa del Estado destinada a aplicar políticas de inclusión social respecto de determinadas categorías que se encontrarían *a priori* en una supuesta desventaja para acceder al empleo; tenemos ejemplo concreto de ello en los casos de los discapacitados, condenados liberados. Así también mediante el desarrollo activo de planes de ocupación en situación de emergencia por índices elevados de desempleo o categorías con mayores dificultades para acceder a éste (v.gr. a través de planes específicos y temporales, como los denominados “planes trabajar”).

La eficiencia es un principio básico organizacional proveniente de las ciencias económicas que, desde su visión, tiene por objeto maximizar la utilización de los recursos para obtener con ello los mayores resultados; en cambio, el principio de eficacia procura como objetivo principal maximizar los resultados.

Ambas convenciones exigen eficiencia en la contratación de empleados públicos, ésta puede ser considerada desde dos puntos de vista: en el proceso de selección y en el desarrollo de la función. Es con este último con el que adquiere su real dimensión, ya que exigir eficiencia en el agente público redundará en eficiencia para la propia Administración. Sin embargo, también debe influir este principio en el proceso de selección, tanto para determinar las condiciones de idoneidad de quien debe cubrir el cargo, como en el desarrollo del procedimiento en sí, fundamentalmente, si

⁹³ BREBBIA, Roberto H., “La equidad en el derecho de daños”, en AA.VV., *Responsabilidad por daños en el tercer milenio (homenaje a Atilio A. Alterini)*, AP 1010/001395 (fuente www.abeledoperrot.com.ar) define: “Entendemos que la equidad, en virtud de la función ordenadora que cumple dentro del proceso de aplicación de la ley, permite simplemente moderar o atenuar su rigor en la tarea de adecuar la regla abstracta a la singularidad fáctica, supliendo en la medida de lo posible aquella modalidad constitutiva derivada de la naturaleza general y abstracta de la ley”.

⁹⁴ RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, “Actualidad sobre la jurisprudencia ‘de equidad’ en la Corte Suprema de Justicia”, LL 1999-F-1148. Este autor distingue cuatro tipos de equidad: *aequitas* griega, *aequitas* romana, la *aequitas* romana de la tradición cristiana y la equidad del control de constitucionalidad. La primera, destinada a resolver en el caso concreto los supuestos que no ha podido contemplar la norma; de acuerdo con la segunda equidad, es el derecho comprendido en el caso concreto; la tercera se corresponde con la modulación de la segunda por influencia correctora de la moral judeo-cristiana. A través de la cuarta se declara inaplicable para el caso o se la expulsa del ordenamiento, aplicando una norma de rango superior; a diferencia del primer supuesto, no se resuelve una situación no contemplada sino que se excluye su solución.

⁹⁵ RABBI BALDI CABANILLAS, Renato, “Actualidad sobre la jurisprudencia...”, cit., p. 1148. En su trabajo, el autor ejemplifica cómo los criterios de equidad, para la resolución del caso, pueden luego positivizarse como principios o reglas. La equidad en sus diferentes variantes responde a distintos criterios de justicia para el caso concreto. Entendemos que el sentido de equidad como pauta de política legislativa responde, en verdad, a un criterio axiológico que, en el caso, debe ser consecuente con el programa valorativo plasmado en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires que, en líneas generales, responde a una concepción social del Estado de Derecho, que en la materia abordada se ve reflejado en la consagración expresa del derecho al trabajo en el art. 39, punto 1, de la Carta provincial.

ello va de la mano de otros principios como los de transparencia, concurrencia (éste y el anterior vinculados también con el de publicidad) y concurso de oposición y antecedentes.

La Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, en su art. 7º, punto 1, establece que cada Estado parte debe procurar adoptar sistemas de convocatoria y contratación de empleados públicos basados en principios de eficiencia, transparencia, criterios objetivos de mérito, equidad y aptitud.

Esta Convención ha dado varios pasos más que la CICC, ya que exige sistemas de convocatoria y transparencia en la selección, lo que supone un grado de difusión y control mucho mayor que el que garantiza la sola publicidad.

Por otra parte, el principio de eficiencia debe estar respaldado con la selección de funcionarios en virtud de criterios objetivos de mérito y acreditación de aptitud.

Junto a todos estos principios, de la misma manera que la CICC, esta Convención exige el resguardo del principio de equidad.

10. Autolimitación normativa

Junto al esquema sentado por el marco constitucional y convencional supranacional, los distintos regímenes de empleo público previstos en las normas señalan mecanismos de ingreso con base en pautas de selección objetivas por mérito y exigen la comprobación de aptitud para el cargo.

En este sentido se ha regulado en la ley 10.430 —régimen general—, como los estatutos especiales.

Esta autolimitación se traduce en la exigencia —como deber para la Administración Pública— de cumplir con las previsiones normativas en la selección de personal, pero también en un derecho jurídicamente protegido para quienes pretenden acceder a los cargos vacantes.

A su vez, la propia Administración puede autolimitarse a través de su potestad reglamentaria, no pudiendo excepcionarse a través de actos concretos de sus disposiciones de naturaleza normativa⁹⁶.

11. Alcances del derecho al empleo

Si bien es discrecional la atribución de la Administración Pública para determinar sus necesidades de personal, así como la conformación de su planta a través de distintos niveles organizacionales —salvo en los casos en que determinados cargos son previstos por la ley—, no lo es el mecanismo de selección conforme al plexo constitucional, supranacional, legal y eventualmente reglamentario⁹⁷.

⁹⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, t. I, 10ª ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 204. Principio de inderogabilidad singular de los reglamentos. “La autoridad que ha dictado un reglamento y que, por lo tanto, podría igualmente derogarlo, no puede, en cambio, mediante un acto singular excepcionar para un caso concreto la aplicación del reglamento, a menos que, naturalmente, este mismo autorice la excepción o dispensa”.

⁹⁷ CASSAGNE, Juan C., *El contrato administrativo*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 98. El llamado a concurso supone el dictado de un acto reglamentario que debe ser respetado, con cita de Fallos 315:2899 (voto del Dr. Barra).

Corte Sup., sentencia del 10/12/1992 en causa M.141.XXIII, “Martín, Estela Delia Correa de v. Universidad Nacional de San Juan s/contencioso administrativo”, Fallos 315:2899 (magistrados

Dispuesta la necesidad de cobertura de un cargo, todo aquel que esté en condiciones de postularse puede hacer valer su derecho al empleo exigiendo el respeto del plexo normativo que lo garantiza.

El derecho al empleo puede adquirir distintos niveles, desde la exigencia primaria de quien quiere acceder al proceso de selección, como de quienes participando del mismo exigen el cumplimiento de las reglas que rigen tanto a ellos como a sus oponentes.

III. DESIGNACIÓN DE LOS AGENTES ESTATALES

1. Sistemas de designación

Si bien la forma prevalente para designar a los agentes estatales es el nombramiento, ésta no es la única. Actualmente perduran básicamente tres formas: nombramiento, elección y sorteo.

Podemos distinguirlas de la siguiente manera: el nombramiento es la manifestación de una sola voluntad; la elección es la manifestación de varias voluntades concurrentes y el sorteo no depende de la voluntad humana sino del azar⁹⁸.

Antiguamente, la herencia y la venalidad constituían mecanismos para acceder a los cargos públicos. En nuestro país ello ha quedado constitucionalmente prohibido, ya que el art. 16 no sólo garantiza un deber positivo para el Estado al exigir la cobertura de los cargos públicos con base en la idoneidad sino que también dispone una prohibición expresa, cual es abolir toda forma de ingreso hereditaria, ello como derivación del rechazo a las prerrogativas de sangre o de nacimiento.

El respeto estricto de la exigencia de elegir con base en la idoneidad debe ponderarse frente a las disposiciones de aquellos convenios colectivos de trabajo que prevén la reserva de cargos para familiares de quienes se desempeñaron en determinado organismo del Estado, preferencia que, por otra parte, siempre quedaría supeitada al cumplimiento de los requisitos para el ingreso (v.gr. art. 59⁹⁹ del CCT 18/1975 vigente para el Banco de la Provincia de Buenos Aires).

votantes: Levene, Fayt, Belluscio, Petracchi, Nazareno, Moliné O'Connor. Voto en disidencia: Barra. Abstención: Cavagna Martínez, Boggiano). Considerando 12 del voto en disidencia del Dr. Barra: "Que el establecimiento en los procesos de selección, ya sea concursales o licitatorios, de normas vinculadas a la comparación de oferentes o concursales, no resultan meras formalidades susceptibles de ser obviadas o de ser cumplidas de manera implícita o indirecta, como lo sostienen las recurrentes. Por el contrario, se trata de normas contenidas en un reglamento administrativo que tienden a homogeneizar los criterios de evaluación, permitiendo así tanto el control de legalidad por parte de la Administración como el resguardo de los propios derechos de los participantes, que también requieren de datos objetivos a esos efectos. Se trata en definitiva, de garantizar los principios de publicidad —conocimiento de las razones tenidas en cuenta por la Administración—, competencia —pujar conforme a los mismos criterios de selección— e igualdad de trato a todos los concursantes u oferentes sin discriminaciones ni preferencias subjetivas, principios éstos esenciales a todo procedimiento administrativo de selección, y emanados de las garantías del debido proceso y de igualdad consagradas por los arts. 18 y 16 de la Constitución Nacional".

⁹⁸ JÉZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 18. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 393.

⁹⁹ Art. 59, CCT 18/1975: "En caso de muerte del empleado en actividad, padre de familia, uno de los hijos que hubiere estado a su cargo podrá optar por ingresar a la empresa, siempre que reúna las condiciones de ingreso establecidas, a satisfacción del banco y existiendo vacante en la escala inicial".

Tampoco puede concebirse la posibilidad de comprar un cargo público, ya que la propia naturaleza de la moderna relación de empleo público exige la ponderación de las aptitudes personales de quien sea designado como manifestación de la exigencia de idoneidad para el acceso a los cargos públicos.

La edad y la antigüedad no constituyen en sí mecanismos de selección, sino que, en determinadas circunstancias, pueden constituir condicionantes de los procedimientos de nombramiento, elección o sorteo.

Los sistemas de selección pueden combinarse entre sí: nombramiento a propuesta de un colegio electoral, nombramiento que debe recaer sobre los elegidos¹⁰⁰, nombramiento entre personas que accedieron por sorteo, sorteo entre personas elegidas o designadas, elección entre personas elegidas o designadas.

A su vez, los sistemas no se presentan puros, ya que tienen modulaciones, tanto es así que el nombramiento puede ser discrecional, condicionado o reservado¹⁰¹.

Asimismo, en el caso de la elección o el sorteo, las alternativas de selección dependerán de la mayor o menor amplitud en la determinación de los requisitos que deben reunir los postulantes.

Gastón Jèze vinculó el tipo de función a desempeñar con el sistema de selección. Así distingue: 1) funciones que tienen especialmente por objeto proporcionar una dirección general política, según los deseos de la población; o, según su propia opinión, considerada como la opinión media de los habitantes, de los hombres de la calle; 2) funciones que tienen por objeto la aplicación de medios técnicos; 3) funciones que tienen especialmente por objeto hacer conocer, sobre un tópico particular, la opinión media de los habitantes, el juicio del "hombre de la calle", la opinión media de una caloría especial de individuos¹⁰².

Al primer grupo corresponden los cargos electivos de gobierno, tanto del ejecutivo como del legislativo; en nuestro caso, tanto provincial como municipal. Al segundo, los integrantes de las organizaciones burocráticas, siendo el mejor sistema de selección el de nombramiento. Al tercero, los miembros de un jurado, elegidos al azar como exponentes de una determinada categoría, por ejemplo para un concurso o un juicio penal.

Este autor señala que el mejor sistema de nombramiento dependerá de la función (en su concepción de servicio público) que coadyuve a cumplir el agente, del rol que desempeñe del grado de independencia que deba tener¹⁰³.

2. Sistema de nombramiento

El nombramiento es la forma de designación típica de los agentes públicos, que responde a la cobertura de cargos conforme al modelo de organización técnica

¹⁰⁰ JÈZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 18. Expresa: "El nombramiento, la elección y el sorteo pueden combinarse entre sí: nombramiento a propuesta de un colegio electoral, nombramiento que debe recaer sobre los elegidos, sorteo entre las personas elegidas o designadas".

¹⁰¹ JÈZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 18; VILLÉGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 393; GARCÍA PULLÈS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen de empleo público en la Administración nacional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, artículo a cargo de Marcelo León Ugarte, p. 97.

¹⁰² JÈZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 13.

¹⁰³ JÈZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 19.

burocrática weberiano, en el que la función pública es entendida como profesión ¹⁰⁴ plena y permanente ¹⁰⁵.

Resulta interesante enunciar las distintas ventajas y desventajas señaladas por Gastón Jèze ¹⁰⁶ respecto de este tipo de sistema de designación, para confrontar sus reflexiones con nuestra propia realidad. Como ventajas señala que 1) permite asegurar por la unidad de elección, la cohesión y la armonía del personal encargado de un servicio público; 2) puede procurar agentes disciplinados y buena capacidad técnica; 3) permite concentrar en una persona la responsabilidad de las designaciones y, por consiguiente, hace que la autoridad que tiene el poder de nombrar proceda escrupulosamente en lo que concierne a las designaciones. Como inconvenientes: 1) la excesiva dependencia de los funcionarios con respecto al jefe de servicio; 2) el favoritismo, es decir, la designación o la exclusión por motivos de afecto personal (familia, recomendaciones), de partidismo político o de fe religiosa; 3) la ausencia de contacto con la opinión pública (preocupaciones, ideales populares).

Las características positivas y negativas descritas, en general, responden al tipo de organización, jerárquico y disciplinado, con una cabeza determinada, que se mantiene en la actualidad y en nuestro ámbito.

Es necesario hacer la salvedad que, quien tiene la potestad de designar, en general, no es el superior jerárquico inmediato del agente y ni siquiera puede llegar a serlo el titular del organismo o ente al que pertenecerá, aunque posiblemente sí sea quien desempeñe su conducción quien proponga al postulante al cargo.

Es válida la valoración positiva de esta forma de selección en cuanto permite evaluar objetivamente a un postulante con base en los distintos criterios de aptitud e idoneidad, como también posibilita la exigencia de las reglas preestablecidas a quien se encuentre encargado de dicha selección.

Las disfuncionalidades señaladas son válidas en la medida en que no se adopten los recaudos necesarios para evitarlas, partiendo, en primer lugar, del respeto de los procedimientos de selección.

Recordemos que, en nuestro país, la Administración nunca dispuso de una parcela de absoluta discrecionalidad en materia de selección de agentes estatales en virtud de la garantía consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional. En este sentido, el amiguismo, el clientelismo o los compromisos partidarios subvierten el sistema legalmente instituido, en el que la disfuncionalidad se torna en ilegalidad por no cumplir con los procedimientos legalmente instituidos para seleccionar a los agentes estatales.

¹⁰⁴ GARCÍA TREVIJANO FOS, José A., *Tratado de derecho administrativo*, t. III, vol. I, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1970, p. 40. El autor consideró que “el acierto inicial de Weber es considerar que toda dominación de una pluralidad de hombres requiere de un modo normal un cuadro administrativo”.

¹⁰⁵ WEBER, Max, *Economía y sociedad*, 2ª ed. en español, 4ª ed. en alemán, 8ª reimpr., Fondo de Cultura Económica, México, 1987, p. 721. El autor expresó: “En las organizaciones burocráticas oficiales y en las cercanas a ellas, pero también cada vez más en otras, existe normalmente una perpetuidad del cargo, perpetuidad que se presupone como norma fáctica inclusive cuando tienen lugar revocaciones o ratificaciones periódicas”.

¹⁰⁶ JÈZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 20.

Gastón Jèze señala también que, en general, quien acceda a la función pública deberá cumplir con los mayores parámetros de excelencia¹⁰⁷, donde debe prevalecer el interés público sin descuidar el interés particular¹⁰⁸ de quienes se desempeñen en la organización. Pero luego describe una posición un tanto pesimista¹⁰⁹, señalando que las condiciones laborales ofrecidas hacen que quienes se interesen en desempeñar cargos en el Estado busquen una posición cómoda y estable, con lo cual no debe pretenderse reclutar a los mejores sino a quienes demuestren exactitud, probidad, paciencia, disciplina, al punto de entender que un buen empleado administrativo debe ser mediocre, salvo supuestos particulares como los de la alta magistratura o la enseñanza superior.

Por nuestra parte, entendemos que la rutina, el ritualismo, el conformismo o cualquier otra disfuncionalidad en una organización deben ser combatidas. Está claro que hay funciones más repetitivas que otras, pero ello no significa que quienes las desempeñen sean mediocres, es que “cada horma debe ir con su zapato”, no se puede pretender cubrir la atención de mesa de entradas con un administrador de empresas. No todos los hombres deben ser eruditos, y ello no significa que no sean los más aptos para una función.

Cada tarea requiere al más idóneo, y éste será el que tenga aptitud para desempeñarla de la forma más eficiente, para lo cual, como lo señalara Gastón Jèze, no puede desconocerse su propia satisfacción, lo que, en definitiva, retroalimentará en beneficio de la propia organización.

La motivación, el desarrollo de las capacidades de liderazgo, el sentimiento de pertenencia, la participación en determinadas decisiones organizacionales, la colaboración horizontal y vertical o la implementación de incentivos no son patrimonio

¹⁰⁷ JÈZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 6. Entiende que “la función pública, en sentido lato de la expresión, sólo debe conferirse a quienes ofrecen las mejores cualidades de inteligencia, probidad, conocimientos técnicos, celo y sacrificio por la cosa pública.

”El reclutamiento de los funcionarios públicos es la designación de las personas más dignas desde todos los puntos de vista”.

¹⁰⁸ JÈZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 7. En los sistemas de selección debe predominar el interés general, lo que no significa que “...el interés particular de las personas investidas con la función pública debe dejarse por completo de lado, prescindiéndose de él. La experiencia de todos los pueblos demuestra que los servicios públicos no están bien organizados ni funcionan correctamente, cuando no se tiene en cuenta la situación personal de los gobernantes y de los agentes públicos. Si no fuese así, estos últimos se las arreglarían para sacar ventajas particulares, personales, del ejercicio de la respectiva función”.

¹⁰⁹ JÈZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 12: “En lo referente a la inmensa mayoría de las demás funciones públicas, la mediocridad de la situación ofrecida a los funcionarios no es capaz de atraer a los mejores hombres a la Administración. En la mayoría de las funciones, los candidatos son individuos que buscan, ante todo, la estabilidad, un trabajo moderado, responsabilidades muy limitadas, una mejora regular de su condición, y que, por todo esto, se conforman con mediocres salarios. La mayoría de las funciones públicas no son apropiadas para los hombres que tengan grandes ambiciones, espíritu de iniciativa, sentido de autoridad, sino que convienen a aquellos que desean el trabajo subalterno o la rutina y que temen a las responsabilidades.

”Por lo demás, no cabe lamentarse demasiado. Una Administración en la que pululasen los espíritus inventivos, los aficionados a las novedades, funcionaría mal. Un buen personal administrativo exige una cierta mediocridad. Lo que se necesita sobre todo, es la exactitud, la probidad, la paciencia, la disciplina.

”Muy excepcionalmente se requieren otras cualidades para el buen funcionamiento del servicio público, tal como sucede con la enseñanza superior, alta magistratura, etc...”.

de las organizaciones privadas, ya que no son técnicas contradictorias con una organización jerárquica y estable como la Administración Pública. Todas estas técnicas permiten combatir la mediocridad generada por la rutina o el inconformismo, complementando las ventajas del sistema de selección por nombramiento en su versión más ventajosa, cual es el procedimiento concursal de oposición y antecedentes.

3. Modalidades del sistema de nombramiento

El nombramiento puede ser discrecional, condicionado o estricto. En el primero de ellos, la autoridad competente tiene absoluta libertad de elección, en el segundo, deberán respetarse requisitos del candidato y condiciones procedimentales de selección, formas de nombramiento y, en el tercero, el nombramiento es estricto, es decir, la autoridad competente no tiene opciones de selección.

3.1. Nombramiento discrecional

No existen en nuestro país —en ningún nivel de organización territorial o institucional pública— ejemplos de sistemas de selección puramente discrecionales; cualquier supuesto que se evidencie en la práctica será un ejemplo de disfunción ilegal, ya que desde la consagración constitucional en 1853 de la exigencia de igualdad e idoneidad para el acceso a los cargos públicos hasta la actualidad, se ha limitado paulatinamente el marco de libertad de elección, mediante regulaciones constitucionales, supranacionales, legales y reglamentarias.

3.2. Nombramiento condicionado

Este tipo de designaciones, a su vez, puede tener distintas modalidades, debido a estar condicionadas. Tales son los “nombramientos condicionados” por:

- 1º) las cualidades exigidas a los candidatos;
- 2º) la exigencia de un procedimiento determinado;
- 3º) la propuesta o acuerdo de otro organismo;
- 4º) un concurso.

3.3. Nombramiento que deberá respetar los requisitos exigidos al candidato

Partiendo de la exigencia de idoneidad, los distintos estatutos de empleo público exigen el cumplimiento de determinados requisitos de aptitud técnica, física, moral, etc., así como también no encuadrar en determinadas situaciones de incompatibilidad o inhabilidad, circunstancias que condicionan el nombramiento, y que, por otra parte, exigen la emisión de un acto de designación motivado.

3.4. Nombramiento condicionado por la exigencia de un procedimiento determinado

Los estatutos de empleo público, en general, de la mano de los requisitos exigidos a los postulantes, aun cuando no dispongan la previsión del mecanismo concursal, se valen del cumplimiento de procedimientos reglados, en los que puede

establecerse la participación de organismos consultivos, cuya decisión, aun cuando no sea vinculante, puede resultar obligatoria. Así también la realización de determinados exámenes (v.gr. psicofísicos) por parte de los organismos que la reglamentación determine.

3.5. *Nombramiento condicionado por la necesaria participación de otro organismo*

La Constitución determina que, en ciertos supuestos, funcionarios que aun formando parte de la Administración Pública, sean nombrados a propuesta o con acuerdo de las cámaras legislativas¹¹⁰ y, otros, a propuesta de los titulares de las entidades autárquicas o de entidades representativas de un determinado estamento¹¹¹.

3.6. *Nombramiento condicionado por un concurso*

El sistema de nombramiento puede disponer de distintos procedimientos de selección, entre los cuales están los concursos¹¹². Éste es un procedimiento administrativo integrado por una serie de actos jurídicos sucesivos y concurrentes¹¹³, en los que se deben asegurar condiciones de concurrencia, publicidad e igualdad entre los concursantes que se postulan para acceder a un cargo público.

El concurso es el mecanismo de selección que en mayor medida garantiza el control social del acceso por idoneidad.

Gastón Jèze explica cómo este sistema es la manifestación de la regla del debate contradictorio y publicidad en el sistema de designación de funcionarios públicos como mecanismo para combatir el favoritismo¹¹⁴, al que se recurre cada día más en la organización de la función pública.

Consideramos que es el mejor sistema de selección, ya que garantiza la concurrencia de quienes se consideren aptos, capaces de someterse a las evaluaciones y competir con el objetivo de acreditar ser los más idóneos para cubrir un determinado cargo.

Por otra parte, este procedimiento de selección es el que mejor se compadece con el sistema de garantías para la contratación de agentes estatales conformado por el

¹¹⁰ Art. 82 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "Presta su acuerdo a los nombramientos que debe hacer el Poder Ejecutivo con este requisito y le presenta una terna alternativa para el nombramiento de tesorero y subtesorero, contador y subcontador de la Provincia".

Art. 144, inc. 18 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "Nombrará, con acuerdo del Senado:

"1.- El fiscal de Estado.

"2.- El director general de Cultura y Educación.

"3.- El presidente y los vocales del Tribunal de Cuentas.

"4.- El presidente y los directores del Banco de la Provincia que le corresponda designar.

"Y con acuerdo de la Cámara de Diputados, los miembros del Consejo General de Cultura y Educación.

"La ley determinará en los casos no previstos por esta Constitución, la duración de estos funcionarios, debiendo empezar el 1 de junio sus respectivos períodos".

¹¹¹ Ejemplo que fueron tratados en el título I de este capítulo.

¹¹² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III.B, parág. 871, p. 101.

¹¹³ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 409.

¹¹⁴ JÈZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 16.

sistema constitucional federal-provincial y supranacional (Convención Interamericana contra la Corrupción y Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción), reglamentario del acceso igualitario a los cargos públicos por idoneidad.

El concurso puede clasificarse en general, especial o cerrado¹¹⁵. El general es aquel que permite la participación de todos aquellos que reúnen determinados requisitos. El especial sólo se abre para determinada categoría de individuos y el cerrado sólo permite la participación de los agentes pertenecientes a un organismo público específico. Los dos primeros también se conocen como externos y el último como interno.

También pueden distinguirse en concursos por examen (oposición), por títulos (o antecedentes) o la conjunción de ambos (oposición y antecedentes).

El concurso de oposición y antecedentes debe tener como mínimo los siguientes pasos esenciales: 1º) acto que dispone la convocatoria; 2º) publicación de las condiciones del concurso; 3º) etapa de inscripción; 4º) listado con los postulantes admitidos; 5º) examen de oposición; 6º) evaluación de los exámenes y antecedentes; 7º) listado de aprobados o seleccionados; 8º) remisión a la autoridad con potestad de nombramiento y 9º) acto de nombramiento.

El éxito de un concurso depende de la claridad de los requisitos exigidos para la inscripción, la adecuación de éstos a las necesidades del cargo a cubrir, el programa para el concurso, la regularidad del procedimiento concursal y el respeto de la decisión obtenida por la autoridad encargada del nombramiento¹¹⁶.

En opinión de Gastón Jèze, el mejor sistema sería aquel que utilice programas de cultura general en los concursos para quienes ingresen a la Administración Pública, ya que quien se incorpora a la organización no requiere contar de antemano con grandes conocimientos técnicos (recordemos que, en general, se ingresa por las clases inferiores del escalafón). Considera que la mayoría de los agentes deben adquirir los conocimientos específicos mediante la práctica. En cambio, para los ascensos propone instituir concursos cada vez más difíciles y exigir —progresivamente— mayores conocimientos técnicos. Observa que serán sólo unos pocos los que lleguen a los cargos más altos, por lo que, si se cubren los cargos subalternos con hombres altamente calificados con el pretexto de tener buenos cuadros administrativos, ello puede dar lugar a que aparezcan hombres descalificados y descontentos, donde su vocación de servicio se resiente¹¹⁷.

El éxito del concurso dependerá también de la idoneidad de su jurado, entendiéndose que debe estar conformado por personas con hábito, gran cultura general, espíritu crítico y tolerante¹¹⁸.

La incorporación de agentes con conocimientos técnicos especializados en las funciones más bajas de la estructura, sin un adecuado mecanismo de motivación que necesariamente debe ir vinculado en la posibilidad de poder utilizar sus cono-

¹¹⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p.410.

¹¹⁶ JÈZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 72. Este autor indica que el valor del concurso, depende: 1º) de los programas para los concursos; 2º) de la composición de los jurados de examen; 3º) del procedimiento del concurso; 4º) del efecto jurídico del concurso, como limitación del poder discrecional de nombrar.

¹¹⁷ JÈZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 74.

¹¹⁸ JÈZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 74.

cimientos en el desempeño de la función, puede hacer fracasar la designación de un potencial buen empleado.

La Administración debe respetar el procedimiento concursal, pero no está obligada a llamar a concurso. Pero, una vez puesto en marcha este procedimiento, deberá llevarlo adelante, salvo que por decisión fundada justifique los motivos de interés público por los cuales decida no cubrir el cargo por el cual ha activado el procedimiento de selección. En ningún supuesto podrá cubrir el cargo pasando por alto el procedimiento concursal ya dispuesto¹¹⁹ y quien ha sido seleccionado puede hacerlo valer¹²⁰.

Rafael Bielsa ha entendido que, si al momento del nombramiento existen más vacantes que las que había al momento de realizar el concurso, la Administración puede nombrar a quienes aprobaron en el mismo concurso. Asimismo, opinó que resultaría absurdo convocar nuevamente a un trámite concursal generalmente largo y cuestionado. Estimó que la institución de la suplencia se explica de la misma manera que esta solución, en la previsión de contar con funcionarios idóneos en los casos de cobertura transitoria de cargos¹²¹.

Nuestra opinión es que las soluciones que caben brindar para la cobertura de una suplencia o para un cargo vacante sobreviviente al concurso deben ser diferentes. En este último caso, de no disponer un nuevo concurso, puede ser que se consideren perjudicados quienes eventualmente pudieren estar interesados y no se hayan postulado previamente o, *interin*, hayan adquirido los requisitos para concursar.

3.7. *Nombramiento condicionado por la exigencia de elegir entre determinados candidatos*

En nuestra provincia tenemos ejemplos en los que la norma prevé la reserva de un cupo de cargos para determinada categoría de personas.

En este sentido, el art. 8º¹²², ley 10.592 —Régimen Jurídico Básico e Integral para las Personas Discapacitadas—, establece un cupo del 4% para personas discapacitadas sobre el total del personal de la Administración Pública provincial y la Ley de Ejecución Penal, en su art. 178¹²³, estipula un cupo del 3%.

¹¹⁹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 412.

¹²⁰ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 102.

¹²¹ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 104.

¹²² Art. 8º, ley 10.592: "El Estado provincial, sus organismos descentralizados, empresas del Estado, municipalidades, entidades de derecho público no estatales creadas por ley y empresas privadas subsidiadas por el Estado, deberán ocupar a personas discapacitadas que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al cuatro (4) por ciento de la totalidad de su personal, con las modalidades que fije la reglamentación".

¹²³ Art. 178, ley 12.256: "La legislación que establezca y regule la actividad laboral para el empleado público provincial, como así también la de los entes autárquicos y/o descentralizados, deberá prever la ocupación laboral de los liberados, mediante la reserva para tal fin de un tres (3) por ciento del total de los puestos de trabajo, en la forma que determine la reglamentación. Se invita a cada municipalidad a adoptar similar criterio al establecido en el presente".

4. Legitimación jurisdiccional para impugnar los actos del trámite concursal

La regularidad del procedimiento puede generar distintos niveles de legitimación.

Con base en los pasos esenciales enunciados en el punto 3.6. tenemos que quienes se encuentren en las etapas 1 hasta 3 (acto que dispone la convocatoria, publicación de las condiciones del concurso y etapa de inscripción) podrán hacer valer sus derechos cuando se encuentren en condiciones para acceder al cargo o consideren que se encuentran excluidos por algún requisito que consideran ilegal o irrazonable; en la etapa 4 (listado con los postulantes admitidos) podrán hacerlo quienes se encuentren inscriptos; en la etapa 7 (listado de aprobados o seleccionados), quienes hayan realizado los exámenes (listado de aprobados o seleccionados) y respecto de la etapa 9 (acto de nombramiento), quienes hayan superado los exámenes.

También se encontrarán legitimados quienes pueden verse perjudicados por un nombramiento irregular, por encontrarse en una posición en que la cobertura del cargo pudiere afectarlo, por cubrirse una vacante a la que pudiere tener acceso o porque puede afectar sus posibilidades de ascenso en su carrera administrativa.

Las asociaciones gremiales también se encontrarán legitimadas para impugnar un procedimiento concursal cuando éste, genéricamente, pudiere afectar en forma colectiva los derechos de sus representados.

En la provincia de Buenos Aires se encuentra legitimado tanto el fiscal de Estado por atribución propia, para solicitar judicialmente la anulación de aquellos actos que contraríen el orden público, como la propia Administración Pública, mediante la acción de lesividad, permitida a partir de la nueva amplitud pretensional que, derivada del art. 166 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, ha receptado el Código Procesal Contencioso Administrativo de la provincia, aun sin mencionarla expresamente.

La irregularidad en el procedimiento concursal puede limitarse a uno de los actos cuando pueda escindir-se sin extender sus efectos al resto o afectar a todo el procedimiento¹²⁴.

Fiorini ha llamado la atención respecto de la rigurosidad con que la doctrina ha defendido al régimen de selección de los contratos de obras o de suministro, entre otros, y halla declinada dicha severidad respecto del mecanismo de ingreso de los agentes a la Administración Pública. El autor ha exigido mayor rigurosidad en la selección cuanto mayor sea la responsabilidad que implica el cargo a cubrir¹²⁵.

5. Sistema de designación por elección

En nuestra provincia, la Administración Pública cubre, en general, sus cargos asignados por el sistema de nombramiento. No obstante ello, en determinados supuestos, tanto la Constitución como las leyes han previsto la cobertura de cargos por sistema electivo de designación.

¹²⁴ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 411.

¹²⁵ FIORINI, Bartolomé, *Derecho...*, cit., t. I, p. 796.

En la provincia de Buenos Aires tenemos varios ejemplos de designación electiva de funcionarios pertenecientes a la Administración Pública.

5.1. *Consejeros escolares*

Éste es un ejemplo constitucional de designación de funcionarios integrantes de la Administración activa a través del sistema electivo, ya que los miembros de los consejos escolares dependen de la Dirección General de Cultura y Educación, conforme lo dispone el art. 203¹²⁶ de la Constitución provincial.

5.2. *Integrantes de tribunales de clasificación*

También dentro de la propia estructura de la Dirección General de Cultura y Educación, la ley 10.579 (estatuto del docente) ha previsto la participación de representantes de los propios docentes en los tribunales de calificación a través de elección directa¹²⁷, quienes tienen funciones consultivas, de control y decisorias en materia de ingreso, ascenso y traslados.

¹²⁶ Art. 203 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "La administración de los servicios educativos, en el ámbito de competencia territorial distrital, con exclusión de los aspectos técnicos pedagógicos estará a cargo de órganos desconcentrados de la Dirección General de Cultura y Educación denominados Consejos Escolares.

"Estos órganos serán colegiados, integrados por ciudadanos elegidos por el voto popular, en número que se fijará con relación a la cantidad de servicios educativos existentes en cada distrito, y que no será menor a cuatro ni mayor a diez miembros. Los consejeros escolares durarán en sus funciones cuatro años, renovándose cada dos años por mitades, pudiendo ser reelectos.

"Serán electores los ciudadanos argentinos y los extranjeros en las condiciones que determine la ley inscriptos en el registro electoral del distrito, y serán condiciones para ser elegidos: ser mayor de edad, y vecino del distrito con no menos de dos años de domicilio inmediato anterior a la elección".

¹²⁷ Art. 41 (texto según ley 12.799), ley 10.579: "I. Los Tribunales de Clasificación Centrales estarán integrados por:

"a) El Subsecretario de Educación o en su reemplazo el Director de Tribunales de Clasificación, quien lo presidirá. La reglamentación de la presente ley preverá el reemplazante de los mismos para los casos de recusación o excusación.

"b) El Director de la repartición técnico-docente correspondiente, o en su reemplazo el Subdirector o un Asesor Docente, o un Inspector Jefe de Región.

"c) Un Inspector de Educación de la rama, nivel o modalidad.

"d) *Dos representantes docentes elegidos por voto secreto y obligatorio del personal docente titular, provisional y suplente, elegido por cargo o especialidad, convocado en oportunidad de constituirse el Tribunal.*

"II. Los Tribunales de Clasificación Descentralizados estarán integrados por:

"a) Dos representantes docentes elegidos por la Dirección General de Cultura y Educación, uno de los cuales lo presidirá.

"b) *Tres representantes docentes elegidos por voto secreto y obligatorio del personal docente titular, provisional y suplente, dos con destino en la sede del Tribunal y el tercero elegido por cargo o especialidad, convocado en oportunidad de constituirse el Tribunal.*

"Los Tribunales de Clasificación están facultados para convocar a personal especializado, cuando la naturaleza del asunto lo haga aconsejable, a efectos de emitir criterio.

"Sólo podrán integrar los padrones para elegir representantes, aquellos docentes que tengan una antigüedad mínima de un (1) año prestando servicios en la Dirección General de Cultura y Educación". (El destacado es nuestro).

5.3. *Integrantes del directorio de la Caja de Subsidios y Pensiones del personal del Banco Provincia*

En este caso, la ley 13.364 —Caja de Subsidios y Pensiones del Personal del Banco Provincia— dispone que la integración de su órgano de gobierno —de un ente autárquico con fines específicos— debe conformarse con representantes de los estamentos que integran el sistema de solidaridad previsional designados mediante el mecanismo electivo¹²⁸.

5.4. *Jefe de Policía Comunal*

La ley 13.482¹²⁹ dispone que este funcionario sea designado por voto popular¹³⁰; esta modificación supone un cambio sustancial en una estructura netamente jerárquica como lo es la organización de las fuerzas de seguridad interna, en este supuesto, de la provincia de Buenos Aires. Evidentemente ello ha ido de la mano del Sistema Provincial de Seguridad Pública (ley 12.154), en el que se redimensiona la importancia de la participación comunitaria, fundamentalmente a través de los foros vecinales, comunales o departamentales de seguridad.

6. **Fundamento de la excepción al sistema de designación por nombramiento**

Para constatar los motivos por los cuales se ha dispuesto adoptar el sistema electivo de cobertura de cargos pertenecientes a la organización administrativa, consideramos útil recurrir a la ponderación hecha por Gastón Jêze de las ventajas y desventajas¹³¹ de este sistema de designación, con base en las cuales define a qué tipo de funciones puede aplicarse, para luego, confrontar dichas conclusiones con nuestra realidad normativa.

¹²⁸ Art. 4º, ley 13.364: “El gobierno de la Caja estará a cargo del Directorio que ejercerá sus funciones *ad honorem* y quedará integrado por un Presidente, ocho vocales titulares y ocho vocales suplentes. Su composición será la siguiente:

”a) El Presidente, que deberá revestir el carácter de Director del Banco, elegido por el Directorio del mismo.

”b) Dos (2) vocales titulares y dos (2) suplentes designados por el Directorio del Banco.

”c) Dos (2) vocales titulares y dos suplentes designados por el Poder Ejecutivo Provincial.

”d) *Dos (2) vocales titulares y dos (2) suplentes designados en elección directa por los afiliados en actividad, de acuerdo a la ley electoral vigente en la Provincia de Buenos Aires, en cuanto hace al acto comicial.*

”e) *Dos (2) vocales titulares y dos (2) suplentes designados por los afiliados jubilados y pensionados, también en elección directa y de acuerdo a la ley electoral vigente de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto hace al acto comicial*”. (Las bastardillas son nuestras).

¹²⁹ Art. 71, ley 13.482: “A partir del año 2007, el Jefe de Policía de Seguridad Comunal será elegido por el pueblo de cada Municipio que corresponda, en elecciones independientes a las de las autoridades municipales, previa convocatoria hecha por el Poder Ejecutivo, la que deberá hacerse después de pasado el sexto y antes del octavo mes de haber asumido el Intendente Municipal.

”Durará en su gestión cuatro (4) años, pudiendo ser reelegido una vez”.

¹³⁰ Como ya expresáramos precedentemente, este mecanismo se encuentra suspendido en virtud de lo dispuesto en el art. 2º, ley 13.794, hasta tanto se apruebe el mecanismo de aplicación de este sistema de designación.

¹³¹ Jêze, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 20.

Este autor ha señalado entre las ventajas: 1) asegurar el contacto del funcionario con la opinión pública; 2) conferir al funcionario una gran independencia respecto de los jefes de servicio; 3) despertar interés por la vida pública en los individuos que deben efectuar las designaciones ¹³².

Las desventajas que indica pueden resumirse en: 1º) la mediocridad de las designaciones; 2º) la pérdida de independencia respecto de los colegios electorales; 3º) la inseguridad respecto de la unidad en la acción; 4º) la imposibilidad de imputar responsabilidad de las designaciones sobre alguien en particular.

Con base en dicha evaluación señaló que, este tipo de sistema de selección conviene para las funciones de dirección y control políticos.

Si confrontamos sus conclusiones con las distintas manifestaciones de este sistema de designación en nuestra provincia podemos constatar que en general no se lo ha implementado para cubrir funciones de dirección o control político —con excepción del gobernador y los intendentes—, pero en la mayoría de los casos sí se lo ha hecho para brindar mayor independencia, participación y control.

En el caso de los consejos escolares, su función está encaminada a cumplir con el control del gasto. En los tribunales de clasificación, el fundamento está en la representatividad y el control en la evaluación de sus pares. En la Caja de Subsidios y Pensiones del personal del Banco Provincia, en la participación representativa en las decisiones de gobierno y en la designación del jefe de Policía Comunal, encontramos un fundamento trascendente en la necesidad de dotar de legitimidad social y disponer de un control y participación comunitaria directa en una función crítica.

7. Sistema de selección por sorteo

La elección por sorteo, en general, es patrimonio del Poder Judicial ¹³³, tanto en la selección de conjuces ¹³⁴, defensores de pobres y ausentes ¹³⁵, o como auxiliares

¹³² JÉZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 20. El autor expresa que "...la elección es la escuela de la vida pública, pues es allí donde el pueblo adquiere su educación política".

¹³³ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 88, parág. 862.

¹³⁴ Art. 31 (texto según ley 13.101), ley 5827: "En los demás casos en que deba integrarse la Suprema Corte de Justicia, por vacancia, licencia, recusación, excusación u otro impedimento de alguno de sus miembros, se seguirá el siguiente orden: Presidente del Tribunal de Casación Penal, vocales del Tribunal de Casación Penal, presidentes de las Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de La Plata, vocales de las Cámaras de Apelación en lo Civil y Comercial, presidente de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo del Departamento Judicial de La Plata, vocales de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo, y de Garantías en lo Penal en orden de turno; por los Jueces en lo Contencioso Administrativo, de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, en lo Correccional y de los Tribunales en lo Criminal que reúnan las condiciones necesarias para ser vocal de la Suprema Corte; por abogados de la matrícula sorteados de las listas de conjuces".

¹³⁵ Art. 91 (texto según ley 11.593), ley 5827: "Cuando se requiera la intervención del Defensor de Pobres y Ausentes o del Asesor de Incapaces, el Juez de Paz Letrado procederá a desinsacular un letrado de la lista que al efecto confeccionarán anualmente los Colegios de Abogados Departamentales para cada partido, con los abogados que voluntariamente se inscribieren para desempeñar tales funciones, constituyendo domicilio en las ciudades cabeceras de los Partidos en los que deseen hacerlo.

"Si en un Partido no hubiere al menos tres (3) abogados inscriptos, el Juez de Paz Letrado comunicará tal circunstancia al Procurador General de la Suprema Corte de Justicia, que arbitrará los medios para solucionar el problema.

de justicia (v.gr. síndicos¹³⁶ o peritos¹³⁷); también tiene un ejemplo constitucional, cual es el procedimiento de enjuiciamiento de funcionarios y magistrados previsto en el art. 182¹³⁸ de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, en una función que, en sí, es de naturaleza administrativa de tipo disciplinario: calificar las conductas pasibles de determinar la extinción del vínculo y aplicar la correspondiente sanción a los funcionarios a los que se refiere la Carta Magna provincial.

"En caso de urgencia, o cuando ninguno de los letrados inscriptos en la lista, ya sea por excusación fundada o licencia, pudiere desempeñar el cargo en un proceso determinado, deberá hacerlo el Defensor de Pobres y Ausentes o el Asesor de Incapaces en turno del Departamento Judicial a quien se le notificará o citará por vía telegráfica u otro medio de igual eficacia.

"El desempeño de las funciones precitadas será obligatorio e inexcusable, para el letrado designado y con las responsabilidades que la legislación vigente establece para dichos funcionarios, debiendo presentarse en el expediente dentro de las setenta y dos (72) horas de ser notificado de la designación.

"Quien resulte elegido no integrará la lista para desinscripciones posteriores hasta tanto no haya sido agotada la totalidad de los integrantes de la nómina.

"Por su intervención, el letrado percibirá una remuneración con cargo al Presupuesto del Poder Judicial, en la forma que establezca la Reglamentación de la Suprema Corte de Justicia, que deberá prever una escala de honorarios a valores de la unidad arancelaria prescripta por el decreto-ley 8904/1977 a fin de que el Juez de Paz Letrado regule los honorarios en el orden a la importancia y complejidad del trabajo realizado.

"El incumplimiento de lo prescripto en el cuatro párrafo de este artículo o el mal desempeño de la función, autoriza al Juez de Paz Letrado a aplicar al infractor una multa de doscientos cincuenta pesos (\$ 250) hasta dos mil quinientos pesos (\$ 2500), y su reiteración configura falta profesional grave que da lugar a enjuiciamiento, de conformidad con lo dispuesto en la ley 5177.

"Los profesionales nombrados como Defensor o Asesor Oficiales quedan relevados durante el año en que se haya producido su designación de las obligaciones de representar y patrocinar gratuitamente a los declarados pobres ante el respectivo Juzgado de Paz Letrado, según lo establecido por los arts. 114 a 126, ley 5177 (texto ordenado por decreto 180/1987).

"El Poder Ejecutivo podrá crear Defensorías o Asesorías Oficiales o el cargo necesario para desempeñar ambas funciones en aquellos partidos o agrupamiento de partidos que, de acuerdo al índice de litigiosidad, número de designaciones de letrados para cumplir dichas funciones y el gasto que éstos representen para el Presupuesto del Poder Judicial lo hagan aconsejables, siempre que así lo solicite la Suprema Corte de Justicia y previa conformidad de ambas Cámaras de la Legislatura".

¹³⁶ Art. 253, ley 24.522 de Concursos y Quiebras.

¹³⁷ Acuerdo 2728/1996 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires (reglamento para la confección de listas y designaciones de oficio de profesionales auxiliares de justicia).

¹³⁸ Art. 182 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "Los jueces de las Cámaras de Apelación y de primera instancia y los miembros del Ministerio Público pueden ser denunciados o acusados por cualquiera del pueblo, por delitos o faltas cometidas en el desempeño de sus funciones, ante un jurado de once miembros que podrá funcionar con número no inferior a seis, integrado por el presidente de la Suprema Corte de Justicia que lo presidirá, cinco abogados inscriptos en la matrícula que reúnan las condiciones para ser miembro de dicho tribunal, y hasta cinco legisladores abogados.

"Los legisladores y abogados que deban integrar el jurado se designarán por sorteo, en acto público, en cada caso; los legisladores por el presidente del Senado y los abogados por la Suprema Corte de Justicia, a cuyo cargo estará la confección de la lista de todos los abogados que reúnan las condiciones para ser conjuces.

"La ley determinará la forma de reemplazar a los abogados no legisladores en caso de vacante".

El Jurado de Enjuiciamiento debe ser integrado por legisladores y abogados designados por sorteo de listas confeccionadas, tal como lo prevén los arts. 4°¹³⁹ y 5°¹⁴⁰, ley 13.661.

El sistema de designación por sorteo puede ser puro y simple o tener distintos niveles de limitaciones para determinar la lista de sujetos a seleccionar¹⁴¹.

En la actualidad, los ejemplos de designación por sorteo se corresponden con la cobertura de funciones específicas y transitorias que deben complementarse con la elaboración de listas previas, en las que los postulantes inscriptos deben reunir determinadas condiciones de idoneidad preestablecidas.

En el supuesto de las funciones de conjueces, auxiliares de justicia o quienes son designados en la defensa de pobres y ausentes, el sorteo pretende lograr equidad en el caso concreto para distribuir las causas en las que les toca desempeñarse.

En el caso de los integrantes de los jurados de enjuiciamiento o de concursos para cobertura de cargos docentes universitarios, además del fundamento expuesto, se deja librado al azar la selección de los funcionarios que evaluarán o valorarán conductas o antecedentes de quienes resultan, en general, conocidos en los ámbitos en que se desempeñan.

8. Exigencia de idoneidad para el acceso a los cargos públicos

Como ya dijéramos, desde el nacimiento de la organización política e institucional de la República Argentina, a través del art. 16 de su Carta Fundamental¹⁴², se ha exigido un parámetro esencial e inmodificable para garantizar el derecho de

¹³⁹ Art. 4°, ley 13.661: "Recibida la comunicación, el Presidente del Senado procederá a practicar en acto público, entre los legisladores que integren la lista del art. 1°, el sorteo de los cinco miembros que deben formar parte del Jurado de Enjuiciamiento a cuyo fin se notificará a las partes con anticipación de tres (3) días y con citación especial de los Presidentes de las Comisiones de Asuntos Constitucionales y Acuerdos y Legislación General.

"El resultado del sorteo se pondrá en conocimiento del Presidente del Jurado de Enjuiciamiento y de ambas Cámaras".

¹⁴⁰ Art. 5°, ley 13.661: "La Suprema Corte de Justicia, citada especialmente por su Presidente, practicará en acto público anunciado con anticipación de tres días y notificación a las partes, el sorteo de cinco abogados de entre los inscriptos en la lista del art. 2° a fin de integrar el Jurado".

¹⁴¹ JÉZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 25. Este autor distingue: 1) El sorteo puro y simple: es el que se emplea para la atribución de las funciones-cargas públicas (servicio militar en el ejército). 2) Cuando se trata del sorteo para expresar la opinión media del "hombre de la calle" sobre un caso particular, será precedido de una primera selección, a fin de que las personas que resulten elegidas tengan cierto nivel de instrucción y de moralidad (jurado criminal). 3) Cuando se desee obtener la opinión media de una categoría especial de individuos sobre una cuestión especial, se condicionará el sorteo a exigencias muy estrictas que deberán cumplir aquellos que luego serán designados por el azar (jurado de un concurso).

¹⁴² El requisito de idoneidad para el acceso a los cargos públicos no ha sido extraído del proyecto de Constitución para la Confederación Argentina de Juan Bautista Alberdi, ya que el art. 17 establecía: "La ley no reconoce diferencia de clase ni persona. No hay prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay fueros personales; no hay privilegios, ni títulos de nobleza. Todos son admisibles a los empleos. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas. La ley civil no reconoce diferencia de extranjeros y nacionales".

Tampoco surgen sus fuentes de los debates de la Asamblea Constituyente (cfr. DE ÁNGELIS, Pedro, *Asambleas Constituyentes argentinas*, t. IV, 1827-1862, Talleres SA Casa Jacobo Peuser, Buenos Aires, 1937, ps. 514-515).

igualdad a integrar los cuadros funcionales de los poderes que conforman el Estado, éste es el requisito de idoneidad.

Este reaseguro tiene una doble función. Por un lado, poner en un pie de igualdad a todos los habitantes de la República y, por el otro, exigir al propio Estado la constatación de condiciones de idoneidad en los postulantes para acceder a los cargos a cubrir; de esta manera, se limita la discrecionalidad en la selección con un criterio destinado a promover la eficiencia en la gestión pública.

La idoneidad es requisito previo para el ejercicio de otros derechos o consolidación de garantías vinculadas con la relación de empleo público. En nuestro país, el correcto ingreso a la Administración Pública resulta antecedente condicionante e ineludible para ejercer otros derechos derivados de la relación —v.gr. el derecho a la estabilidad en el cargo previsto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional o a la carrera administrativa consagrado en el art. 103, inc. 12 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires—.

La exigencia constitucional de acceso igualitario a los cargos públicos con la sola exigencia de la idoneidad que contiene el art. 16 de la Constitución Nacional ha sido receptada en la esfera provincial a través del art. 103, inc. 12 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, correlación que requiere ciertas precisiones desde una doble mirada: por un lado, como garantía para quienes en situación de igualdad quieran acceder a los cargos públicos y, por el otro, como condición esencial de eficiencia organizacional de la propia Administración Pública¹⁴³.

Para Néstor Sagüés, el artículo tiene dos antecedentes precisos, uno próximo a la Constitución, éste es el proyecto de Pedro de Ángelis, quien en la sección 4^a, art. 14, expresaba: “Los argentinos son iguales ante la ley, y pueden obtener los empleos públicos a que aspiren, si tienen las aptitudes necesarias para desempeñarlos”; otro lejano pero de enorme importancia, en el art. VI de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789), norma que establecía: “La ley es la expresión de la voluntad general... Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, puestos y empleos públicos, según su capacidad y sin otras distinciones que las de sus virtudes y talentos” (cfr. SAGÜÉS, Néstor P., “Sobre la reglamentación del principio constitucional de idoneidad”, LL 1980-C-1216).

De igual manera, Mario A. Midón señala que el artículo no abreva en ninguno de los estatutos o proyectos de la Constitución Nacional a partir de 1811, tampoco fue pensada por los convencionales norteamericanos ni incluida en el proyecto de Alberdi. Entiende que la interpretación que mejor se compatibiliza es aquella que infiere que los constituyentes se basaron en la declaración francesa de 1793 en cuanto consagraba la igualdad en la admisibilidad de los empleos públicos sujetos a “la consideración de virtudes y talentos que guían a las naciones libres en sus elecciones...”, así también cita al proyecto de Pedro de Ángelis (MIDÓN, Mario A., “Consideraciones en torno a la idoneidad y el empleo público”, LL 1983-A-920).

Lo que queda claro es que su antecedente ha sido el constitucionalismo francés posrevolucionario; podemos ver cómo el texto del art. 10 de la Constitución francesa de 1848 tiene gran similitud con el de nuestro art. 16. Éste establece: “Todos los ciudadanos son admisibles por igual a todos los empleos públicos, sin otro motivo de preferencia que sus méritos, y conforme a las condiciones que establezcan las leyes. Quedan abolidos para siempre todo título nobiliario, toda distinción de nacimiento, de clase o de casta” (JÉZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 35), frente al nuestro: “La Nación argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento: no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas”, con el plus, para nuestra Carta Magna, de reconocer dicha garantía a todos sus habitantes sin exigir la condición de ciudadanos.

¹⁴³ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 98.

La idoneidad supone capacidad¹⁴⁴, condición¹⁴⁵, aptitud¹⁴⁶ o suficiencia¹⁴⁷ para desempeñar un empleo.

Comúnmente, si bien en una primera aproximación se vincula a la idoneidad con la capacidad técnica¹⁴⁸, condiciones profesionales o habilidad intelectuales para desarrollar una tarea, profesión u oficio, ésta no es la única acepción del término a los fines de la ponderación de las condiciones de una persona para el ingreso a la función pública, este mayor alcance es el que debe inferirse del texto constitucional.

Para Fiorini¹⁴⁹, la expresión idoneidad es de tipo genérico, en su determinación concurren diferentes valores con distinto contenido. Señala que el término ha sido proclive a consideraciones de orden técnico, ético, político, entre otras.

Él ha entendido: "La idoneidad en nuestro país se fundamenta en los valores de la argentinidad, contenido de respeto por la divinidad humana, culto a los elevados valores del ser humano, razón en el juicio, ética en la conducta, lealtad en los proceder, entrega generosa a la comunidad, probidad en el ejercicio de la función, cumplimiento de los deberes impuestos y amor a la patria". Esta concepción tiene un gran contenido ético y resulta gratificante adscribir a ella, lo que exige procurar su cumplimiento como requisito para el ejercicio de la función pública, más aún en una época en la que nuestro país ha aprobado diferentes convenciones, sancionado leyes y reglamentado códigos destinados a marcar la conducta ética de sus funcionarios en sus diferentes niveles de organización político territorial.

Así también, desde una visión diferente, Gastón Jèze exigía, para cubrir un cargo público, inteligencia, probidad, conocimientos técnicos, celo y sacrificio por la cosa pública¹⁵⁰. Condiciones deseables de encontrar en un agente del Estado siempre que fueran unidas de las expuestas por el maestro Fiorini.

Constituye principio de derecho constitucional y administrativo¹⁵¹ que la idoneidad, en sus diferentes facetas, no se presume y, en consecuencia, debe probarse¹⁵². Esto supone limitar la potestad discrecional de quien nombra, quien debe acreditar en el acto de designación los fundamentos de la selección.

¹⁴⁴ SAGÜES, Néstor, "Sobre la reglamentación...", cit., hace referencia a esta cualidad con cita y referencia de BIELSA, Rafael, *Derecho constitucional*, 3ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 262.

¹⁴⁵ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 99.

¹⁴⁶ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 120, parág. 879.

¹⁴⁷ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 363. Este autor señala que la acepción idiomática de idoneidad es la de suficiencia para una cosa. Luego cuando distingue sus distintas facetas habla de aptitudes: técnica, física, moral (p. 366).

¹⁴⁸ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 104. Este autor señala: "Si bien, según el texto constitucional, la idoneidad es condición general para desempeñar un empleo o función pública, el concepto de idoneidad, aunque referido principalmente a la aptitud técnica del agente, tiene un significado más general, pues comprende no sólo la aptitud física y legal, sino su aptitud politicomoral".

¹⁴⁹ FIORINI, Bartolomé, *Derecho...*, cit., t. I, p. 795.

¹⁵⁰ JÈZE, Gastón, *Principios generales...*, cit., t. II.2, p. 6.

¹⁵¹ SAGÜES, Néstor, "Sobre la reglamentación...", cit., p. 1216.

¹⁵² BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 99. Ha expresado: "La idoneidad o suficiencia no se presume, ella debe probarse de acuerdo con las formas legales, que —como se comprende— deben prevalecer sobre las facultades discrecionales de la autoridad que nombra, y en su virtud considera o juzga la idoneidad; no bastan las apreciaciones *de visu*, muy propias de nuestro 'sistema'".

9. Reglamentación del requisito de la idoneidad

Conforme al art. 14 de la Constitución Nacional, todos los derechos son relativos, en tanto se ejercen conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio bajo el límite de la razonabilidad (art. 28, CN).

La necesidad de regular las distintas manifestaciones del requisito de idoneidad ha sido puesta en duda respecto de los cargos previstos en la Constitución Nacional, no así respecto de los restantes cargos, en los que la situación es más que clara.

Respecto de la discusión señalada en primer término, se han dividido las posiciones en dos grandes grupos, aquellos que consideran que pueden imponerse otros requisitos que los previstos en la Carta Magna¹⁵³ y quienes adoptan una postura restrictiva¹⁵⁴.

Entendemos que la Constitución, como carta programática, no puede precisar todos los supuestos y las exigencias que permitan la mejor cobertura de cargos, por más que éstos se correspondan con los más elevados de la organización nacional.

En este sentido, el legislador podrá normar requisitos no previstos, siempre que éstos sean razonables, no alteren las exigencias de igualdad e idoneidad, no se opongan o sean incompatibles con los ya previstos y no desnaturalicen la función.

Según Sagüés, no resulta razonable negar otros requisitos no enumerados por la Constitución, inspirados en razones de bien común, moralidad pública, eficiencia y sensatez. Da como ejemplo exigir una determinada capacidad elemental (como mínimo ciclo primario completo), determinar la exclusión de los alienados, menores de edad, sordomudos o quebrados fraudulentos o excluir a quienes han cometido delitos dolosos de determinada gravedad, para acceder a los cargos previstos en la Constitución (v.gr. ministros, miembros de la Corte Suprema de Justicia, diputados o senadores)¹⁵⁵.

También Midón¹⁵⁶ entiende que no resulta irrazonable exigir para las altas magistraturas del Estado —exceptuados los miembros de la Corte y demás tribunales, para quienes es exigible título universitario—, tener por lo menos el ciclo secundario o equivalente cumplido.

Tampoco parece irrazonable exigir antecedentes de cumplimiento de acciones que evidencien comportamientos éticos socialmente corroborados¹⁵⁷ o una conducta de lealtad democrática e institucional.

10. Distintas facetas de la idoneidad

La idoneidad como concepto genérico puede clasificarse de distintas maneras agrupando las características de los requisitos o condiciones exigidas para acceder a la función pública.

¹⁵³ SAGÜÉS, Néstor, "Sobre la reglamentación...", cit.; MIDÓN, Mario A., "Consideraciones en torno a la idoneidad...", cit.; BADENI, Gregorio, *Instituciones de derecho constitucional*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 216.

¹⁵⁴ BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental...*, cit., p. 392; EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 130.

¹⁵⁵ SAGÜÉS, Néstor, "Sobre la reglamentación...", cit., p. 1216.

¹⁵⁶ MIDÓN, Mario A., "Consideraciones en torno...", cit., p. 520.

¹⁵⁷ MIDÓN, Mario A., "Consideraciones en torno...", cit., p. 520.

Bielsa ha distinguido la idoneidad legal de la profesional: la primera se corresponde con el cumplimiento formal de la ley, la segunda con los principios de la ciencia de la administración, aunque también debe tener base legal¹⁵⁸.

A su vez, dentro de la idoneidad legal diferencia a las condiciones positivas de las negativas: 1º) Las positivas exigen cumplir con determinados requisitos, como tener el título profesional, ciudadanía, edad, etc. 2º) Las negativas suponen inhabilidades e incompatibilidades, por ejemplo no sufrir inhabilitación por condena penal, no haber sido destituido por vía disciplinaria o no haber incurrido en transgresión legal de orden político o administrativo sancionada con la pérdida e interdicción de desempeñar función o empleo público. Distingue de éstas el concepto de solvencia moral.

Este autor también ha separado la aptitud técnica de la física, legal y político moral¹⁵⁹.

Miguel S. Marienhoff ha indicado que, en algunos casos, también es necesario acreditar aptitud económica¹⁶⁰.

Benjamín Villegas Basavilbaso ha señalado como requisitos de la idoneidad a la aptitud técnica (intelectual o profesional), aptitud física (edad o salud), la moralidad, el cumplimiento del servicio militar obligatorio y, en algunos casos, el requisito de ciudadanía¹⁶¹. Desecha como requisitos el sexo, las creencias religiosas o políticas.

IV. REGULACIÓN LEGAL DE LOS REQUISITOS PARA EL INGRESO A LA FUNCIÓN PÚBLICA

— Art. 2º, ley 10.430:

Admisibilidad. Requisitos:

a) Ser argentino nativo, por opción o naturalizado. Por excepción, podrán admitirse extranjeros que posean vínculos de consanguinidad en primer grado o de matrimonio con argentinos, siempre que cuenten con cinco años como mínimo de residencia en el país. Asimismo, se admitirán extranjeros cuando se tenga que cubrir vacantes correspondientes a cargos indispensables de carácter profesional, técnico o especial.

La reglamentación preverá los plazos a otorgar a los extranjeros, para la obtención de la carta de ciudadanía.

— Art. 2º, inc. a), decreto 4161/1996:

I. La nacionalidad deberá acreditarse con la presentación de libreta de enrolamiento o cívica, documento nacional de identidad o partida de nacimiento.

II. El matrimonio y el vínculo se justificarán con las partidas correspondientes, o bien con las constancias de la libreta de familia civil.

Cuando se trate de documentación expedida en jurisdicción extraña a la Provincia de Buenos Aires, la misma deberá ser legalizada.

¹⁵⁸ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 99.

¹⁵⁹ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 104.

¹⁶⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 120, parág. 879.

¹⁶¹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 365.

III. Los extranjeros que sean designados de conformidad con las prevenciones de este estatuto, deberán presentar, dentro de los doce meses de su designación, la carta de ciudadanía.

En los casos que se acredite fehacientemente la imposibilidad de cumplimentar en término el requisito establecido en el párrafo anterior, el Poder Ejecutivo podrá prorrogar el plazo por el término de dos años.

En el decreto de nombramiento deberán expresarse las razones que justifiquen la designación de extranjeros.

b) Tener dieciocho años de edad como mínimo y cincuenta años de edad como máximo.

Los aspirantes que por servicios prestados anteriormente tengan computables años a los efectos de la jubilación, debidamente certificados, podrán ingresar hasta la edad que resulte de sumar a los cincuenta años, los de servicios prestados, pero en ningún caso la edad de los aspirantes puede exceder de los sesenta años.

Estos requisitos no regirán para los casos en que exigencias específicas de leyes de aplicación en la provincia, establezcan otros límites de edad, ni tampoco para el personal temporario.

— Art. 2º, inc. b), decreto 4161/1996:

I. La edad deberá acreditarse con la presentación de la documentación indicada en el inc. a), apartado I.

II. Los servicios computables a los fines jubilatorios que no correspondan a Administración Pública, nacional, provincial o municipal, deberán ser reconocidos por la autoridad previsional correspondiente.

— Art. 2º, inc. c), decreto 4161/1996:

c) No ser infractor a disposiciones vigentes sobre enrolamiento.

Deberá verificarse con las constancias asentadas en la libreta de enrolamiento o documento nacional de identidad.

— Art. 2º, inc. d), decreto 4161/1996:

d) Poseer título de educación secundaria o el que lo reemplace en la estructura educativa vigente al tiempo del ingreso, para el personal administrativo y para el resto del personal acreditar los requisitos del puesto a cubrir.

La educación secundaria completa o su equivalente en el futuro, se acreditará con el certificado analítico expedido por la autoridad pertinente. En caso de duda, su validez será determinada a través de la Dirección General de Cultura y Educación.

— Art. 2º, inc. e), decreto 4161/1996:

e) Acreditar buena salud y aptitud psicofísica adecuada al cargo, debiendo someterse a un examen preocupacional obligatorio, que realizará la autoridad de aplicación que designe el Poder Ejecutivo, sin cuya realización no podrá darse curso a designación alguna.

La Dirección de Reconocimientos Médicos verificará la buena salud y la aptitud física y psíquica adecuada al cargo y en caso de minusvalías determinará las tareas específicas en las que pueden desempeñarse los aspirantes, de conformidad con lo previsto en la legislación para personas discapacitadas.

— Art. 3º, ley 10.430:

Causales

No podrá ingresar a la Administración:

a) El que hubiere sido exonerado o declarado cesante en la Administración Nacional, Provincial o Municipal, por razones disciplinarias, mientras no esté rehabilitado en la forma que la reglamentación determine.

— Art. 3º, inc. a), decreto 4161/1996:

I. Toda persona que por razones disciplinarias hubiera sido declarada cesante en la Administración Pública provincial, podrá solicitar su rehabilitación ante la autoridad competente, siempre que hubiera transcurrido un año como mínimo desde la fecha en que quedó firme su cesantía. Si su solicitud fuera denegada, sólo podrá reiterarla cuando hayan transcurrido como mínimo dos años desde la fecha de su última presentación.

Los exonerados podrán hacerlo en igual forma, sujetándose a los plazos mínimos de dos años y cinco años respectivamente.

Quien hubiese sido exonerado o declarado cesante por razones disciplinarias en la Administración Pública nacional, de otras provincias, o municipal, deberá gestionar la rehabilitación en su respectiva jurisdicción, si se contemplara esa figura legal. Igual procedimiento deberán seguir los ex agentes provinciales que hubieran revistado en otros regímenes estatutarios.

II. La solicitud de rehabilitación deberá formularse por escrito ante la repartición a la cual pertenecía, la que con opinión sobre el particular la elevará al organismo sectorial de personal. Éste, previa agregación de los antecedentes respectivos, la remitirá a la Junta de Disciplina.

En aquellos casos en que la repartición a la cual pertenecía hubiera desaparecido, la solicitud deberá presentarse ante el organismo sectorial de personas de la jurisdicción en que cesó.

III. Luego que se hubiera expedido la Junta de Disciplina, el Poder Ejecutivo decidirá sobre la rehabilitación.

b) El que tenga proceso penal pendiente o haya sido condenado en causa criminal por hecho doloso de naturaleza infame, salvo rehabilitación, y el que haya sido condenado en causa criminal por genocidio o crímenes de lesa humanidad o favorecido por las leyes de obediencia debida o punto final (texto según ley 12.777).

c) El que hubiere sido condenado por delito que requiera para su configuración la condición de agente de la Administración Pública.

d) El fallido o concursado civilmente, mientras no obtenga su rehabilitación judicial.

e) El que esté alcanzado por disposiciones que le creen incompatibilidad o inhabilidad.

f) El que se hubiere acogido al régimen de retiro voluntario —nacional, provincial o municipal— sino después de transcurridos cinco años de operada la extinción de la relación de empleo por esta causal, o a cualquier otro régimen de retiro que prevea la imposibilidad de ingreso en el ámbito provincial.

1. Análisis particular de los requisitos para el ingreso a la función pública

Las condiciones exigidas por cada régimen estatutario para el ingreso a la Administración Pública dependerán de las particulares características de las fun-

ciones a desempeñar. No obstante ello, dicha variedad siempre tendrá como límite las garantías de igualdad e idoneidad, así como la garantía de la razonabilidad en su reglamentación.

En el caso de la ley 10.430, en relación con el acceso a la función pública, prevé condiciones positivas en el art. 2º, incs. a, b, d y e; y condiciones negativas en el art. 2º, inc. c), y en el art. 3º, incs. a, b, c, d.

2. Idoneidad técnica

La aptitud o capacidad técnica es la habilidad o conjunto de conocimientos o nociones sobre una determinada especialidad o sobre cultura en general, exigidos para cubrir un determinado cargo. Dicha aptitud no debe presumirse; en todos los casos, debe acreditarse o probarse.

Obviamente la capacidad objeto de evaluación es siempre potencial, ya que la única manera de demostrar efectivamente la idoneidad de una persona para un cargo es mediante el ejercicio concreto de la función, evaluando periódicamente su desempeño.

Para medir esta condición, al ingreso pueden evaluarse sus antecedentes técnicos, académicos o profesionales, experiencia comprobada, acreditación de logros, participaciones destacadas, reconocimientos académicos, de labor o de iniciativas personales.

La profundidad en los conocimientos que se requiera para ingresar dependerá de la complejidad técnica de la función a cubrir. En este sentido, a medida que se avanza en el nivel escalafonario de un determinado agrupamiento, las funciones serán de mayor responsabilidad, las que habitualmente van de la mano del desempeño de tareas de conducción.

Los estatutos generalmente prevén el ingreso por el nivel más bajo de cada agrupamiento, exigiendo en estos casos conocimientos básicos. Distinta es la situación para la cobertura de funciones específicas, en las que la especialización exige capacitación previa debidamente acreditada y demostrada.

El mecanismo más adecuado para seleccionar a un funcionario, con base en este aspecto de la idoneidad, es el concurso de oposición y antecedentes.

El concurso de antecedentes permite constatar elementos documentales de su posible capacidad teórico-práctica. La exigencia de título sólo determina la habilitación legal para desempeñar una tecnicatura, profesión o especialidad.

En determinados casos pueden exigirse estudios de perfeccionamiento o justificación de antecedentes prácticos vinculados a la función (pasantías, prácticas profesionales o efectivo desempeño laboral).

El concurso también puede ser de oposición o de propuestas. En el primer caso, los concursantes deberán competir mediante un examen (el que podrá ser oral o escrito; teórico o práctico, así como la combinación de éstos). En el segundo, los postulantes deberán presentar propuestas o proyectos de trabajo, que serán evaluados y calificados en un orden de mérito.

La aptitud técnica es el requisito básico para el ejercicio de cualquier función junto con las exigencias de idoneidad ética e institucional; el resto de las condiciones que puedan exigirse resultarán complementarias de los requisitos esenciales señalados.

2.1. *Período de prueba e idoneidad técnica*

Los regímenes suelen prever un período de precariedad laboral más o menos corto desde el ingreso del agente, denominado período de prueba, en el que el superior jerárquico debe constatar, entre otras circunstancias, la idoneidad técnica del nuevo funcionario. En este lapso, el agente todavía no cuenta con estabilidad, pero ello no significa que la autoridad administrativa pueda extinguir el vínculo inmotivadamente, ya que deberá expresar los fundamentos de su decisión en el acto que ponga fin a la relación laboral.

2.2. *Previsión estatutaria del sistema de selección por acreditación de idoneidad técnica en la provincia de Buenos Aires*

En la provincia de Buenos Aires, la generalidad de los estatutos prevé el mecanismo concursal para seleccionar a los agentes que ejercerán las funciones estatales. Lamentablemente la realidad demuestra que, salvo contadas excepciones, éste no se aplica ¹⁶².

Las excepciones a que hacemos referencia se producen en aquellos organismos conformados por estructuras cuyos integrantes, en general, deben tener un alto grado de calificación, tal es el caso de la carrera médico hospitalaria, de investigador científico y tecnológico y estatuto del docente.

Resultará de utilidad describir la mecánica de estos tres sistemas de selección, ya que tienen ciertas particularidades que permiten constatar las variantes de los distintos sistemas concursales descriptos.

2.2.1. *Ley 10.471. Carrera médico hospitalaria*

La elección de la denominación “carrera médico hospitalaria” para designar el régimen de los profesionales de la medicina de los establecimientos dependientes del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires demuestra el reconocimiento y valoración que en este tipo de funciones se ha asignado a la capacidad técnica, destacando entre los institutos regulados el “derecho a la carrera” como estímulo al perfeccionamiento profesional.

En esta línea, la ley 10.471 prevé la mecánica concursal tanto para el ingreso como para el ascenso escalafonario.

¹⁶² Esta realidad ha sido destacada en el diagnóstico realizado por el Instituto Provincial para la Administración Pública (IPAP) respecto del régimen general en Documento 6.1., “Diagnóstico sobre la relación de empleo público en la provincia de Buenos Aires”, septiembre de 2006 (fuente: www.ipap.sg.gba.gov.ar).

De la misma manera no se respeta el mecanismo de carrera administrativa y calificación de personal, circunstancia que intentó regularizarse por medio de la ley 13.714 (promulgada el 8/8/2007 y publicada 21/8/2007), mediante la cual se permitiría cubrir los cargos vacantes durante el año 2007 —excepto para el agrupamiento jerárquico— suspendiendo por dicho lapso el mecanismo de la ley 10.430. Dicha ley recién fue reglamentada por dec. 3312/2007 del 16/11/2007 y publicada el 3/12/2007.

El art. 5º¹⁶³ establece como principio general para el ingreso a la planta el concurso de méritos, antecedentes y evaluación. Dispone la realización de concursos para cubrir jefaturas¹⁶⁴, que serán cerrados cuando permitan participar a los profesionales de ese establecimiento y abiertos cuando puedan hacerlo los que pertenezcan a otros establecimientos o a otras jurisdicciones con convenio de reciprocidad¹⁶⁵. Los concursos abiertos sólo están previstos para el nivel más alto de jefatura (de servicio) y para la jefatura de unidad sanitaria. No se concursan los cargos de director y director asociado¹⁶⁶.

¹⁶³ Art. 5º, ley 10.471: "El ingreso al régimen escalafonado de la carrera se hará siempre por el nivel inferior. El acceso será mediante un concurso abierto de méritos, antecedentes y evaluación".

¹⁶⁴ Art. 21 (texto según ley 10.528), ley 10.471: "Establécense los siguientes concursos:

"a) Concurso abierto de pases para cargos vacantes, para todos los profesionales escalafonados en el régimen que establece la presente ley. Sólo podrán inscribirse en el concurso de pases aquellos profesionales que tengan no menos de cinco (5) años de antigüedad en la carrera profesional hospitalaria.

"b) Concurso abierto para ingreso al escalafón.

"c) Concurso cerrado de profesionales escalafonados en cada establecimiento para cobertura de las funciones hasta el nivel Jefe de Guardia inclusive.

"d) Concurso abierto de profesionales escalafonados para cobertura de funciones de Jefatura de Servicios y Jefatura de Unidad Sanitaria. Se contemplará un puntaje adicional para los postulantes que pertenezcan al plantel del establecimiento en que se concursan dichas funciones".

¹⁶⁵ Art. 22 (texto según ley 10.528), ley 10.471: "Se entiende por concurso cerrado aquel que se realiza entre el personal profesional escalafonado de cada establecimiento. Se entiende por concurso abierto aquel que se realiza entre el personal profesional escalafonado de la Provincia y otras jurisdicciones con convenios de reciprocidad con esta ley y el previsto en el inc. b) del art. 21".

¹⁶⁶ Art. 8º (texto según ley 10.528), ley 10.471: "El personal incorporado al régimen escalafonario tendrá un escalafón horizontal de cargos que constan de los siguientes grados: Asistente, Agregado, de Hospital C, de Hospital B, de Hospital A, Asistente Técnico de Administración Hospitalaria. El grado de Asistente se adquiere al ingreso. Cada cinco (5) años y en forma automática los profesionales escalafonados serán encasillados en los grados superiores descriptos en este artículo, hasta el del Hospital A inclusive.

"A los profesionales que ingresen al escalafón se les computará la antigüedad concerniente a esta ley, para su encasillamiento en el grado escalafonario que corresponda.

"Será requisito indispensable de admisibilidad para el cargo de Asistente Técnico de Administración Hospitalaria el haber efectuado cursos de Salud Pública o Administración Hospitalaria con no menos de quinientas (500) horas dictadas por organismos docentes reconocidos y acreditar como mínimo cinco (5) años de ejercicio profesional.

"Asimismo el personal tendrá un escalafón vertical denominado funciones con jerarquía creciente cuya denominación es la siguiente:

"Jefe de Unidad de Diagnóstico y Tratamiento.

"Jefe de Unidad de Internación o de Consulta.

"Jefe de Unidad Sanitaria.

"Jefe de Sala o Subjefe de Servicio.

"Jefe de Guardia.

"Jefe de Servicio.

"Director Asociado.

"Director.

"Las funciones de Director Asociado y de Director serán desempeñadas por profesionales universitarios de la Salud, que serán designados sin concurso. Asimismo, las personas que desempeñen tales funciones carecerán de estabilidad y el Poder Ejecutivo queda facultado para reglamentar los requisitos y condiciones para el acceso a las mismas".

El sistema tiene dos características importantes para los concursos de jefaturas: la primera es que las jefaturas son temporales, durarán cuatro años¹⁶⁷, con posibilidad de volver a concursar; la segunda es que entre los antecedentes a tener en cuenta para evaluar a los concursantes existe el puntaje por consenso¹⁶⁸. Este especial módulo de calificación es característico del mundo de las ciencias, ya que el consenso adquiere particular dimensión en la elaboración del conocimiento científico¹⁶⁹.

La ley consagra la obligación de hacer anualmente concursos de ingreso, pases y ascensos¹⁷⁰.

2.2.2. Carrera de investigador científico y tecnológico. Decreto-ley 9688/1981

En este régimen son válidas las mismas observaciones hechas respecto de la carrera médico hospitalaria en cuanto a la dimensión que se asigna al derecho a la carrera en el régimen laboral de los investigadores científicos y tecnológicos.

En el decreto-ley 9688/1981 se ha regulado minuciosamente el sistema de selección de los investigadores.

Si bien quien los nombra finalmente es el Poder Ejecutivo, en el proceso de selección se ha procurado la participación de la comunidad científica mediante la integración de representantes en la Comisión de Investigaciones Científicas¹⁷¹ —organismo encargado de conducir los proyectos de investigación científica y tecnológica del Estado provincial—, la Comisión Asesora Honoraria¹⁷² y la Junta de Calificaciones¹⁷³.

¹⁶⁷ Art. 17 (texto según ley 10.528), ley 10.471: "Las únicas funciones con estabilidad serán las detalladas en los ítems 1 a 6 del art. 8°. Serán cubiertas por concurso y ejercidas por un periodo de cuatro (4) años. Los agentes que cesaren en cualquiera de ellas, retomarán los cargos de planta que revistaren y podrán presentarse nuevamente a concurso para ésta u otras funciones".

¹⁶⁸ Art. 23 (texto según ley 10.528), ley 10.471: "Para los concursos del personal escalafonado se tendrán en cuenta los siguientes conceptos: antigüedad, antecedentes, examen de oposición y consenso. Se otorgará hasta treinta (30) puntos para cada uno de los tres (3) primeros conceptos y hasta (10) puntos al consenso. La Reglamentación determinará el procedimiento de los distintos concursos".

¹⁶⁹ KLIMOVSKY, Gregorio, *Las desventuras del conocimiento científico*, 4ª ed., a-Z Editora, Buenos Aires, 1999, p. 223, este autor señala cómo juega el consenso en la elaboración del conocimiento científico desde Karl Popper en la base empírica mínima hasta Thomas Kuhn en su justificación.

¹⁷⁰ Art. 24, ley 10.471: "El Ministerio de Salud deberá llamar obligatoriamente a tres (3) concursos por año: uno (1) de ingreso y uno (1) de funciones. El concurso de pases se cumplirá en el primer cuatrimestre del año, el de ingreso en el segundo cuatrimestre y el de funciones en el tercer cuatrimestre".

¹⁷¹ Art. 7°, decreto-ley 7385/1968: "Los miembros del directorio deberán ser ciudadanos argentinos nativos, o naturalizados con más de cuatro años en el ejercicio de la ciudadanía. El presidente permanecerá cuatro (4) años en su cargo pudiendo ser reelegido. Los directores representarán, cada uno de ellos, respectivamente, a las siguientes orientaciones: ciencias físico-químico-matemáticas, ciencias biológicas, ciencias naturales no biológicas y tecnología, y deberán tener reconocida versación en su especialidad. Durarán en sus funciones cuatro años; se renovarán por mitades cada dos años y podrán ser reelectos".

¹⁷² Art. 22, decreto 4686/1968 (reglamentario del decreto-ley 7385/1968): "Las comisiones honorarias que constituya el Directorio de acuerdo al art. 15, ley 7385, podrán estar integradas por directores, miembros del Grupo Asesor, personal científico de la Comisión y por otras personas de reconocido prestigio que, aun cuando no vinculadas a la Comisión, acepten formar parte de dichas comisiones honorarias. En este último caso se requerirá aprobación previa del Poder Ejecutivo".

¹⁷³ Art. 8°, decreto-ley 9688/1981: "La Junta de Calificaciones estará integrada como mínimo por cinco (5) miembros, elegidos por el Directorio entre la comunidad científica, quienes deberán reunir los

En el proceso de selección, la Comisión Asesora Honoraria —integrada por calificados académicos correspondientes a la especialidad del investigador propuesto— realiza un informe técnico que entrega a la Junta de Calificaciones¹⁷⁴, la que, a su vez, propone quién debe ser elegido a la Comisión de Investigaciones Científicas. Esta Comisión eleva finalmente dicha propuesta al Poder Ejecutivo para su nombramiento¹⁷⁵.

La selección no responde a un sistema concursal sino que en cada caso se evalúan los antecedentes y propuestas de quien se postula como investigador¹⁷⁶.

El postulante, de acuerdo con el nivel en el que pretende ingresar, deberá acreditar un número creciente de requisitos, en los que son de fundamental importancia la originalidad y creatividad, de acuerdo con el cargo de trayectoria y capacidad docente¹⁷⁷.

requisitos que se establecen para las categorías I y II del Escalafón.

Los miembros del Directorio de la Comisión de Investigaciones Científicas, así como los de Comisiones Asesoras Honorarias, no podrán formar parte de esta Junta”.

¹⁷⁴ Art. 7º, decreto-ley 9688/1981: “Los interesados en ingresar al régimen de la presente ley, deberán presentar solicitud de acuerdo con lo determinado por la Reglamentación.

”Dicha solicitud, juntamente con la documentación aportada por el aspirante, será considerada por la Comisión Asesora Honoraria de la correspondiente disciplina científica, la que se expedirá, en cada caso, acerca de la aptitud del postulante para su ingreso, elevando informe técnico a la Junta de Calificaciones.

”La Comisión Asesora Honoraria a que se refiere el presente artículo será la correspondiente a cada orientación científica, de acuerdo con las establecidas en el art. 7º, ley 7385. Su integración se efectuará de acuerdo con el art. 22 del decreto reglamentario 4686/1968”.

¹⁷⁵ Art. 10, decreto-ley 9688/1981: “El Directorio analizará las solicitudes de ingreso presentadas, así como los informes y dictámenes producidos y en caso de considerar que puede producirse el ingreso, propondrá al Poder Ejecutivo la designación respectiva, como asimismo la categoría en la que debería registrarse al Investigador, según las establecidas en el art. 2º de la presente ley”.

¹⁷⁶ Art. 7º, punto II, anexo I, decreto 37/1983: “El informe técnico a que se refiere el art. 7º de la ley, deberá contemplar los siguientes aspectos:

”1) Evaluación de la trayectoria del candidato:

”- Calidad y cantidad de su producción científica.

”- Informes confidenciales sobre el candidato.

”- Formación de investigadores.

”- Tarea docente.

”- Desarrollos tecnológicos.

”- Labor de asesoramiento.

”- Colaboración en organizaciones de promoción científica.

”- Dirección científica o tecnológica.

”2) Temática científica propuesta:

”- Proyección en el aporte científico o tecnológico.

”- Proyección en la formación de investigadores.

”- Posible impacto en el desarrollo técnico-científico local, provincial y nacional”.

¹⁷⁷ Art. 5º, anexo I, decreto 37/1983: “Los requisitos correspondientes a cada una de las categorías son los siguientes:

”I. Investigador superior: haber realizado una extensa y reconocida labor original de investigación científica o de desarrollo tecnológico, de alta jerarquía que lo sitúe entre el núcleo de los especialistas reconocidos en el ámbito internacional, así como haberse destacado en la formación de discípulos y/o la dirección de centros de investigación.

”II. Investigador principal: haber realizado una amplia labor científica o de desarrollo tecnológico de originalidad y alta jerarquía reconocida, revelada por la influencia de sus trabajos en el adelanto de

2.2.3. *Estatuto del docente. Ley 10.579*

El concurso de antecedentes es la regla en el régimen docente, que establece para el ingreso en el nivel terciario el mecanismo de oposición y antecedentes¹⁷⁸.

Los pasos procedimentales en uno y otro caso se encuentran minuciosamente regulados en el decreto reglamentario 2485/1992¹⁷⁹ y sus modificatorios, excediendo los alcances de este análisis describirlos. Sólo diremos que la cobertura de vacantes se realiza a través de actos públicos de periodicidad anual. Previamente, el Tribunal de Clasificación debe elaborar un listado con un orden de méritos. Los postulantes que hayan sido calificados deben concurrir al acto y elegir destino, en caso de no hacerlo sólo podrán acceder a aquellos cargos que hayan quedado vacantes.

En el punto B.1 del art. 59 del anexo I del decreto 2485/1992 (y sus modificatorios) reglamentario de la ley 10.579 se precisa el procedimiento concursal de oposición y antecedentes para la cobertura de cargos docentes de nivel terciario.

2.3. *Idoneidad técnica en la ley 10.430 —acreditación de estudios—. Necesidad de instrucción básica*

El art. 2º, inc. d), exige título secundario para acceder a un cargo perteneciente a la planta administrativa; en cambio, para el resto del personal remite a los requisitos inherentes al puesto a cubrir.

su especialidad en el campo de la ciencia o de la técnica, así como poseer capacidad para la formación de discípulos y para la dirección de grupos de investigación.

”III. Investigador independiente: haber realizado trabajos originales de importancia en investigación científica o tecnológica. Asimismo, estar en condiciones de elegir los temas, planear y efectuar las investigaciones en forma independiente.

”IV. Investigador adjunto: haber alcanzado la capacidad de planear y ejecutar una investigación o desarrollo, así como de colaborar eficientemente en equipos de investigación.

”V. Investigador asistente: haber realizado una labor personal de investigación científica, o algún desarrollo o labor tecnológica creativos, demostrando aptitudes para ejecutarlas bajo guía o supervisión, así como poseer la preparación científica y/o técnica necesaria para desarrollar un tema por sí mismo”.

¹⁷⁸ Art. 59 (texto según ley 10.614), ley 10.579: “El ingreso en la docencia en los distintos incisos escalafonarios se realizará:

”a) En cargos de base, por concurso de títulos y antecedentes.

”Exceptúase la cobertura del cargo de Directores de tercera categoría cuando se compruebe falta de interés en el personal en ejercicio.

”b) En horas-cátedra:

”1) Por concurso de títulos, antecedentes y oposición en el nivel terciario. La reglamentación determinará los requisitos de este concurso.

”2) Por concurso de títulos y antecedentes en los restantes niveles.

”3) Por área de incumbencia de título.

”4) Con no menos de doce (12) ni más de dieciocho (18) horas semanales, salvo que las horas-cátedra vacantes en el distrito no permitan ingresar con el mínimo establecido”.

¹⁷⁹ Cap. XII: “Del ingreso”, arts. 57 a 68, ley 10.579, arts. 57, 59, 60, 63 a 68 del decreto reglamentario 2485/1992 (modificado por el decreto 441/1995 y complementado por resoluciones ministeriales).

De acuerdo con la clasificación de agrupamientos, parece que no corresponde exigir educación secundaria a quienes se postulen para acceder al agrupamiento obrero y de servicios. Dentro del agrupamiento técnico se distingue a quienes posean título secundario o técnico de quienes tengan base teórico-práctica y secunden a los primeros (art. 147¹⁸⁰).

El agrupamiento profesional exige título universitario.

Obviamente en los casos en que no es necesario acreditar educación secundaria, sí es necesario poseer educación primaria completa para todas las categorías.

Como parámetro para considerar exigibles estudios primarios, podemos citar el caso de la incorporación de menores de 14 a 17 años prevista en el art. 167¹⁸¹: la reglamentación prevé como requisito la acreditación de estudios primarios completos¹⁸².

La necesidad de contar con niveles de instrucción básica en los cuadros de la Administración Pública debe corresponderse con las políticas educativas destinadas a lograr un determinado grado de educación de los habitantes de la provincia de Buenos Aires; dicho parámetro debe actuar como piso de idoneidad técnica para quienes se postulen a integrar los cuadros organizacionales estatales.

A través del decreto 3181/2005, el Poder Ejecutivo aprobó un programa para cursada y finalización de estudios primarios y secundarios (en el decreto, y conforme a la entonces Ley de Educación 11.612, niveles de educación general básica y polimodal) para empleados de la Administración Pública provincial.

Este tipo de programas permitirá mejorar los niveles de instrucción de una parte importante del personal estatal que sólo cuenta con estudios primarios y un pequeño porcentaje que ni siquiera contaría con éstos¹⁸³.

¹⁸⁰ Art. 147, ley 10.430: "Agrupamiento Personal Técnico. El agrupamiento del personal técnico comprende a los agentes con título, diploma o certificado de carácter técnico de enseñanza secundaria o técnica y al personal con base teórico-práctica y competencia necesaria para secundar a aquellos en la obtención de un resultado que compete al área o sector".

¹⁸¹ Art. 167, ley 10.430: "Los menores entre catorce (14) y diecisiete (17) años de edad podrán ser admitidos en la Administración, en calidad de participantes administrativos, aprendices de oficio, mensajeros o cadetes de servicios en las condiciones que la reglamentación disponga, con afectación de vacantes del plantel básico.

"El menor que al cumplir dieciocho (18) años de edad se haya desempeñado en forma ininterrumpida durante un periodo no inferior a un (1) año pasará a revistar automáticamente como personal permanente, en el grado inferior a la clase inicial del respectivo escalafón siempre y cuando reúna las demás condiciones de ingreso, de manera automática.

"Los menores podrán ser designados también como personal transitorio con los derechos y obligaciones de este personal".

¹⁸² Art. 167, decreto 4161/1996: "...V. Para ser admitido en la Administración Pública el menor deberá acreditar los siguientes requisitos... inc. c) Acreditar instrucción primaria completa...".

¹⁸³ Documento 6: "6.1. Diagnóstico sobre la relación de empleo público en la provincia de Buenos Aires", La Plata, septiembre de 2005, www.ipap.sg.gba.gov.ar. En este trabajo se indican los siguientes porcentajes en niveles de instrucción (haciendo la salvedad de que no se contó con datos de la Dirección General de Cultura y Educación): sin instrucción 1%, nivel primario 40%, nivel secundario 32%, nivel terciario 7%, nivel universitario 20%.

Debemos señalar que la nueva ley 13.688 produjo un corrimiento y extensión del período de educación obligatoria, ya que por el art. 4º, inc. b)¹⁸⁴, ley 11.612, éste era de nueve años a partir de los 6 años y, actualmente, de acuerdo con el art. 20¹⁸⁵, ley 13.688, parte de los 4 años hasta completar la educación secundaria.

A diferencia de la ley 10.430, el art. 3º, inc. e), ley 11.757 —Estatuto del empleado municipal— resulta un poco más preciso en cuanto al piso exigible, ya que, para los agrupamientos que requieren menor capacitación, tales como maestranza y mantenimiento, exige nivel primario, dejando librado a la reglamentación el nivel educativo de los agrupamientos técnico y administrativo.

2.4. Mecanismo de selección previsto en la ley 10.430.

Necesidad de ingreso en la categoría inferior

— Art. 4º, ley 10.430:

El ingreso se hará siempre por nivel inferior o cargo de menor jerarquía, correspondiente a la función o tarea, debiendo cumplir los requisitos que para el desempeño del mismo se establezcan legal y reglamentariamente.

La selección se realizará por la autoridad competente de la Administración Pública —que la reglamentación determine— a través del sistema de concurso y oposición que garantice la igualdad de oportunidades y la transparencia del proceso selectivo para quienes deseen acceder a los cargos públicos.

— Art. 4º, decreto 4161/1996, reglamentario de la ley 10.430:

I. Para el ingreso se deben reunir los requisitos establecidos en el nomenclador de cargos aprobado por decreto 6916/1988 y cumplimentar las exigencias particulares que en su caso se determinen.

II. El ingreso podrá efectuarse en clase que no sea la inicial del agrupamiento respectivo en los casos en que el cargo a cubrir haya sido clasificado en el nomenclador de cargos en clase superior a la misma.

III. La selección se realizará por el titular del plantel básico donde se hallare la vacante a cubrir o por quien éste delegue en forma expresa, y el titular del organismo sectorial de personal u oficina que haga sus veces. Tratándose de servicios geográficamente descentralizados, también intervendrá el jefe de la unidad funcional correspondiente.

¹⁸⁴ Art. 4º, inc. b), ley 11.612: “Educación General Básica: nivel obligatorio de nueve (9) años de duración, a partir de los seis (6) años de edad, entendida como una unidad pedagógica, y organizada en 3 ciclos.

”El Sistema Educativo preverá regímenes específicos para el cumplimiento de la Educación General Básica que atiendan a la población con necesidades especiales y a los adultos que no hayan completado la misma”.

¹⁸⁵ Art. 20, ley 13.688: “La educación es obligatoria en todo el territorio provincial desde la edad de cuatro (4) años del Nivel de Educación Inicial, todo el Nivel de Educación Primaria y hasta la finalización del Nivel de Educación Secundario inclusive. La Provincia garantiza el cumplimiento de la obligatoriedad escolar a través de instancias y condiciones institucionales, materiales, pedagógicas y de promoción de derechos, en todos los ámbitos definidos en el art. 21 de esta ley, mediante acciones que aseguren educación de igual calidad y en todas las situaciones sociales”.

2.4.1. Acreditación de la idoneidad a través del mecanismo concursal

De acuerdo con el mecanismo previsto en la ley y su decreto reglamentario, la selección debe hacerse por el titular del plantel básico donde se produce la vacante y el representante del organismo sectorial de personal, función que cumple el delegado de la dirección de personal de la provincia de Buenos Aires en el organismo.

El mecanismo previsto por el art. 4º, ley 10.430, es el de concurso y oposición, en el que debe garantizarse igualdad de oportunidades y transparencia del proceso selectivo.

Este artículo prevé, como principio absoluto, que todo ingreso se debe producir por el nivel inferior o cargo de menor jerarquía del agrupamiento en el que corresponda el ingreso. Luego, el punto II del decreto reglamentario flexibiliza dicho principio, permitiendo el ingreso por una clase que no sea la inicial cuando el cargo a cubrir se haya clasificado en una clase superior a ésta.

El escalafón se divide en agrupamientos por tipo de incumbencias o por el desempeño de funciones jerárquicas; cada uno de ellos, a su vez, se divide en clases, y cada una de éstas en grados, de acuerdo con el nivel de complejidad de las tareas.

Cada estructura orgánico-funcional se plasma a través de un organigrama en el que los distintos cargos funcionales deben tener su correlato en el escalafón.

La ley 10.430 y su decreto reglamentario no especifican el tipo de concursos que puede realizar la autoridad de aplicación para la selección de sus agentes, a diferencia del art. 4º¹⁸⁶, ley 11.757, en la que se prevé la posibilidad de llamar tanto a concursos abiertos como generales, sin que se haga referencia a los de tipo cerrado¹⁸⁷.

¹⁸⁶ Art. 4º, ley 11.757: "El ingreso a la función pública municipal se hará por la categoría correspondiente al grado inferior de la clase inicial de cada agrupamiento, mediante concurso o procedimiento especial de selección, debiendo acreditarse el cumplimiento de los requisitos que para el desempeño del mismo se establezca legal y reglamentariamente.

"Se podrá ingresar por otras clases, cuando el ingresante acredite capacidad potencial o capacitación suficiente para la cobertura de la misma, o en el caso de personal sujeto a regímenes de jerarquización especial que aquél establezca.

"Los concursos para la cobertura de vacantes podrán ser:

"a) Generales: podrán participar todos los agentes de la Administración Pública Municipal, de planta permanente. Asimismo podrán participar los agentes pertenecientes a plantas no permanentes de personal contratado y transitorio que revisten en la jurisdicción en la que deba cubrirse la vacante y reúnan las condiciones exigidas.

"b) Abiertos: podrán participar todos los postulantes procedentes de ámbitos público y privado que acrediten las condiciones exigidas.

"La regulación de los concursos se efectuará por decreto del Departamento Ejecutivo".

¹⁸⁷ En los abiertos podrá participar cualquier persona que cumpla los requisitos para el llamado; en los generales, los agentes del sujeto público convocante; en los cerrados, sólo los del área en donde haya que cubrir la vacante.

GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen del empleo público...*, cit., comentario del art. 26, p. 274: Al comentar el Sistema Nacional de la Profesión Administrativa se expone: "Los tipos de concursos son: 1) abiertos: de los que puede participar el público en general (sector público o privado) y se utilizan para cubrir cargos con funciones ejecutivas y de los niveles A, B, C, por cuanto la convocatoria exigirá al menos título terciario, 2) generales: en los que se pueden postular integrantes del sector público nacional, provincial y municipal y se utilizan para cubrir vacantes de los niveles A al E, y 3) internos: que son los que se realizan en el interior de un organismo determinado a los efectos de permitir promover en la carrera a los agentes en niveles inferiores".

El ingreso por concurso no es la regla en la práctica¹⁸⁸, más aún teniendo en cuenta el congelamiento de vacantes desde hace muchísimos años¹⁸⁹, ya que, a partir del decreto 2658/2000 se suspendió la designación de personal titular o transitorio¹⁹⁰, salvo para los secretarios administrativos y técnicos de los consejos escolares, el personal docente y auxiliar de la docencia (porteros, cocineros y auxiliares de cocina), policial, servicio penitenciario, exclusivamente para personal de guardia, personal profesional y no profesional del servicio hospitalario del Ministerio de Salud y el personal de la Subsecretaría de Minoridad que deban prestar servicios en institutos asistenciales o penales de menores. Todas excepciones consagradas por el art. 2º¹⁹¹ del decreto a que hicimos referencia, conforme su modificación por el decreto 3577/2005. A su vez, por decreto 1931/2003¹⁹² se exceptuaron las designaciones de vacantes interinas en cargos jerárquicos en los distritos y gerencias de la entonces Dirección Provincial de Rentas (en la actualidad, ARBA), luego modificado por el decreto 1479/2006¹⁹³, a través del cual se readecúa la excepción a la nueva estructu-

¹⁸⁸ Según el trabajo realizado por el IPAP, Documento 6.1., "Diagnóstico sobre la relación...", cit.; en la Administración Pública de la provincia de Buenos Aires no se cumple con el concurso previsto en el art. 4º, ley 10.430.

¹⁸⁹ Decretos 2658/2000, 1842/2001, 1581/2002, 1134/2003, 1473/2004, 3477/2005, 3485/2006 y 357/2007.

¹⁹⁰ Art. 1º, decreto 2658/2000: "Suspéndese por el plazo de un año a partir de la fecha del presente, las designaciones de personal en las plantas permanente y temporaria de todas las jurisdicciones y organismos de la Administración Pública central y descentralizada, cualquiera sea el régimen estatutario y el agrupamiento ocupacional, congelándose todas las vacantes existentes o que se produzcan en igual lapso. Los contratos de locación de servicios y las plantas de personal transitorio que caduquen el 31/12/2000, podrán ser renovados a partir del 1/1/2001.

"Los cargos vacantes serán puestos de inmediato a disposición del Poder Ejecutivo, en los términos de los dispuesto en el art. 1º del decreto 4319/1994.

"Los trámites de designaciones en curso serán devueltos a las jurisdicciones de origen, las que se abstendrán de promover nombramientos durante el período de suspensión dispuesto en el párrafo precedente, incluidas las encuadradas en el decreto 4319/1994".

¹⁹¹ Art. 2º, decreto 2658/2000 (texto según decreto 3477/2005): "Se exceptúa de lo dispuesto en el art. 1º a los secretarios administrativos y técnicos de los Consejos Escolares y al personal docente y auxiliar de la docencia (porteros, cocineros y auxiliares de cocina) de la Dirección General de Cultura y Educación; los cargos de las Policías de la Provincia de Buenos Aires para atender exclusivamente designaciones de personal en el Grado de Oficial de Policía; los cargos del Servicio Penitenciario para atender exclusivamente designaciones de personal en el Grado de Guardia que deba prestar servicios en Unidades Penitenciarias, Alcaldías y Módulos; el personal profesional y no profesional del servicio hospitalario del Ministerio de Salud y el personal de la Subsecretaría de Minoridad que deba prestar servicios en los institutos asistenciales o penales de su dependencia, que alojen a menores tutelados por la Provincia de Buenos Aires.

¹⁹² Autorízase al Director General de Cultura y Educación a la reestructuración de los cargos de su Planta Permanente y/o de Gabinete correspondiente a los cargos de Director y/o superiores, pudiendo cesar, reemplazar y designar a los funcionarios que ocupen o vayan a ocupar dichos cargos".

¹⁹³ Art. 1º, decreto 1931/2003: "Exceptúase al Señor Ministro Secretario en el Departamento de Economía, en el ámbito de las Gerencias y Distritos dependientes de la Dirección Provincial de Rentas, de los alcances del decreto 2658/2000 y sus ampliatorios, restableciéndosele las facultades delegadas mencionadas en el art. 1º, inc. 16 del decreto Acuerdo 574/2001".

¹⁹⁴ Art. 1º, decreto 1479/2006: "Sustitúyase el texto del art. 1º del decreto 1931/2003 el que quedará redactado de la siguiente manera: Art. 1º. Exceptúase al señor Ministro Secretario en el Departamento de Economía, de los alcances del decreto 2658/2000, sus modificatorios y ampliatorios, a los efectos de la asignación y limitación de las responsabilidades inherentes al cargo de Gerente Regional de Gestión Territorial y de las tareas propias de los cargos de Jefe de Departamento de Gestión

ra del organismo, por lo que se permite la designación interina de cargos jerárquicos de gerente regional de Gestión Territorial y de las tareas propias de los cargos de jefe de Departamento de Gestión Territorial, jefe de Departamento de Fiscalización y responsable de distrito y, a su vez, se extiende la delegación para ello tanto al ministro de Economía como al subsecretario de Ingresos Públicos¹⁹⁴. El congelamiento fue prorrogado anualmente por decretos 1842/2001, 1581/2002, 1134/2003, 1473/2004, 3477/2005 y 3485/2006, hasta el 31 de diciembre de 2006.

Recientemente, por ley 13.714, producto del consenso nacido de la negociación paritaria habilitada por ley 13.453, cuyo objetivo final es el CCT entre la Administración Pública provincial y sus trabajadores, se ha dispuesto cubrir, durante el año 2007, todas las vacantes para cargos no jerárquicos a través de mecanismos de selección que determine la reglamentación¹⁹⁵, suspendiendo por dicho lapso el régimen de la ley 10.430¹⁹⁶; sin embargo, esta habilitación no es para regular el mecanismo de ingreso a la Administración, sino la cobertura de ascensos para quienes ya integran la organización.

El art. 2º¹⁹⁷ establece que el procedimiento concursal debe ser de carácter general, ya que podrán postularse todos los agentes que reúnan los requisitos que disponga la reglamentación sin limitación de agrupamiento, clase o categoría de revista. Luego, el decreto reglamentario 3312/2007 precisa las características del procedimiento de selección y, por su art. 2º, habilita a concursar sólo a los agentes que

Territorial, Jefe de Departamento de Fiscalización y Responsable de Distrito, restableciéndosele las facultades delegadas mencionadas en el art. 1º, inc. 16) del decreto Acuerdo 574/2001”.

Art. 2º, decreto 1479/2006: “Delégase en el señor Subsecretario de Ingresos Públicos del Ministerio de Economía la facultad prevista en el art. 1º, inc. 16) del decreto Acuerdo 574/2001, para las designaciones en los cargos a que se refiere el art. 1º de este acto, conferidas al señor Ministro de Economía, exceptuándolas de las restricciones impuestas por el decreto 2658/2000, sus modificatorios y ampliatorios. Estas facultades podrán ser ejercidas indistintamente por ambos funcionarios”.

¹⁹⁴ Art. 2º, decreto 1479/2006: “Delégase en el señor Subsecretario de Ingresos Públicos del Ministerio de Economía la facultad prevista en el art. 1º, inc. 16) del decreto Acuerdo 574/2001, para las designaciones en los cargos a que se refiere el art. 1º de este acto, conferidas al señor Ministro de Economía, exceptuándolas de las restricciones impuestas por el decreto 2658/2000, sus modificatorios y ampliatorios. Estas facultades podrán ser ejercidas indistintamente por ambos funcionarios”.

¹⁹⁵ Art. 3º, ley 13.714: “La presente ley será reglamentada por el Poder Ejecutivo, dentro del plazo de treinta (30) días a partir de su publicación”. La ley 13.714 (promulgada el 8/8/2007 y publicada el 21/8/2007) recién fue reglamentada por decreto 3312/2007 del 16/11/2007, publicado el 3/12/2007.

¹⁹⁶ Art. 1º, ley 13.714: “Suspéndanse a partir del 1 de enero de 2007 y por el término de un (1) año, las normas contenidas en la ley 10.430 (t.o. por decreto 1869/1996), que se opongan a la presente y al solo efecto de la cobertura de cargos vacantes”.

¹⁹⁷ Art. 2º, ley 13.714: “Establécese que las vacantes que se produzcan en el término referido, cualquiera fuere su causa, en cargos de los diversos agrupamientos de personal de la ley citada, con excepción del jerárquico, podrán cubrirse con carácter de titular, mediante el procedimiento de selección que se establezca por vía reglamentaria.

”A esos fines, podrán postularse los agentes que reúnan los requisitos exigidos para la cobertura del cargo, con independencia del agrupamiento, clase y categoría en que revisten”.

integran la planta permanente¹⁹⁸. Asimismo, por su art. 5°¹⁹⁹ regula los alcances de los procesos de selección, los que en principio tendrán carácter interno respecto de la jurisdicción con prioridad a los postulantes que formen parte de la unidad orgánica donde surgió la vacante. En caso de no existir vacante alguna, el llamado se debe ampliar a las otras unidades orgánicas dependientes del nivel jerárquico inmediato superior dentro de la misma jurisdicción y, en caso de no contar con postulantes dentro de la jurisdicción, la convocatoria puede ampliarse a otras jurisdicciones de la Administración Pública provincial.

3. Idoneidad moral

Las normas éticas²⁰⁰ se dividen en dos especies²⁰¹: la moral y el derecho. Ambas disciplinas se refieren a la actividad humana, a las acciones de los hombres, a su obrar, conducta o comportamiento. El derecho reside en la interferencia intersubjetiva de la conducta y la moral, en la interferencia subjetiva de la conducta²⁰².

También, cuando se hace referencia a la ética²⁰³, se la relaciona con la observancia de normas morales²⁰⁴.

¹⁹⁸ Art. 2°, decreto 3312/2007: "Podrán participar todos los agentes de planta permanente independientemente del agrupamiento y del nivel escalafonario alcanzado. Cuando sean de distinto agrupamiento al del cargo a concursar deberán acreditar los requisitos establecidos por la ley 10.430 para el agrupamiento y especialidad de que se trate".

¹⁹⁹ Art. 5°, decreto 3312/2007: "Los procesos de selección tendrán carácter interno respecto de la jurisdicción, dándose prioridad a los postulantes de la dotación de la unidad orgánica donde se produjo la vacante. En caso de no haber postulantes conforme a lo prescripto en el párrafo anterior, el llamado se ampliará en forma progresiva a las unidades orgánicas dependientes del nivel jerárquico inmediato superior, dentro de la misma jurisdicción.

"En el caso de no contar con postulantes dentro de la jurisdicción, se podrá realizar una convocatoria abierta a otras jurisdicciones de la Administración Pública Provincial".

²⁰⁰ AFTALIÓN, Enrique R. - VILANOVA, JOSÉ - RAFFO, Julio, *Introducción al derecho*, 3ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, p. 378. "La técnica y la ética son conceptualizaciones de la conducta y, en ambas la libertad está supuesta. El *fin enfocado hacia atrás está tomado con relación al hacer mismo, o sea en relación con su propia realización* (empleamos la palabra realización en el sentido riguroso de que algo entra en la realidad o se hace real). En cambio, *el fin considerado hacia delante, está tomado en su relación, con su propia posición y con la posición del próximo y subsiguiente fin*. El primer punto de vista nos dice *cómo* se ejecuta un fin, mientras que el segundo punto de vista nos dice *para qué* se ejecuta un fin. Y fácilmente se advierte ahora que lo uno es el dominio de la *técnica* y lo otro el dominio de la *ética*".

²⁰¹ AFTALIÓN, Enrique R. - VILANOVA, JOSÉ - RAFFO, Julio, *Introducción al derecho*, cit., p. 382. Los autores observan: "En el empleo de estas palabras nos atenemos al uso común o, por lo menos, frecuente, que atribuye a la palabra moral un sentido más restringido que *ética*, a pesar de que, según sus respectivas raíces etimológicas (la voz latina *mos* y la griega *ethos*, que aluden ambas a la costumbre, a la valoración comunitaria), los dos términos debieran ser equivalentes. Para la terminología que adoptamos, el género *ética* (filosofía práctica o disciplina normativa del obrar en general) comprende dos especies: *moral* (*ética subjetiva*) y *Derecho* (*ética intersubjetiva*)".

²⁰² AFTALIÓN, Enrique R. - VILANOVA, JOSÉ - RAFFO, Julio, *Introducción al derecho*, cit., p. 383.

²⁰³ "Puede definirse a la ética como la parte de la filosofía que trata de la moral y de las obligaciones del hombre; o el conjunto de normas morales que rigen la conducta humana en orden al bien, en miras a su perfección". JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "Ética y función pública", LL del 12/7/2005, p. 1.

²⁰⁴ AFTALIÓN, Enrique R. - VILANOVA, JOSÉ - RAFFO, Julio, *Introducción...*, cit., p. 382, nota 8.

Cuando se alude a la moral o a la ética, como forma de ponderar la idoneidad de una persona, se suele hacer referencia a su comportamiento, conducta o trayectoria valorada positivamente²⁰⁵, como puede ser el actuar en forma honesta.

La exigencia de idoneidad moral supone ponderar su comportamiento, pero esta evaluación puede ser negativa o positiva. En el primer caso, analizando su comportamiento socialmente reprochable; en el segundo, su actuar virtuoso²⁰⁶.

Un ejemplo de un valor propio del actuar administrativo es el de transparencia, con su correspondiente disvalor²⁰⁷: la corrupción, que trataremos oportunamente dentro del desarrollo de la idoneidad institucional.

La apreciación axiológica de una conducta a veces puede coincidir directamente con el antecedente de una norma jurídica²⁰⁸ (v.gr. cuando actos u omisiones reprochables constituyen delitos, contravenciones o sanciones disciplinarias); otras veces, su juridización puede realizarse de manera indirecta mediante la evaluación del recto desempeño de una persona, fundamentalmente valorando en forma positiva su comportamiento comunitario, ya sea por su solidaridad, trayectoria, actos de mérito, participaciones destacadas, acciones altruistas, reconocimientos sociales, etcétera.

En todos estos casos podemos observar cómo la idoneidad moral se refleja a través de una nota de alteridad²⁰⁹, es así que se ha dicho que cuando ésta involucra conductas sociales, estamos frente a una ética o moral públicas²¹⁰.

Este aspecto de la moralidad, como se expresara, no obsta a que el mismo comportamiento pueda ser conceptualizado desde la moral o desde el derecho, aun cuando en la mayoría de los casos se trate, para este último, de comportamientos legítimos, que para la moral implican una preferencia valorativa²¹¹ ponderada comunitariamente.

²⁰⁵ Uno de los sentidos que se le puede dar al bien es el moral (ver FERRATER MORA, José, "Definiciones", en www.ferratermora.org).

²⁰⁶ AFTALIÓN, Enrique R. - VILANOVA, José - RAFFO, Julio, *Introducción al derecho*, cit., p. 315: "El valor positivo es un ideal vigente, dado en un lugar y tiempo determinados, que permite comprender por su referencia al mismo, el sentido de la conducta en cuestión".

²⁰⁷ AFTALIÓN, Enrique R. - VILANOVA, José - RAFFO, Julio, *Introducción al derecho*, cit., p. 692. Los valores se dan siempre en una gradación bipolar entre un polo positivo y negativo.

²⁰⁸ AFTALIÓN, Enrique R. - VILANOVA, José - RAFFO, Julio, *Introducción al derecho*, cit., p. 393: "La moral considera los actos humanos en relación con otros que pudo realizar el mismo sujeto; el Derecho pone en relación los de un sujeto con los de otros. Toda acción humana admite al mismo tiempo uno y otro enfoque, ninguna de las dos tiene mayor amplitud que la otra".

²⁰⁹ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen de empleo público...*, cit., comentario del art. 4º por el Dr. Marcelo León Ugarte, p. 98. En esta obra, al hacer mención al texto del art. 7º, ley 22.140, en cuanto exigía la acreditación de condiciones morales, se entiende que hubiera resultado preferible el de "condiciones éticas" por entender que ello se compadece con la interpretación del art. 19 de la Constitución Nacional, que impide referirlo a la esfera íntima de la persona y supone vincularlo con los atributos éticos de la vida social, exigibles a todo funcionario público.

²¹⁰ JEANNERET DE PÉREZ CORTÉS, María, "Ética...", cit., con cita de Jesús González Pérez, definió: "Conjunto de normas morales que rigen la conducta del hombre en cuanto integrante de un pueblo o ciudad en cuanto ciudadano, sea o no funcionario, y en orden al bien común, bien público o bienestar general".

²¹¹ AFTALIÓN, Enrique R. - VILANOVA, José - RAFFO, Julio, *Introducción al derecho*, cit., p. 701: "El valor en sí es, por lo tanto, la aprehensión cosificada de nuestras posibilidades preferidas".

3.1. *Idoneidad positiva*

Como requisito del ingreso a la función pública, la necesidad de acreditación de comportamientos virtuosos debe ser una exigencia a evaluar que debe acentuarse en la medida que se tengan que cubrir cargos de mayor responsabilidad organizacional.

Las leyes que regulan los estatutos de empleo público no contemplan este tipo de antecedentes; en el sentido expuesto, la ley 10.430 no exige la acreditación de conductas virtuosas como requisito para el ingreso a la Administración Pública.

Sin embargo, la ley 13.447²¹² prevé que debe considerarse como antecedente de valoración obligatoria para los concursos destinados a cubrir vacantes en los tres poderes del Estado provincial²¹³ el voluntariado social; éste se encuentra regulado en la ley nacional 25.855²¹⁴.

Así también el decreto 3312/2007, reglamentario de la ley 13.714, prevé en su art. 15²¹⁵ los tipos de competencia en virtud de los cuales se evaluará a los postulantes a cubrir cargos vacantes, destacando en primer lugar la “ético institucional”, en el que se menciona la ponderación de los valores y comportamientos observables y susceptibles de ponerse en práctica en el puesto de trabajo, pero al ejemplificarlos se expresa que deben estar referidos al respeto de los derechos humanos e instituciones

²¹² Ley 13.447, promulgada el 15/12/2006, publicada el 9/3/2006, BO 25.367.

²¹³ Art. 1º, ley 13.447: “Establécese que la actividad prestada como voluntariado social debidamente acreditada, de conformidad a los términos establecidos en la ley nacional 25.855, constituirá un antecedente de valoración, en los concursos para cubrir vacantes en los tres poderes del Estado Provincial”.

²¹⁴ Art. 3º, ley 25.885: “Son voluntarios sociales las personas físicas que desarrollan, por su libre determinación, de un modo gratuito, altruista y solidario tareas de interés general en dichas organizaciones, sin recibir por ello remuneración, salario, ni contraprestación económica alguna.

”No estarán comprendidas en la presente ley las actuaciones voluntarias aisladas, esporádicas, ejecutadas por razones familiares, de amistad o buena vecindad y aquellas actividades cuya realización no surja de una libre elección o tenga origen en una obligación legal o deber jurídico”.

²¹⁵ Art. 15, decreto 3312/2007: “En los procesos de selección se evaluarán tres tipos de Competencias:

”- Competencias ético institucionales: son valores que se manifiestan en comportamientos observables y susceptibles de ponerse en práctica en cada puesto de trabajo. Están referidos al respeto por los derechos humanos y las instituciones de la democracia, como así también a la búsqueda de la justicia y la promoción de la inclusión social en el diseño y ejecución de las políticas de Estado. El compromiso debe manifestarse, particularmente, en la institución estatal en la que se presta servicios, conociendo el plan de gobierno y/o el plan estratégico o institucional del organismo y reconociendo el rol indelegable del Estado en materia de integración social y promoción del desarrollo. Estas competencias son básicas y comunes a todos los grupos, sin perjuicio de otras específicas del mismo carácter que cada puesto demande.

”- Competencias técnico profesionales: son las competencias específicas y necesarias para el cumplimiento de las acciones correspondientes a un puesto de trabajo determinado. Comprenden: 1) Los conocimientos teóricos, metodológicos y técnicos adquiridos por formación profesional y/o la experiencia. 2) Las habilidades para la utilización de herramientas o instrumentos técnicos propios de una profesión, oficio o especialidad. 3) Las destrezas o entrenamientos físicos e intelectuales que permiten actuar con pericia, arte o ingenio, incluso en situaciones nuevas o no previstas.

”- Competencias actitudinales: son el conjunto de actitudes y estrategias que pone en juego un trabajador/ra para relacionarse con su entorno laboral y social. Incluye entre otras: capacidad para la integración de equipos; predisposición al cambio; proactividad, comunicación y propensión a la resolución constructiva de conflictos; capacidad de liderazgo y coordinación de tareas. En todos los casos dentro de las competencias ético institucionales deberá asignarse puntaje a la antigüedad en la repartición y/o en el sector”.

democráticas, a la búsqueda de la justicia y a la promoción de la inclusión social aunque vinculándolos al diseño y ejecución de las políticas de Estado y a su manifestación en el lugar en que presta servicios.

3.2. *Idoneidad moral negativa*

3.2.1. *Inhabilidades e incompatibilidad para acceder a los cargos públicos*

En general la mención que los autores hacen del requisito de idoneidad moral se encuentra vinculado a su apreciación como condición negativa²¹⁶, exigiendo a los aspirantes a un cargo no tener determinadas tachas o antecedentes, como también presumir que la realización de alguna actividad en particular o encontrarse en cierta posición frente a la Administración puede resultar perjudicial para el desempeño de la función pública.

Debemos distinguir los conceptos de incompatibilidad e inhabilidad²¹⁷.

3.2.1.1. *Incompatibilidad*

Por incompatibilidad para el ejercicio de la función pública entendemos la imposibilidad de desempeñar un cargo cuando se está cumpliendo otra actividad o función, o el postulante tenga determinado vínculo jurídico, que permita presumir razones para limitar su dedicación laboral o infiera un conflicto de intereses²¹⁸. Ejemplo

²¹⁶ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 131, parág. 884; BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 101; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 377.

ESCOLA, Héctor J., *Tratado integral de los contratos administrativos*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 388: Este autor considera que este requisito comprende elementos negativos y positivos; entre los primeros destaca la falta de antecedentes penales, contravencionales y otros de tipo administrativo, y entre los segundos, las condiciones particulares del individuo (vida privada, situación de familia, etc.), que evidencien la permanente sujeción del agente a dichas reglas morales (con cita de Manuel María Díez). Entiende que ésta no es una actitud pasiva (como la falta de antecedentes) sino activa que concibe como predisposición permanente a ceñirse a las reglas de una moral, propia y exigible entre los agentes públicos.

DÍEZ, Manuel M., *Manual de derecho administrativo*, t. II, Plus Ultra, Buenos Aires, 1981, p. 96. Ha expresado: "La Administración tendrá que considerar la conducta del empleado, no solamente en relación con la función que desempeña sino también con referencia a su vida privada".

FIORINI, Bartolomé, *Derecho...*, cit., t. I, p. 795, en cambio, ha destacado a la moralidad como requisito de idoneidad desde su aspecto positivo: "La idoneidad en nuestro país se fundamenta en los valores de la argentinidad, contenido de respeto por la dignidad humana, culto a los elevados valores del ser humano, razón en el juicio, ética en la conducta, lealtad en los procedimientos, entrega generosa a la comunidad, probidad en el ejercicio de la función, cumplimiento de los deberes impuestos y amor a la patria".

²¹⁷ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen de empleo público...*, cit., comentario del art. 4º realizado por Marcelo L. Ugarte, p. 198. En un sentido positivo expresa: "Parece evidente, desde la perspectiva general, que la idoneidad en sentido amplio y en el ámbito que nos ocupa implica decencia, capacidad, profesionalismo, y sobre todo vocación de servicio público, pues no sólo debe circunscribirse al aspecto técnico, sino que se extiende a las condiciones de orden 'moral' y, en algunos casos, hasta a aspectos de orden 'económico'".

BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 143.

²¹⁸ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 143. Ha entendido que "...la incompatibilidad resulta de la oposición de intereses del funcionario o empleado respecto de los intereses de la Administración Pública, que prevalecen siempre, y que son, por eso mismo, los que determinan la exclusión del car-

de ello es la imposibilidad de ejercer dos empleos públicos simultáneamente o ser contratista de la administración pública a la cual se postula²¹⁹.

Las incompatibilidades pueden ser expresas o implícitas²²⁰, en el primer caso surgen del texto expreso de la ley, en el segundo pueden inferirse de ésta por surgir de manera razonablemente implícita o resultar inherentes a la función conforme a la competencia asignada legalmente, de la misma manera que ocurre con los deberes.

Miguel S. Marienhoff²²¹, entendió que cada poder puede regular las incompatibilidades de sus agentes como reglamento autónomo o decreto general, en cambio Marcelo Ugarte²²² exige ley formal para la regulación de las incompatibilidades; Enrique Sayagués Laso²²³ distingue a aquellas que implican una limitación de la esfera individual, las que requerirían ley en sentido formal de las que implicarían una violación de los deberes funcionales que podrían ser establecidas por vía administrativa.

Las incompatibilidades pueden clasificarse en absolutas y relativas²²⁴: las primeras son las que impiden el desarrollo absoluto del cargo con otro cargo o actividad; las relativas son las que no se contraponen al contenido del empleo pero que, de desempeñarse, pueden perjudicar o perturbar el cumplimiento de la función administrativa. Un ejemplo del primero es ser agente del Estado y contratista de éste.

La interpretación de las incompatibilidades ha dado lugar a diferentes posiciones: Miguel S. Marienhoff²²⁵ entendió que las incompatibilidades deben interpretarse extensivamente siempre que la duda sea razonable; Rafael Bielsa²²⁶ señala que si bien el interés público, como principio en que se fundan las incompatibilidades lleva a reglas de interpretación amplia, cuando afectan a la libertad personal deben ser interpretadas restrictivamente. Benjamín Villegas Basavilbaso, también basado en el interés público, concluyó que debe ser extensiva, sin hacer distinciones²²⁷. En cambio, Marcelo Ugarte entiende que en caso de conflicto debe estarse a favor de la

go, función o empleo. Los intereses de la Administración Pública son administrativos, económicos y morales”.

²¹⁹ VILLAFANE, Homero M., “Las incompatibilidades de los agentes públicos con particular referencia a la provincia de Buenos Aires”, en BASTONS, Jorge L. (dir.), *Empleo público*, Platense, La Plata, 2006, p. 585. Distingue: “*Incompatibilidades materiales*: por acumulación de cargos, por desempeñar un cargo público y percibir un beneficio provisional o por superposición horaria, e *incompatibilidades morales*: ante la existencia de intereses encontrados o desarrollo de actividades que, por su naturaleza, no condigan con el ejercicio de la función encomendada”.

²²⁰ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 150; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 257.

²²¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 252.

²²² GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen de empleo público...*, cit., comentario del art. 25 a cargo del Dr. Marcelo Ugarte, p. 250.

²²³ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 5ª ed., puesta al día 1987 por el Dr. Daniel H. Martins, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, p. 320.

²²⁴ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 458; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 258.

²²⁵ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 259.

²²⁶ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 145.

²²⁷ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 459.

compatibilidad, atento a que de acuerdo con la Constitución, la libertad es la regla y las prohibiciones deben interpretarse restrictivamente²²⁸.

La incompatibilidad puede ser originaria o sobreviniente, esto es, si se configura antes del nacimiento del vínculo contractual o mientras el agente está desempeñando el cargo. En el primer caso el impedimento provoca el rechazo del ingreso del postulante o en caso de ser designado, da origen a un acto irregular de nombramiento que debe ser anulado por incumplir lo dispuesto en el art. 3º, inc. e), ley 10.430. Este acto también puede ser saneado si ello está permitido normativamente, o considerar la permanencia como causal de extinción de la relación laboral por cesantía²²⁹. En el segundo caso, de producirse la incompatibilidad en el transcurso de la relación, si la norma otorga un plazo para resolver la situación de incompatibilidad, ésta puede ser superada optando por uno de los dos empleos, vencido éste, la relación podrá declararse extinta por la propia Administración.

En los casos que no esté permitida la opción por no tratarse de un supuesto de superposición de cargos, por ejemplo el haber participado en una contratación de la que participaba un pariente directo, la configuración del supuesto prohibido es pasible de sanción disciplinaria²³⁰, pudiendo llegar a configurar, conforme a su gravedad, o continuidad de la infracción, causales de cesantía o exoneración.

El art. 14, inc. f), ley 10.430, prevé como una de las causales por las cuales el Poder Ejecutivo puede dar por extinguida la relación laboral “el estar comprendido en disposiciones que le creen incompatibilidad e inhabilidad”; este inciso ha sido reglamentado por el decreto 4161/1996²³¹. Allí se prevé un mecanismo para realizar la opción dentro del término de diez días, si no lo hiciera se dispondrá su cese sin sumario. Así también se dispone que no haya sumario en caso de constatar una cau-

²²⁸ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen de empleo público...*, cit., comentario del art. 25 a cargo del Dr. Marcelo L. Ugarte, p. 249.

²²⁹ Sup. Corte Bs. As., sentencia del 14/7/1992 en causa B. 51.960, “Bruzzzone, Héctor Pedro v. Municipalidad de Salto. Demanda contencioso administrativa” (Dr. Rodríguez Villar —SD—). Magistrados votantes: doctores Rodríguez Villar, Mercader, Negri, Laborde, Vivanco. Allí el Máximo Tribunal adhirió a la postura que entiende que corresponde extinguir la relación por cesantía si la causal existía al inicio y se mantiene y no por anulación del acto de designación. Allí se expresó: “En tal sentido, obraron acorde con la doctrina del Tribunal que establece como consecuencia en tales casos la cesantía del agente y no la nulidad de sus designaciones con el efecto retroactivo que esta última actitud comportaría (‘Acuerdos y sentencias’ 1970-II-374; conc. causa B. 47.873, ‘Méndez, Antonio’, sent. 23-VII-80; causa B. 48.782, ‘Sandoval de Sala Espiell’, sent. 4-V-82, registrada en DJBA, t. 123, p. 70)”.

²³⁰ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., p. 803. El autor señala: “No todas las incompatibilidades son idénticas, y las infracciones no pueden ser juzgadas con iguales sanciones. Entre la incompatibilidad proveniente de una norma expresa prohibitiva y la que se produce por situaciones circunstanciales hay grados de evaluación y distintas clases de sanciones”.

²³¹ Art. 14, dec. 4161/1996. “La tramitación del cese del agente se realizará, según se trate, de la siguiente forma:

”...Inc. f):

”I. Verificada una situación de incompatibilidad, de acuerdo a la legislación vigente, se notificará al agente, quién tendrá un plazo de diez (10) días hábiles para formular la opción. No formulándola, se dispondrá su cese sin sumario, en la forma en que la Administración estime corresponda.

”II. Cesará también, sin sumario administrativo cuando se advierta la existencia de alguna causal de inhabilitación.

”III. Si la incompatibilidad o la inhabilidad no fuera oportunamente advertida por falsedad en la declaración jurada prevista en el art. 78 inc. n) de la ley o por cualquier otra forma de ocultamiento, la baja se dispondrá por razones disciplinarias previo sumario administrativo...”.

sal de inhabilitación. En cambio, si la incompatibilidad o inhabilidad fuera ocultada falseando la declaración jurada que, conforme a lo dispuesto por el art. 78, inc. n, ley 10.430, debe realizar al ingreso, será pasible de sanción disciplinaria. Entendemos que no obstante la previsión legal de disponer el cese sin sumario en los casos de inhabilidades e incompatibilidades en los supuestos de los puntos I y II de la reglamentación del inc. f) del art. 14, ley 10.430, el agente debe tener derecho de defensa y serle reconocida la garantía del debido procedimiento administrativo como paso previo a disponer su cesantía.

3.2.1.2. *Inhabilidad*

Habrá inhabilidad (a la que podemos denominar también incapacidad²³²) cuando por ley, por declaración judicial o administrativa a una persona se la inhabilita para el ejercicio de una función por haberse constatado previamente una conducta reprochable. Éste es el caso de quienes han recibido sanciones disciplinarias, contravencionales o penales o quienes hayan concursado o quebrado, cuando en cada caso, previa consagración legal, se haya determinado su inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas o ésta se haya previsto en forma genérica para dichos supuestos por la ley regulatoria de la relación de empleo público que corresponda.

A diferencia de las incompatibilidades, la rehabilitación no depende de la voluntad del postulante; en estos casos, la inhabilidad puede extinguirse por el transcurso del tiempo, por decisión administrativa o judicial.

El art. 3º, ley 10.430, enumera en los incs. a), b), c), d) y f) supuestos específicos de inhabilidad y en el inc. e), una cláusula genérica que reenvía a otros supuestos de incompatibilidad e inhabilidad, pudiendo éstos surgir de la propia ley o de otras normas, inclusive de la Constitución.

3.2.2. *Inhabilidad por sanción expulsiva*

El inc. a) exige para el ingreso a la función pública no haber sido exonerado o cesanteado ante la Administración nacional, provincial o municipal hasta tanto no sea rehabilitado. La norma hace referencia a una consecuencia derivada de la aplicación de sanciones disciplinarias de tipo expulsivo, que en el caso no sólo se limitan a las de la propia organización donde se genera la vacante sino a las que pudieron aplicarse en los distintos niveles del Estado federal. La rehabilitación no se produce automáticamente, sino que debe ser otorgada por la autoridad competente para ello que, en general, será quien haya aplicado la medida expulsiva. Esta cuestión no ha sido aclarada expresamente en la ley 10.430 sino que se remite a la reglamentación,

²³² LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil*, t. I, 19ª ed., LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 351. Este autor ha expresado: "Puede faltar la aptitud para ser titular de determinada relación jurídica, y entonces se padece una incapacidad de derecho". Ha dicho que: "la incapacidad de derecho se sustenta, generalmente, en razones de orden moral. Con su institución que impide que alguien sea titular de un derecho determinado, se espera mantener las relaciones humanas en un nivel moralmente más saludable que si se permitiera lo que está prohibido".

Destacamos que en el caso de la relación de empleo público la incapacidad para desempeñarse como agente del Estado tiene un fundamento eminentemente protectorio del interés público, manifestado en el caso, en el cuidado del correcto ejercicio de la función administrativa.

a diferencia de la ley 11.757, Estatuto del Empleado Municipal de la Provincia de Buenos Aires, que en su art. 5º, inc. a), se lo dispone concretamente.

El art. 3º, inc. a, del decreto 4161/1996 precisa la forma de obtener la rehabilitación para los casos de haber sido sancionados con penas expulsivas. Para los casos de cesantía y exoneración dispuestas bajo el régimen general de la Administración Pública provincial, la solicitud debe presentarse por escrito ante la repartición a la cual pertenecía, quien a su vez debe remitirlo a la delegación de personal de la jurisdicción o, en caso en que la repartición donde se hubiere desempeñado no existiere más, será el agente quien debe presentarse directamente ante la delegación de personal correspondiente a la jurisdicción. Se agregan los antecedentes y se remite a la junta de disciplina, que emite dictamen para que luego decida el Poder Ejecutivo. La norma exige, como requisito temporal, que haya transcurrido como mínimo un año desde que haya quedado firme la sanción de cesantía. La decisión que admite la rehabilitación parece potestativa, ya que en caso de denegación sólo podrá reiterar su pedido transcurridos como mínimo dos años desde la fecha de su anterior presentación.

Para el supuesto de exoneración las condiciones se agravan, ya que se exige un lapso de dos años desde la firmeza de la sanción y, en caso de denegatoria, no podrá reiterar su pedido hasta pasados cinco años desde el anterior pedido.

Se dispone que quien haya sido cesanteado o exonerado por autoridades municipales o nacionales o bajo otro régimen estatutario provincial, debe cumplir, para obtener la rehabilitación, las exigencias de cada uno de los regímenes específicos.

El decreto 574/2001 delega por su art. 1º una serie de atribuciones a los ministros, secretarios de la gobernación, titulares de los organismos de la Constitución, asesor general de gobierno, entre ellas: por su inc. 1º)²³³; la designación de los agentes de planta permanente, con excepción del personal de planta permanente sin estabilidad y del personal de planta temporaria —personal de gabinete— previstos en los arts. 107²³⁴ y 111²³⁵, inc. a, ley 10.430; en el inc. 4º²³⁶ se dispone el cese del personal de planta permanente excluidos el de planta permanente sin estabilidad

²³³ Art. 1º, dec. 574/2001: “Delégase en los señores Ministros Secretarios, Secretarios de la Gobernación, titulares de los Organismos de la Constitución y Asesor General de Gobierno, el ejercicio de las siguientes facultades: ...inc. 1: Designar agentes comprendidos en la ley 10.430 (l.o. 1996), con excepción del personal sin estabilidad de la planta permanente y del personal de planta temporaria —personal de gabinete— previstos, respectivamente, en los arts. 107 y 111, inc. a) de dicho texto legal...”.

²³⁴ Art. 107, ley 10.430: “Se denomina personal sin estabilidad a aquel que siendo designado por el Poder Ejecutivo puede cesar en sus funciones por disposición del mismo sin que medie ninguna de las causales establecidas para el personal con estabilidad y que se desempeña en los cargos de Director General Provincial, Director o sus equivalentes”.

²³⁵ Art. 111, ley 10.430: “El personal de planta temporaria ingresará en las condiciones que establezca la reglamentación, en las siguientes situaciones de revista:

- ”a) personal de gabinete;
- ”b) secretarios privados;
- ”c) contratado;
- ”d) transitorio.

”En todos los casos, la cantidad de cargos y el monto de las partidas presupuestarias asignadas para esta planta, deberán ser utilizados razonablemente y atendiendo a la eficacia al servicio que se ha de prestar”.

²³⁶ Art. 1º, inc. 4º, dec. 574/2001: “Disponer los ceses de personal excluidos los del personal de planta permanente sin estabilidad y los supuestos de pasividad anticipada y retiro voluntario”.

y los supuestos de pasividad anticipada o la inclusión en retiros voluntarios. En su inc. 18²³⁷, la potestad para dejar sin efecto designaciones de personal que no haya tomado posesión del cargo o no cumplimente los requisitos legales exigidos para su ingreso y, finalmente, en lo que respecta a la prerrogativa objeto de análisis, en el inc. 6^o²³⁸ dispone rehabilitaciones.

Esta atribución es lógica, ya que si las autoridades con competencia delegada tienen atribución para nombrar y disponer el cese de la mayoría de los agentes bajo su cargo, resulta inherente a dichas atribuciones tener el poder de decisión para evaluar los antecedentes de un postulante y permitir, o no, su rehabilitación como condición para el ingreso al cargo.

3.2.3. *Inhabilidad por condena por delito doloso de naturaleza infame*

El inc. b), art. 3^o, ley 10.430, impide el ingreso a quien se encuentre condenado por delito doloso de naturaleza infame salvo rehabilitación. También a quienes hayan sido condenados en causa criminal por genocidio o crímenes de lesa humanidad, aun aquellos que hayan sido favorecidos por las leyes de obediencia debida o punto final. En estos casos debe entenderse que no hay rehabilitación posible, circunstancia que puede inferirse de la propia redacción del inciso, ya que pese a tratarse de delitos dolosos, el supuesto ha sido agregado luego de la enunciación de la posibilidad de rehabilitación.

La norma sólo contempla los tipos dolosos, no así los delitos culposos²³⁹, circunstancia que marca una diferencia con el inc. c), ya que respecto de aquellos en que para su configuración se requiere la condición de funcionario público, no se hace distinción alguna.

La calificación del delito como “infame” no limita ni modula el supuesto de inhabilidad, ya que no existe en el derecho penal argentino vigente una categoría de delitos ni de penas que puedan considerarse infamantes²⁴⁰.

²³⁷ Art. 1^o, inc. 18, dec. 574/2001: “Dejar sin efecto designaciones de personal cuando no se hubiere tomado posesión del cargo o no se cumplimenten los requisitos legales exigidos para el ingreso”.

²³⁸ Art. 1^o, inc. 6^o, dec. 574/2001: “Disponer rehabilitaciones”.

²³⁹ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen de empleo público...*, cit., comentario del art. 5^o por Marcelo León Ugarte, p. 108. En el comentario del art. 5^o, inc. b del Anexo de la Ley Marco de Empleo Público Nacional 25.164 que, según la distribución enunciada al inicio de la obra, fue analizado por el Dr. Marcelo León Ugarte, señala que debería contemplarse en una futura reforma legislativa la incorporación de condenas por delitos culposos, “...cuando de sus circunstancias surja evidente la acreditación de la falta de idoneidad para el desempeño del cargo que se postula”. Señala como ejemplo el caso de la contratación de un sereno para una instalación pública en la que se conserven artefactos de gran valor o importancia estratégica, que hubiera sido condenado por “incendio” en los términos del art. 189 del Código Penal.

²⁴⁰ GELLI, María A., *Constitución de la Nación argentina comentada y concordada*, 2^o ed. ampl. y actual., La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 526. Esta autora, al comentar el art. 69 de la Constitución Nacional, con relación al tipo de delitos que permitirían el arresto de los legisladores nacionales para el caso de ser sorprendidos *in fraganti* en la ejecución de crímenes que merezcan pena de muerte, infamante u otra aflictiva, expresa: “Dado que las penas infamantes no existen en el sistema penal argentino —aunque se refieren a ellas, directamente el art. 29, e indirectamente el art. 119 de la Constitución Nacional— sólo la comisión de delitos darían lugar a la detención, pues las penas aflictivas remiten a éstos”.

La ley no ha dispuesto un plazo para la inhabilitación, entendemos que éste deberá ser el de cumplimiento de la condena o de su prescripción, tal como se regula expresamente en el inc. a, art. 5º, ley nacional 25.164.

Sin contemplar el plazo de prescripción, el art. 5º, inc. b, ley 11.757, regulatoria del Estatuto del Empleado Público Municipal de la Provincia de Buenos Aires, dispone que la inhabilitación durará el tiempo de la condena.

Este inciso también impide el ingreso a quien se encuentre procesado penalmente por delitos dolosos de naturaleza infame; dicha limitación parece ir contra el principio de presunción de inocencia, lo que supone, frente al caso concreto, ponderar su razonabilidad²⁴¹.

3.2.4. Inhabilidad para quienes resulten condenados por su condición de agentes públicos

El inc. c), art. 3º, ley 10.430, impide el acceso a quienes hayan sido condenados por delitos que para su configuración requieran que sean cometidos por individuos con la condición de agentes de la Administración Pública. Quedan aquí incluidas también todas las figuras que en su tipo común no exigen la presencia de un funcionario público, pero que se presentan como tipos agravados por su participación.

3.2.5. Inhabilidad por concurso o quiebra

El inc. d) inhabilita para ingresar a quien se encuentre concursado civilmente o quebrado, hasta que obtenga su rehabilitación judicial. Este artículo mantiene una clasificación no vigente en el régimen legal argentino, ya que la ley 24.522 de Concursos y Quiebras no distingue actualmente entre concurso civil o comercial ni contiene un incidente de calificación de conducta que determine si la quiebra ha sido casual o no casual, como tampoco prevé un mecanismo de rehabilitación judicial a consecuencia de ello.

La Ley de Concursos y Quiebras vigente unifica los procesos de ejecución universales frente a estados falenciales, sin distinguir entre comerciantes o no comerciantes o entre quiebras casuales, fraudulentas o culpables.

Actualmente, los procesos que contempla la ley son el concurso preventivo y la quiebra, sin perjuicio que la primera acepte subtipos, en el título II, capítulo VI, para los concursos en caso de agrupamiento; en el título II, capítulo VII, para los acuerdos preventivos extrajudiciales, y en el título IV, capítulo IV, con regulaciones específicas para pequeños concursos y quiebras.

²⁴¹ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen de empleo público...*, cit., comentario del art. 5º por Marcelo León Ugarte, p. 110. En el comentario del art. 5º, inc. c) del anexo de la Ley Marco de Empleo Público Nacional 25.164 que, según la distribución enunciada al inicio de la obra fue analizado por el Dr. Marcelo León Ugarte, se expresa que: "...el término 'tenga proceso' alude a la condición de procesado y no a la de simple imputado en los hechos investigados en una causa penal". Por otra parte, que "...la designación de un procesado por delitos dolosos o que hubieran afectado a la Administración Pública se presenta como un acto extremo en el que la valoración de la idoneidad genérica a que alude el art. 4º, incs. b) y c) obligará a una especial acreditación previa de idoneidad del sujeto, pero ello no justifica excluirlo absolutamente del acceso a la función, a partir de presumir una sanción que el derecho no admite a su respecto".

En el trámite concursal actual no se ha previsto inhabilitación alguna. En el caso de la quiebra, el régimen de inhabilitación está regulado en el título III, capítulo IX de la ley 24.522, arts. 234 a 238. Actualmente ésta no depende de la calificación de la conducta sino que, de acuerdo con el art. 234²⁴², el fallido queda inhabilitado automáticamente desde la fecha de la quiebra²⁴³ y, conforme al art. 236²⁴⁴, quedará rehabilitado un año después, salvo que sea sometido a proceso penal, donde la inhabilitación durará hasta el sobreseimiento o absolución o, de ser condenado, hasta el cumplimiento de la pena accesoria de inhabilitación que imponga el juez. La inhabilitación puede ser reducida o dejada sin efecto por el juez a pedido de parte, cuando a criterio del magistrado de la quiebra no resultare *prima facie* incurso en delito penal.

El art. 238²⁴⁵ impide al inhabilitado ejercer el comercio por sí o por interpósita persona, ser administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones mutuales o fundaciones. No puede integrar sociedades o ser factor o apoderado con facultades generales de aquéllas.

La norma no impide el ejercicio de empleo, habilidad que no se ha consagrado expresamente como lo era en el art. 108²⁴⁶ de la derogada ley 19.551, pero debe entenderse de la misma manera, sin perjuicio que en las regulaciones específicas de las relaciones de empleo o del ejercicio de determinadas profesiones la quiebra constituya causal de inhabilitación para el ejercicio de la función. Así ocurre con los escribanos, tal lo dispuesto en el art. 32, punto 6²⁴⁷, decreto-ley 9020/1978 —donde también se hace mención a los concursados— o respecto de los profesionales de ciencias económicas conforme lo establece el art. 24, inc. b)²⁴⁸, ley 10.620.

²⁴² Art. 234, ley 24.522: "Inhabilitación. El fallido queda inhabilitado desde la fecha de la quiebra".

²⁴³ RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho concursal*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 275. Este autor, con cita de doctrina, señala que este régimen es más severo que el anterior.

²⁴⁴ Art. 236, ley 24.522: "Duración de la inhabilitación. La inhabilitación del fallido y de los integrantes del órgano de administración o administradores de la persona de existencia ideal, cesa de pleno derecho, al año de la fecha de la sentencia de quiebra, o de que fuere fijada la fecha de cesación de pagos conforme lo previsto en el art. 235, segundo párrafo, salvo que se dé alguno de los supuestos de reducción o prórroga a que aluden los párrafos siguientes.

"Ese plazo puede ser reducido o dejado sin efecto por el juez, a pedido de parte, y previa vista al síndico si, verosimilmente, el inhabilitado —a criterio del Magistrado— no estuviere *prima facie* incurso en delito penal.

"La inhabilitación se prorroga o retoma su vigencia si el inhabilitado es sometido a proceso penal, supuesto en el cual dura hasta el dictado de sobreseimiento o absolución. Si mediare condena, dura hasta el cumplimiento de la accesoria de inhabilitación que imponga el juez penal".

²⁴⁵ Art. 238, ley 24.522: "Efectos. Además de los efectos previstos en esta ley o en leyes especiales, el inhabilitado no puede ejercer el comercio por sí o por interpósita persona, ser administrador, gerente, síndico, liquidador, o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones. Tampoco podrá integrar sociedades o ser factor o apoderado con facultades generales de ellas".

²⁴⁶ Art. 108, ley 19.551: "El fallido conserva la facultad de desempeñar tareas artesanales, profesionales o en relación de dependencia sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 111 y 112 inc. 2º".

²⁴⁷ Art. 32, dec.-ley 9020/1978: "No podrán ejercer funciones notariales: ...6. Los fallidos y concursados, hasta cinco (5) años después de su rehabilitación...".

²⁴⁸ Art. 24, ley 10.620: "No podrán matricularse: ...b) Los condenados a cualquier pena por delitos contra la propiedad, la administración en general, todos aquellos condenados a pena de inhabilitación profesional mientras dure la condena o inhabilitación y los fallidos no rehabilitados...".

Éste también es el caso de la ley 10.430; sin embargo, teniendo en cuenta las modificaciones que los institutos determinantes de la inhabilidad han tenido, corresponde armonizar la causal con el régimen de concursos y quiebras vigente, para lo cual debemos interpretar el sentido originario impreso a la norma estatutaria.

En primer lugar corresponde determinar el alcance del instituto del “concurso civil”. El concurso como tal, tanto en la ley 19.551 como en la norma actualmente vigente, constituyen procesos diferenciados de la quiebra; el término “concurso civil”, incluido en el inc. d), art. 3º, ley 10.430, como en el inc. g), art. 83, hacen referencia al estado falencial de las personas privadas con los alcances del antiguo art. 310, ley 19.551. Este artículo tenía por finalidad extender las normas de la ley 19.551 a quienes no se encontraban comprendidos en la enumeración del art. 2º, previsto para comerciantes y sociedades comerciales, a los cuales, en principio, era a quienes resultaba aplicable el régimen de concursos y quiebras.

Sin embargo, debemos destacar que a la fecha de entrada en vigencia de la ley 10.430/1986²⁴⁹ ya había sido derogado este artículo unificando los procesos por la ley 22.917/1983; no obstante, cabe recurrir al régimen original para comprender su sentido.

El objetivo del art. 310 fue el de unificar los procedimientos de ejecución colectiva cualquiera fuere la profesión²⁵⁰ del concursado o fallido, incluyendo bajo la denominación “concurso civil” la aplicación tanto del proceso concursal como el de quiebra.

La remisión es al texto íntegro de la ley, destacando el art. 310 las modificaciones a éste. La inclusión tanto del proceso concursal como de quiebras en el concepto “concurso civil” surge clara en el inc. 1)²⁵¹, ya que allí dispone la equivalencia de concurso civil con los términos “quiebra” o “concurso mercantil” y los términos “quebrado” o “fallido” con el de “concurado”.

En este sentido también resulta aplicable al “concurso civil el régimen de inhabilidades y, por ende, de rehabilitación, vinculados al incidente de calificación de conducta propio de los procesos de quiebra, previsto en el capítulo IX —Calificación de conducta del fallido y de terceros— del título III de la ley 19.551, estableciendo el art. 310 de dicha ley las modificaciones necesarias para su aplicación a personas privadas, para hacer extensiva, conforme al inc. 11)²⁵², la aplicación a sus directivos, administradores y representantes de similares normas para las sociedad comerciales

²⁴⁹ La ley 10.430 fue promulgada por decreto 4919 del 31/7/1986 y publicada en Boleín Oficial 20.807 del 5/8/1986.

²⁵⁰ LOZA, Eufasio R., *Ley de Concursos. Ley 19.551 comentada, concordada y anotada*, Victor P. de Zavalia, Buenos Aires, 1972, p. 355.

²⁵¹ Art. 310, ley 19.551: “Las normas de esta ley se aplican a los concursos de las personas de carácter privado no comprendidas en la enumeración del art. 2º, con las siguientes modificaciones: ...1) Cuando la ley utiliza los vocablos quiebra o concurso mercantil y ‘quebrado’ o ‘fallido’, ha de entenderse que se refiere, respectivamente, al concurso civil y al concurado...”.

²⁵² Art. 310, inc. 11, ley 19.551: “...11) Las disposiciones de los arts. 238 y 241 y sus correlativas se aplican a directivos, administradores y representantes legales o voluntarios de la persona de existencia visible o ideal concurada...”.

previstas en los arts. 238²⁵³ y 241²⁵⁴ de la ley, como para excluir aquellas exigencias específicas de la profesión de comerciante, tal el caso del art. 236, inc. 7°²⁵⁵.

Frente a lo expuesto tenemos que el inc. d), art. 3°, ley 10.430, impide el ingreso a quien por concurso civil o quiebra no se encuentre rehabilitado judicialmente. Conforme lo explicáramos, el único procedimiento de rehabilitación previsto por la norma es para el caso de las quiebras.

El término “concurso civil” al que hace referencia el art. 310, ley 19.551, resulta abarcativo tanto del concurso preventivo como de la quiebra de los no comerciantes, dado que sólo estos últimos podían ser sometidos a calificación de conducta, inhabilitación y posterior rehabilitación; con este alcance cabe entender la acepción utilizada para determinar la causal de inhabilitación, esto es, como sinónimo de “quiebra no comercial”. No obstante ello, a la fecha de vigencia de la ley, no regía esta distinción por lo que, lógicamente, sólo cabría entender con impedimento para ingresar a la Administración Pública provincial a quienes se encontraban quebrados mientras no se los haya rehabilitado judicialmente.

Actualmente la ley 24.522 no establece proceso de calificación de conducta ni de rehabilitación, por lo que correspondería es adecuar la norma al régimen vigente.

El impedimento nacería a partir de la declaración de quiebra conforme lo dispuesto por el art. 234, ley 24.522, ya que con ella el fallido queda inhabilitado y se extendería por el término de un año para los casos en que no se iniciare proceso penal por motivo de la quiebra, salvo que el juez, a pedido de parte, dejare sin efecto o redujere la inhabilitación por considerar *prima facie* que no se ha cometido delito penal. En cambio, si hubiere proceso penal, se prolongará hasta el sobreseimiento o absolución o, en caso de condena, hasta el cumplimiento de la pena accesoria de inhabilitación.

Atento al concepto de “quiebra” actualmente vigente, el término “concurso civil” como equivalente a “quiebra no comercial” debe entenderse incluido dentro del genérico previsto en la normativa actual y no equivalente a concurso civil, por ser un instituto incompatible con proceso de rehabilitación alguno.

Al comentar la causal prevista en el inc. g), art. 83, ley 10.430, por la que se impone la sanción de cesantía para el caso de concurso civil o quiebra no casual, veremos cómo el elemento subjetivo exige una interpretación diferente a la del impedimento consagrado en el inc. d), art. 3° de la ley.

²⁵³ Art. 238, ley 19.551: “La conducta individual de cada uno de los administradores, gerentes, directores, fundadores, liquidadores y síndicos de sociedades debe ser calificada según lo dispuesto en los artículos precedentes, atendiendo a su propia actuación. También se aplica igual criterio a los representantes, factores, administradores y apoderados generales de cualquier fallido”.

²⁵⁴ Art. 241, ley 19.551: “A los fines del art. 238 se entiende que se califica la conducta de quienes actuaron por el fallido después de la cesación de pagos y en la época en que ésta se originó. A estos efectos no rige el límite de retroacción del art. 120”.

²⁵⁵ Art. 236, ley 19.551: “La conducta del fallido es culpable cuando ha abandonado sus negocios o realizado cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta.

”Se consideran configurativos de tal conducta, entre otros actos, los siguientes: ...7. No realizar en debido tiempo y forma las inscripciones exigidas por el Código de Comercio...”.

3.2.6. *Imposibilidad de ingreso por inhabilidades e incompatibilidades en general*

El inc. e) consagra una cláusula general abierta para otros supuestos de inhabilitación e incompatibilidad, ya sea que éstos estén consagrados tanto en la ley 10.430, en normas específicas o, directamente, en las Constituciones Nacional y provincial.

3.2.6.1. *Inhabilidades e incompatibilidades en la Constitución Nacional*

La Constitución Nacional regula supuestos de incompatibilidad en los arts. 34,²⁵⁶ 72,²⁵⁷ 92²⁵⁸ y 105²⁵⁹, siendo directamente aplicables al ámbito provincial el primero de ellos en tanto prohíbe a un juez federal ser al mismo tiempo magistrado en la provincia; no así el segundo, ya que la incompatibilidad relativa está dirigida a empleos o comisiones del Poder Ejecutivo nacional, excepcionándose los empleos a escala, es decir, todo aquel que se encuentre dentro de la planta administrativa de las respectivas jurisdicciones, en estos casos podrá ejercer su función legislativa (sin perjuicio de la necesidad de solicitar la correspondiente licencia, en este caso, sí ante la jurisdicción que corresponda); el tercero impide al presidente y vicepresidente ejercer otro empleo, inclusive de las provincias, y el último es un complemento del art. 72, no incidiendo en el ámbito provincial por hacer referencia al cargo de ministros nacionales.

3.2.6.2. *Inhabilidades e incompatibilidades en la Constitución de la Provincia de Buenos Aires*

En la Constitución de la Provincia de Buenos Aires se regulan incompatibilidades en los arts. 53 (el que trataremos por separado), 72²⁶⁰, 77²⁶¹, 89²⁶² y

²⁵⁶ Art. 34, CN: “Los jueces de las Cortes federales no podrán serlo al mismo tiempo de los tribunales de provincia, ni el servicio federal, tanto en lo civil como en lo militar de residencia en la provincia en que se ejerza, y que no sea la del domicilio habitual del empleado, entendiéndose esto para los efectos de optar a empleos en la provincia en que accidentalmente se encuentre”.

²⁵⁷ Art. 72, CN: “Ningún miembro del Congreso podrá recibir empleo o comisión del Poder Ejecutivo, sin previo consentimiento de la Cámara respectiva, excepto los empleos de escala”.

²⁵⁸ Art. 92, CN: “El Presidente y Vicepresidente disfrutan de un sueldo pagado por el Tesoro de la Nación, que no podrá ser alterado en el período de sus nombramientos. Durante el mismo período no podrán ejercer otro empleo, ni recibir ningún otro emolumento de la Nación, ni de provincia alguna”.

²⁵⁹ Art. 105, CN: “No pueden ser senadores ni diputados, sin hacer dimisión de sus empleos de ministros”.

²⁶⁰ Art. 72 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “Es incompatible el cargo de diputado con el de empleado a sueldo de la Provincia o de la Nación, y de miembro de los directorios de los establecimientos públicos de la Provincia. Exceptúase los del magisterio en ejercicio y las comisiones eventuales.

”Todo ciudadano que siendo diputado aceptase cualquier empleo de los expresados en el primer párrafo de este artículo, cesará por ese hecho de ser miembro de la Cámara”.

²⁶¹ Art. 77 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “Son también aplicables al cargo de senador las incompatibilidades establecidas en el art. 72 para los diputados, en los términos allí prescriptos”.

²⁶² Art. 89 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “Ningún miembro del Poder Legislativo, durante su mandato, ni aun renunciando su cargo, podrá ser nombrado para desempeñar empleo alguno rentado que haya sido creado o cuyos emolumentos se hayan aumentado durante el período legal de la Legislatura en que haya actuado, ni ser parte en contrato alguno que resulte de una ley sancionada durante su período”.

133²⁶³. El art. 72 establece una restricción mucho más amplia para los diputados provinciales que su similar regulado en la Constitución Nacional, ya que la incompatibilidad se produce respecto de cualquier empleo a sueldo tanto de la Nación como de la provincia, así como también la conformación de directorios de entidades públicas estatales, con la excepción de la docencia activa y comisiones eventuales. Esta misma incompatibilidad se extiende a los senadores, conforme lo dispone el art. 77. El art. 89 es un complemento de la incompatibilidad señalada, ya que impide a los legisladores, tanto cuando estén ejerciendo su mandato como cuando hayan renunciado a él —entendemos que una vez cesado su mandato por expiración de éste no regiría la incompatibilidad, ya que su sentido parece estar limitado al período que transcurre “durante” el mandato—, ser nombrados en empleo rentado que se haya creado o cuyos emolumentos se hayan aumentado durante el período legislativo en el que hayan actuado. Asimismo, impide que sean parte en un contrato que resulte de una ley sancionada durante dicho período —en este caso, sí debe regir con posterioridad a la expiración de su mandato ya que la limitación se produce por la sanción de las leyes que se sancionen en determinado período y durará mientras dure la vigencia de éstas—. Por último, el art. 133 dispone que el gobernador ni el vicegobernador puedan ejercer otro empleo ni recibir otro emolumento que los sueldos de sus respectivos cargos, tanto de la Nación como de la provincia²⁶⁴.

3.2.6.3. *Incompatibilidad para ejercer dos o más empleos a sueldo en el ámbito público*

La acumulación de empleos a sueldo en el ámbito público está proscripta por el art. 53²⁶⁵ de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, aun cuando se trate de empleo en la Administración Pública nacional, salvo el magisterio en ejercicio. En cambio, el desempeño de empleos gratuitos o comisiones eventuales no está prohibido, salvo que la ley determine cuáles se entenderán como incompatibles. La incompatibilidad se ha entendido comprensiva de empleos a sueldo en el ámbito municipal²⁶⁶.

²⁶³ Art. 133 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “El Gobernador y el Vicegobernador gozan del sueldo que la ley determine, no pudiendo ser alterado en el período de sus nombramientos. Durante éste no podrán ejercer otro empleo ni recibir otro emolumento de la Nación o de la Provincia”. Ampliar en MORENO, Guillermo R., *Constitución...*, cit.

²⁶⁴ MORENO, Guillermo R., *Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Comentada, concordada y con notas de jurisprudencia*, Librería Editora Platense, La Plata, 2008, p. 260. Expone que esta norma constituye un supuesto específico de la incompatibilidad de alcances genéricos que contiene el art. 53 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

²⁶⁵ Art. 53 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “No podrá acumularse dos o más empleos a sueldo en una misma persona, aunque sea el uno provincial y el otro nacional, con excepción de los del magisterio en ejercicio. En cuanto a los empleos gratuitos y comisiones eventuales, la ley determinará los que sean incompatibles”.

²⁶⁶ Sup. Corte Bs. As., sentencia del 14/7/1992, causa B. 51.960, “Bruzzone, Héctor Pedro v. Municipalidad de Salto. Demanda contencioso administrativa” (Dr. Rodríguez Villar —SD—). Magistrados votantes: doctores Rodríguez Villar, Mercader, Negri, Laborde, Vivanco.

El concepto de magisterio en ejercicio debe ser interpretado ampliamente, incluyendo todos los niveles de docencia²⁶⁷.

El decreto-ley 8078/1973 reglamentó la incompatibilidad por superposición de cargos prevista en el art. 53 de la Constitución provincial. En su art. 1º²⁶⁸ dispone que ella se producirá ya sean empleos municipales, provinciales o nacionales, tanto de la Administración centralizada como descentralizada. En el art. 2º²⁶⁹ (modificado por la ley 13.644) se reglamentaron las excepciones. Allí no sólo se consagra el ejercicio del magisterio en todos sus niveles, preescolar, primario, medio, superior y universitario, sino que se prevé una causal no prevista en la Constitución que refleja la dinámica de la realidad, tal es el caso de los profesionales de la medicina, cuando ello sea indispensable por la especialidad o por carencia de otro profesional, siempre que no hubiere incompatibilidad horaria. En el art. 3º²⁷⁰ se delega en el Poder Ejecutivo la designación de la autoridad que a nivel provincial verifique la ocurrencia de las circunstancias de excepción; a nivel comunal, la autoridad de aplicación será el intendente.

A través del art. 1º²⁷¹ del decreto 842/2007, el gobernador asignó competencia para verificar las situaciones de excepción en el ámbito del Ministerio de Salud de la provincia de Buenos Aires al director provincial de Hospitales dependiente de la Subsecretaría de Coordinación y Atención de la Salud de dicho ministerio.

²⁶⁷ Sup. Corte Bs. As., sentencia del 21/6/2000, causa B. 57.637, caratulada “Duville, María del Carmen v. Municipalidad de Bragado. Demanda contencioso administrativa” (juez Pisano —MA—). Magistrados votantes: Dres. Pisano, Laborde, Hitters, Pettigiani, Ghione, Salas, Negri, de Lázari, San Martín. En el voto mayoritario se consideró que el art. 10, ley 11.685, al excepcionar de la incompatibilidad a quien ejerce el magisterio, al hacer referencia sólo a quien ejerce la docencia por horas cátedra, superior o universitaria, no está excluyendo a la educación primaria, entendiéndose que éste es el sentido que cabe darle al artículo en consonancia con el art. 53 de la Constitución provincial. En su voto, el Dr. Ghione, en desacuerdo con el criterio interpretativo utilizado, concluyó que “consecuentemente la interpretación del art. 10, ley 11.685, mediante la cual la accionada concluyó que el desempeño en un cargo docente perteneciente al ciclo primario constituía una causal de incompatibilidad resulta ser contraria a las pautas precedentemente expuestas y por lo tanto corresponde su anulación”.

²⁶⁸ Art. 1º, dec.-ley 8078/1973: “No podrán acumularse en una misma persona, dos o más empleos ya sean nacionales y provinciales, municipales y provinciales o provinciales, aunque algunos de ellos sean en reparticiones autónomas o autárquicas nacionales o provinciales”.

²⁶⁹ Art. 2º, dec.-ley 8078/1073 (texto según ley 13.644): “Quedan exceptuados de las disposiciones contenidas en el artículo anterior:

”a) Los cargos que correspondan a la enseñanza preescolar, primaria, media, superior y universitaria.

”b) Los cargos que ocupen los profesionales del arte de curar, cuando la necesidad de la especialidad y/o carencia de otro profesional lo hiciere indispensable, aun cuando un cargo esté sometido al régimen de la ley 10.471 y modificatorias y el otro sujeto a distinto régimen legal, siempre que no existiere incompatibilidad horaria”.

²⁷⁰ Art. 3º, dec.-ley 8078/1973 (texto según ley 13.644): “En el supuesto previsto en el inc. b) del artículo anterior, la Autoridad de Aplicación que designe el Poder Ejecutivo deberá verificar en cada caso, que concurren los requisitos exigidos para admitir la excepción, y en el caso de las designaciones a nivel municipal la Autoridad de Aplicación será el ejecutivo municipal”.

²⁷¹ Art. 1º, dec. 842/2007: “Designar al Ministerio de Salud, a través de la Dirección Provincial de Hospitales dependiente de la Subsecretaría de Coordinación y Atención de la Salud, como Autoridad de Aplicación, a los fines previstos en el art. 3º del decreto-ley 8078/1973, texto según ley 13.644, para los profesionales del arte de curar cuya cobertura de vacante se propicie en esa jurisdicción”.

3.2.6.4. *Incompatibilidades en la ley 10.430*

La ley 10.430 no prevé un artículo específico para tratar las incompatibilidades para ingresar como agente del Estado provincial, pero muchas de ellas están consagradas en el art. 79, el que enuncia un catálogo de prohibiciones en el ejercicio de la función. Así, debemos entender que quien se postule a un cargo público no podrá desempeñar simultáneamente las actividades descriptas en los siguientes incisos: "c) Ser directa o indirectamente, proveedor o contratista habitual u ocasional de la Administración provincial o dependiente o asociado de las mismas; d) asociarse, dirigir, administrar, asesorar, patrocinar o representar a personas físicas o jurídicas, que cuestionen o exploten concesiones o privilegios de la Administración provincial, salvo que las mismas cumplan un fin social o de bien público y que no se manifiesten incompatibilidades entre las funciones o tareas asignadas en la Administración y las desarrolladas en tales entidades, ni puedan presumirse situaciones de favoritismo o arbitrariedad en el otorgamiento de tales beneficios, así como también, mantener relación de dependencia con entes directamente fiscalizados por la representación a que pertenezca; g) ...practicar la usura en cualquiera de sus formas; i) ...vender todo tipo de artículos o ejercer cualquier actividad comercial en el ámbito de la Administración Pública; k) ...patrocinar trámites o gestiones administrativas o judiciales referentes a asuntos de tareas que se encuentren o no oficialmente a su cargo".

3.2.6.5. *Incompatibilidad para quien goza de un haber de pasividad*

La ley 10.430 no prescribe específicamente la incompatibilidad de quien goza de un haber de pasividad para desempeñar funciones en la Administración Pública provincial, sin perjuicio de ello dentro de la propia ley ésta puede inferirse de la causal de cese prevista en su art. 14, inc. g), de la ley 10.430²⁷², o del límite de edad para el ingreso a la Administración previsto en su art. 2º, inc. b)²⁷³. Por otro lado la incompatibilidad tiene regulación expresa en el art. 60²⁷⁴ del decreto-ley 9650/1980 que establece el régimen previsional del personal de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires.

²⁷² Art. 14: "El cese del agente será dispuesto por el Poder Ejecutivo y se producirá por las siguientes causas: ...g) Cuando el agente reúna los requisitos establecidos en la legislación vigente en materia jubilatoria para obtener la prestación ordinaria o por edad avanzada..."

²⁷³ Art. 2º: "Admisibilidad. Son requisitos para la admisibilidad: ...b) Tener dieciocho (18) años de edad como mínimo y cincuenta (50) años de edad como máximo.

"Los aspirantes que por servicios prestados anteriormente tengan computables años a los efectos de la jubilación, debidamente certificados, podrán ingresar hasta la edad que resulte de sumar a los cincuenta (50) años, los de servicios prestados, pero en ningún caso la edad de los aspirantes puede exceder de los sesenta (60) años.

"Estos requisitos no regirán para los casos en que exigencias específicas de leyes de aplicación en la provincia, establezcan otros límites de edad, ni tampoco para el personal temporario..."

²⁷⁴ Art. 60, dec.-ley 9650/1980: "Será incompatible la percepción del haber jubilatorio con el desempeño de cualquier actividad en relación de dependencia, con excepción de los servicios docentes.

"Es incompatible asimismo, la percepción de jubilación por edad avanzada, con el de otra jubilación o retiro nacional, provincial o municipal.

"El Poder Ejecutivo podrá establecer por tiempo determinado y con carácter general regímenes de compatibilidad limitada, en las condiciones y con las modalidades que determine.

"En los casos que existiere incompatibilidad total o limitada entre la percepción del haber de la prestación y el desempeño de la actividad, el jubilado que se reintegre al servicio o continuare en tareas distintas deberá denunciar expresamente y por escrito esa circunstancia al Instituto de Previsión

El art. 60 del decreto ley 9650/1980 dispone, como principio general, la incompatibilidad entre la percepción de un haber de pasividad y el desempeño en cualquier actividad bajo relación de dependencia, salvo la docencia. No obstante ello permite la habilitación temporal y con carácter general en cabeza del Poder Ejecutivo para reglamentar regímenes de compatibilidad limitada. La norma prevé la obligatoriedad del beneficiario de denunciar su reingreso a la actividad en el plazo de treinta días corridos desde el comienzo de la efectiva prestación, debiendo, en caso contrario, devolver las sumas que haya percibido desde dicha fecha hasta la toma de conocimiento por el Instituto de Previsión Social y no pudiendo tampoco computar el tiempo trabajado para cualquier reajuste o transformación que en el futuro intente realizar.

El Poder Ejecutivo ha hecho uso de la habilitación legal para disponer regímenes de incompatibilidad limitada. Ejemplo de ello es el decreto 1005/2001, mediante el cual estableció que a partir del 1 de enero de 2001, por el término de dieciocho meses, los beneficiarios previsionales comprendidos en el régimen general, en el de policía o servicio penitenciario, que se encuentren en actividad bajo relación de dependencia, podrían hacerlo reduciendo su haber al 30%, con un piso no menor al mínimo previsto para la provincia de Buenos Aires.

3.2.6.6. *Incompatibilidades en la Ley de Ministerios*

En la Ley de Ministerios 13.757 se han consagrado, en el art. 10²⁷⁵, diversos supuestos de incompatibilidades de naturaleza ética respecto de los ministros, que se extienden a los secretarios en virtud de lo dispuesto en el art. 46²⁷⁶.

Social, dentro del plazo de treinta (30) días corridos a partir de la fecha en que volvió a la actividad o continuó en ella.

"El jubilado que omitiere efectuar la denuncia en la forma y plazo indicado en el párrafo anterior deberá reintegrar lo percibido indebidamente en concepto de haberes jubilatorios, a partir de su reingreso y hasta la fecha en que el Instituto tomó conocimiento de esa circunstancia, quedando privado automáticamente del derecho a computar los nuevos servicios desempeñados durante ese período para cualquier reajuste o transformación.

"El cargo que se formule por tal concepto estará sujeto al procedimiento de liquidación y ejecución que establece el artículo siguiente".

²⁷⁵ Art. 10, ley 13.757: "Durante el desempeño de sus cargos los Ministros, no podrán ejercer actividad, comercio, negocio, profesión o empresa que directa o indirectamente implique participar, a cualquier título, en concesiones, acordadas por los poderes públicos o intervenir en contrataciones, gestiones o litigios en las cuales sean parte la Nación, las Provincias y/o los Municipios.

"Asimismo los Ministros no podrán ejercer profesión o empleo alguno, ni desarrollar ninguna actividad privada que tenga vinculaciones comerciales con el Estado Nacional, Provincial y/o Municipal; entidades autárquicas y/o empresas del Estado. Es incompatible el cargo de Ministro, con cualquier otra función pública Nacional, Provincial o Municipal fuera ésta, permanente o transitoria, rentada o *ad honorem*, con excepción de las actividades docentes en ejercicio y, la representación de la Provincia en organismos federales y/o en entidades sin fines de lucro; así como en funciones honorarias de estudio, colaboración o coordinación de interés provincial, en cuyo caso podrá, el Poder Ejecutivo, acordar la autorización pertinente.

"Los Ministros Secretarios de Estado y Subsecretarios no podrán ejercer profesiones liberales mientras permanezcan en sus funciones, incompatibilidad que regirá para todos los funcionarios que, cualquiera sea su denominación, ostentarán cargos equivalentes a los citados".

²⁷⁶ Art. 46, ley 13.757: "Los titulares de las Secretarías asistentes del Gobernador tendrán las mismas incompatibilidades que esta ley determina para los titulares de las carteras ministeriales, pudiendo el Poder Ejecutivo acordarle idéntico rango y jerarquía. Cuando así fuere, el rango inmediato inferior

Allí se impide a dichos funcionarios, mientras ejerzan la función, participar, directa o indirectamente, de contrataciones, gestiones, litigios o actividades comerciales en los que fuere parte la Nación, cualquier provincia o municipio. Asimismo, incluye a las actividades que implique su participación, bajo cualquier título, en concesiones acordadas por los poderes públicos. Entendemos, con el mismo alcance, para el caso de las contrataciones, gestiones y litigios. Se prohíbe la superposición de cargos con la Nación, provincias y municipios, aun respecto de tareas *ad honorem* o transitorias; se excepcionan la actividad docente en ejercicio, la representación de la provincia en organismos federales, representación en entidades sin fines de lucro, funciones honorarias de estudio, colaboración o coordinación de interés provincial, necesitando, para estas últimas, la autorización del gobernador.

En forma general se prohíbe el ejercicio de profesiones liberales; en este caso también se extiende la proscripción a los subsecretarios y a todos los funcionarios con cargos equivalentes a éstos.

3.2.7. *Inhabilidad por retiro voluntario*

El inc. f) dispone un supuesto de inhabilidad desvinculado de una causal previamente calificada como reprochable o, presumiblemente negativa, a diferencia de los supuestos anteriores. Se dispone que quien se hubiere acogido a un régimen de retiro voluntario no puede reingresar a la Administración Pública provincial por el término de cinco años contados desde la extinción por este motivo. La norma parece excesiva al extender la prohibición tanto a quienes hayan hecho uso de este tipo de regímenes, no sólo en el ámbito provincial sino nacional o municipal. También cabe la inhabilidad cuando en otros regímenes se consagre expresamente la prohibición de ingresar a un cargo en el ámbito provincial; como ejemplo de este último supuesto podemos ver los casos de regímenes de retiro en empresas concesionarias de servicios públicos.

3.2.8. *Violación a las leyes de enrolamiento*

El art. 2º, inc. c), consagra como limitación para ingresar a la función pública el no haber sido infractor a las leyes de enrolamiento.

Recordemos que a partir del año 1995 la ley 24.429 dispuso el servicio militar voluntario. Solamente ante la situación excepcional prevista en el art. 19²⁷⁷, previa autorización legal, el Poder Ejecutivo podrá convocar obligatoriamente a quienes

será el de subsecretario, equiparado al denominado oficial mayor del art. 145 de la Constitución de la Provincia”.

²⁷⁷ Art. 19, ley 24.429: “En el caso excepcional que no se llegaran a cubrir con soldados voluntarios los cupos fijados de acuerdo con el art. 3º, el Poder Ejecutivo podrá convocar, en los términos establecidos por la ley 17.531, a los ciudadanos que en el año de la prestación cumplan 18 años de edad y por un período que no podrá exceder de un año.

”Para realizar la convocatoria el Poder Ejecutivo deberá previamente requerir la autorización por ley del Congreso Nacional, expresando las circunstancias que motivan la solicitud y las razones por las cuales no pudieron cubrirse los cupos pertinentes.

”Los ciudadanos que ingresen a las filas de las Fuerzas Armadas, de acuerdo con lo previsto por el presente artículo, tendrán los mismos derechos y obligaciones enunciados en el art. 2º y percibirán una retribución equivalente a la establecida en el art. 4º de la presente ley”.

en el año de la prestación cumplan 18 años, de acuerdo con el régimen de la ley 17.531 (anterior régimen de servicio militar obligatorio) y por el término de un año. Paralelamente, en su art. 20²⁷⁸, prevé un servicio social sustitutorio para quienes, por objeciones morales, religiosas o filosóficas, se consideren impedidos para cumplir la capacitación militar por oponerse al uso personal de armas o integrar cuerpos militares. La ley prevé en el art. 27²⁷⁹ un régimen de infracciones y penalidades para quienes deban cumplir con el servicio social sustitutorio, entre las cuales se establece, para quien rehusare cumplirlo, pena de prisión de dos a cuatro años con la accesoria de inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena, salvo que tipifique en una conducta más grave.

En cambio, si se dispone el servicio militar obligatorio en los términos del art. 19, las sanciones previstas para los casos de incumplimiento serán las que contempla la ley 17.531 en su capítulo VI y renacerá la inhabilitación prevista en el art. 2º, inc. c), ley 10.430.

No obstante lo expuesto, hasta la fecha esta situación no se ha dado y conforme al art. 32²⁸⁰, quedaron sin efecto las sanciones tanto aplicadas como las que pudieren aplicarse por infracciones cometidas por violación a las leyes que regulaban el servicio militar obligatorio. Por lo que, en definitiva, en la actualidad resulta inaplicable la limitación prevista en la ley 10.430, ello hasta tanto se dé el supuesto que analizáramos, establecido en el art. 19, ley 24.429.

²⁷⁸ Art. 20, ley 24.429: “Los ciudadanos que en la oportunidad de la convocatoria expresada en el artículo anterior, se consideren impedidos para cumplir con la capacitación militar, en razón de profesar profundas convicciones religiosas, filosóficas o morales, opuestas en toda circunstancia al uso personal de armas o a la integración de cuerpos militares, deberán cumplir el Servicio Social Sustitutorio, por el término que la reglamentación determine, que no podrá ser mayor a un año”.

²⁷⁹ Art. 27, ley 24.429: “Los ciudadanos que cumplan el servicio social sustitutorio quedan sujetos al siguiente régimen de infracciones y penalidades:

”1. El que habiendo sido comprendido dentro de lo dispuesto en el presente capítulo, rehúse cumplir con el servicio social sustitutorio, siempre que no constituya delito más grave, será penado con prisión de dos a cuatro años e inhabilitación absoluta durante el término de la condena.

”2. Serán reprimidos con recargo de servicio de uno a seis meses, si el hecho constituyera un delito más severamente penado:

”a) Quienes no se presentaren a retomar tareas después de haber vencido el término establecido por la autoridad competente para ello;

”b) Quienes incurrieran en negligencia en el cumplimiento de las tareas que le fueran encomendadas;

”c) Quienes rehusaren cumplir una orden que legalmente les fuera impartida durante el cumplimiento del servicio social sustitutorio, sin causa justificada;

”d) Quienes faltaren el respeto a las autoridades encargadas de la dirección o supervisión del servicio;

”e) Quienes perturben de cualquier modo el orden y la disciplina en el cumplimiento del servicio social sustitutorio.

”3. El que no se presentare en la fecha fijada por la autoridad competente para el cumplimiento del servicio social sustitutorio a cumplir con las obligaciones que éste le impone, sin causa justificada, cumplirá un recargo en el cumplimiento de dicho servicio de cuatro días por cada día de retardo en su presentación, hasta un máximo de dos años”.

²⁸⁰ Art. 32, ley 24.429: “Deróganse aquellas disposiciones contenidas en las leyes 17.531, 18.488, 18.673, 19.902, 20.428, 21.903, 22.944 y cualquier otra norma en todo aquello que se oponga a la presente ley, quedando sin efecto toda sanción aplicada o por aplicarse a aquellos ciudadanos que estuvieran comprendidos en infracciones previstas en las leyes mencionadas precedentemente”.

3.2.9. *Violación a las leyes electorales*

Esta causal no está prevista como supuesto de inhabilidad en la ley 10.430.

El Código Electoral nacional se encuentra regulado en la ley 19.945 y sus modificatorias. En su art. 125²⁸¹ dispone, para quien deja de emitir su voto sin causal justificada, sanción de multa e inhabilitación por el término de tres años desde la elección para ejercer cargos o empleos públicos.

En el título VI, llamado “Violación de la ley electoral: penas y régimen procesal”, la figura ha sido regulada dentro del capítulo I “De las faltas electorales”, y no en el capítulo II “De los delitos electorales”, por lo que claramente se trata de una contravención de naturaleza administrativa y no de un tipo penal perteneciente al derecho sustancial. Esto permite inferir la imposibilidad de avanzar a través de una norma federal administrativa sobre los límites que marca la autonomía del derecho local para regular sus propias instituciones. Por lo que, no habiendo previsión normativa en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, la inhabilitación para ejercer cargos o empleos públicos, prevista en el art. 125 del Código Electoral nacional, sólo rige para la relación de empleo público nacional.

En la provincia de Buenos Aires, el régimen electoral está regulado en la ley 5109 que, en su art. 137²⁸², dispone la sanción aplicable a quien, sin causa legal, no emite su voto. Allí no se impone inhabilitación para ejercer cargos públicos sino multa y, cuando ello no fuere posible, arresto²⁸³.

Es necesario destacar que la ley electoral dedica el capítulo XXIV a regular una serie de tipos penales que prevén como pena accesoria²⁸⁴, la de inhabilitación por diez años para los funcionarios públicos y por cinco años para los que no lo son, e inhabilitación permanente en caso de reincidencia o reiteración. Obviamente estas prescripciones entran en pugna con el art. 75, inc. 12 de la Constitución Nacional al disponer la competencia exclusiva del Congreso nacional para legislar en materia penal sustancial.

²⁸¹ Art. 125, ley 19.945: “No emisión del voto. Se impondrá multa de cincuenta (\$ 50) a quinientos (\$ 500) pesos argentinos al elector que dejare de emitir su voto y no se justificare ante cualquier juez electoral de distrito dentro de los sesenta (60) días de la respectiva elección. Cuando se acreditare la no emisión por alguna de las causales que prevé el art. 12, se asentará constancia en su documento cívico. El infractor no podrá ser designado para desempeñar funciones o empleos públicos durante tres (3) años a partir de la elección. El juez electoral de distrito, si no fuere el del domicilio del infractor a la fecha prevista en el art. 25, comunicará la justificación o pago de la multa al juez electoral donde se encontraba inscripto el elector”.

²⁸² Art. 137, ley 5109: “El elector que sin causa legal deje de emitir su voto, sufrirá multa de diez (10) pesos.

”A tal fin, terminado el escrutinio definitivo, la Junta Electoral pasará a los síndicos fiscales respectivos, la nómina de los electores que no cumplieron con la obligación de votar, para que inicien las acciones correspondientes”.

²⁸³ Art. 139, ley 5109: “Cuando no sea posible cobrar el importe de una multa por falta de recursos del condenado, éste sufrirá arresto a razón de un (1) día por cada cuatro (4) pesos moneda nacional”.

²⁸⁴ Art. 136, ley 5109: “Las penas enumeradas precedentemente, llevarán consigo, como accesoria, la inhabilitación para desempeñar cargos públicos y ejercer derechos políticos por diez años, si el culpable es funcionario público y por cinco años si el culpable es particular. En caso de reincidencia o reiteración, la inhabilitación será permanente”.

4. Idoneidad psicofísica

A todo postulante a un empleo público se le exige tener un correcto estado de salud para el desempeño de éste. Esta exigencia varía de acuerdo con la función que deba cumplir. No serán las mismas condiciones físicas las que se exijan a quien tenga que desempeñarse como agente de seguridad que a quien lo haga como operador de sistemas²⁸⁵.

El art. 2º, inc. e), ley 10.430, regula este requisito, indicando expresamente que la aptitud psicofísica debe ser la adecuada al cargo por el que se postula.

Resulta determinante también brindar adecuada importancia al examen psíquico, el que puede constar de una evaluación tanto por profesionales de la psicología como de la psiquiatría. Este tipo de examen no sólo permitirá detectar patologías sino determinar el perfil de una persona respecto de la función a cumplir. La ley señala que los exámenes preocupacionales los realizará un organismo designado por el Poder Ejecutivo, que el decreto 4161/1996 se encarga de precisar, asignando dicha competencia a la Dirección de Reconocimientos Médicos. Actualmente dicha competencia está en cabeza del Departamento de Ingresos y Exámenes de la Dirección de Medicina Ocupacional²⁸⁶ perteneciente a la Dirección Provincial de Personal, la que, a su vez, se encuentra dentro de la estructura orgánico funcional de la Secretaría General de la Gobernación de la Provincia de Buenos Aires²⁸⁷.

El art. 2º, inc. e) del decreto reglamentario 4161/196 prevé que dicho organismo deberá indicar las tareas específicas que podrán realizar quienes presenten minusvalías.

Es necesario aclarar que los conceptos de capacidad jurídica del Código Civil y de aptitud psicofísica para desempeñar un cargo no son correlativos, ya que una persona puede ser plenamente capaz de acuerdo con el Código Civil y no ser apta para ejercer una determinada función²⁸⁸.

Una persona con capacidades diferentes no sólo no puede sino que no debe ser excluida de la carrera administrativa. El art. 8º²⁸⁹, ley 10.592 —según ley 13.508—,

²⁸⁵ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 132, parág. 885: “La determinación de cuáles deficiencias físicas influyen o no en la posibilidad de que una persona ingrese como agente a la Administración Pública, es materia que debe resolver la reglamentación que al efecto se dicte. Ejemplo típico es la *sordera*, que en determinados empleos o funciones públicas obsta al ingreso de la persona a la Administración Pública, y que en otros empleos o funciones no influye para tal ingreso. En general, como bien se ha dicho, ‘los requisitos de capacidad física de los empleos militares o de policía armada, no pueden ser los mismos que para los empleos civiles. En todos los casos, la idoneidad física está condicionada con la naturaleza del servicio’”.

²⁸⁶ Fuente www.dpp.sg.gov.ar.

²⁸⁷ El decreto 26/2008 aprueba la reestructuración orgánico funcional de la Secretaría General de la Gobernación conforme a las nuevas competencias asignadas por la Ley de Ministerios 13.757.

²⁸⁸ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III.B, p. 132, parág. 885.

²⁸⁹ Art. 8º, ley 10.592 (texto según ley 13.508): “El Estado Provincial, sus organismos descentralizados, las empresas del Estado, las municipalidades, personas jurídicas de derecho público no estatal creadas por ley, las empresas subsidiadas por el Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, están obligados a ocupar personas discapacitadas que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al cuatro (4) por ciento de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser ocupados exclusivamente por ellas, de acuerdo con las modalidades que fije la reglamentación.

”El porcentaje determinado en el párrafo anterior será de aplicación sobre el personal de planta permanente, temporaria, transitoria y/o personal contratado cualquiera sea la modalidad de contratación. Asimismo y a los fines del efectivo cumplimiento del mínimo establecido, todos los entes enunciados

estipula un cupo no inferior al 4% de la totalidad del personal que debe ser cubierto por personas discapacitadas, con idoneidad para el cargo, dentro de la planta de la Administración Pública provincial, municipalidades y personas públicas no estatales.

5. Idoneidad vs. edad

La edad no es un parámetro que permita acreditar condiciones de idoneidad o la falta de ésta. A lo sumo puede ser entendida como una presunción cuando se ha consagrado un piso que señale parámetros de madurez, no así cuando se trata de poner un techo para el ingreso, esto es, una edad máxima. Cuestión diferente es la incapacidad de hecho relativa que en diferentes grados consagra el Código Civil y que debe ser tenida en cuenta a la hora de contratar menores de edad.

Sin embargo, la habilitación legal para acceder a un empleo estatal es una cuestión propia del derecho público²⁹⁰ que será regulada por normas de esta índole. En el caso, la regulación es eminentemente local por pertenecer a la esfera provincial.

Tal vez, la edad máxima para iniciar una relación laboral pueda ser considerada un impedimento desde el punto de vista patrimonial, teniendo en cuenta la ecuación económico-financiera que supone el régimen de reparto previsional formado por los aportes y contribuciones de los agentes en actividad, lo que también es relativo, ya que, en principio, sólo podrá afectarla frente a determinado tipo de prestaciones (v.gr. pensiones por fallecimiento, jubilaciones por invalidez), ya que la jubilación ordinaria siempre requiere el cumplimiento de los mismos requisitos para todos los agentes, siendo uno de ellos el de haber prestado una determinada cantidad de años de servicios y de aportes.

En otro sentido, Rafael Bielsa ha justificado el límite de edad para el ingreso en la dinámica de la carrera que implica comenzar a desempeñarse en determinadas funciones, tal el caso de los diplomáticos o militares²⁹¹.

En cambio, Manuel María Díez ha entendido que el límite máximo tiene como fin evitar que lleguen a los cargos públicos personas privadas del vigor necesario para un buen cumplimiento de su función²⁹². Fundamento que quizás pueda entenderse respecto de actividades que requieran la realización de determinados esfuerzos físicos pero no puede tomarse como presunción genérica de falta de idoneidad el haber llegado a determinada edad, ya que las potencialidades de una persona pueden medirse a través de otro tipo de evaluaciones, como el perfil mediante test y entrevistas realizados por profesionales idóneos.

El art. 2º, inc. b), ley 10.430, establece como edad mínima para el ingreso la de 18 años.

El Código Civil instituye que la incapacidad de los menores cesa al haber cumplido 21 años, por mayoría de edad, y por emancipación o habilitación. Dicho cuerpo admite una excepción aplicable en este caso, respecto de los menores que cumplirán 18 años, al permitirles la celebración de contrato de trabajo sin consentimiento

en el párrafo precedente, deberán comunicar a la Autoridad de Aplicación el relevamiento efectuado sobre el porcentaje aquí prescripto, precisando las vacantes existentes y las condiciones para el puesto o cargo que deba cubrirse”.

²⁹⁰ BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo...*, cit., p. 109.

²⁹¹ BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo...*, cit., p. 111.

²⁹² DIEZ, Manuel M., *Manual de derecho...*, cit., t. II, p. 95.

ni autorización de sus representantes, presumiéndose que está autorizado para ello (art. 128, ap. 2 del Código Civil).

La ley 10.430 también regula la contratación de menores de 18 años en el art. 167²⁹³. Esta norma prevé la admisión de menores adultos entre 14 y 17 años como participantes, aprendices de oficio, mensajeros o cadetes para cubrir vacantes efectivas dentro de la planta funcional. Luego de cumplir 18 años y si tuviere como mínimo un año continuado de antigüedad, pasará a la planta permanente en la clase inicial del escalafón en el que venía desempeñando actividades, para lo cual debe reunir las demás condiciones para el ingreso; en estas circunstancias, ello será en forma automática.

Esta redacción merece dos observaciones: la primera es que el ingreso de estos menores no exime a la Administración de realizar un proceso de selección, más aun si tenemos en cuenta que transcurrido un año y cumplidos los 18 años éste puede pasar automáticamente como planta permanente.

La segunda es que no se prevé si la relación del menor de 18 años tiene estabilidad; parece interpretarse de la redacción de la norma que ésta se adquiriría recién al cumplirse las condiciones previstas: 18 años, un año de cumplimiento continuo en el régimen del art. 167 y los demás requisitos para el ingreso previstos en la ley 10.430; el pasaje de un régimen a otro se produce automáticamente. La falta de estabilidad no implica que el menor se encuentre en situación de precariedad, la reglamentación deberá regular razonablemente la forma en que debe desarrollarse la relación. Como derivación de esta interpretación, desde el momento en que acredita los requisitos de idoneidad es que la Administración está en condiciones de evaluar su desempeño, por lo que es desde aquí en que debe comenzar a computarse el período de prueba dentro de la planta permanente.

Como alternativa, el art. 167, último párrafo, prevé la posibilidad de incorporar a los menores hasta 18 años como personal transitorio.

En estos casos, de acuerdo con el art. 275 del Código Civil, última parte, los hijos menores que no hubieren cumplido 18 años "tampoco pueden... ejercer oficio, profesión o industria, ni obligar a sus personas de otra manera sin autorización de sus padres". Pero el art. 283 prevé que se presume que los menores adultos —cfr. art. 127 del CCiv. son los menores mayores de 14 hasta los 21 años—, si ejercen algún empleo, profesión o industria, están autorizados para todos los actos y contratos concernientes a éstos. Ello sin perjuicio que por matrimonio pueden emanciparse. El art. 283 remite genéricamente al texto del art. 131. Este último artículo contempla dos supuestos de emancipación: por matrimonio y por habilitación de edad cuando hubieren cumplido 18 años. La remisión a este último supuesto es innecesaria, ya que el segundo párrafo del art. 128 prevé expresamente la plena capacidad de los

²⁹³ Art. 167, ley 10.430: "Los menores entre catorce y diecisiete años de edad podrán ser admitidos en la Administración, en calidad de practicantes administrativos, aprendices de oficio, mensajeros o cadetes de servicios en las condiciones que la reglamentación disponga, con afectación de vacantes del plantel básico.

"El menor que al cumplir dieciocho años de edad se haya desempeñado en forma ininterrumpida durante un período no inferior a un año pasará a revistar automáticamente como personal permanente, en el grado inferior a la clase inicial del respectivo escalafón siempre y cuando reúna las demás condiciones de ingreso, de manera automática.

"Los menores podrán ser designados también como personal transitorio con los derechos y obligaciones de este personal".

menores cuando cumplieren 18 años, para celebrar contratos de trabajo en actividad honesta sin necesidad de consentimiento ni autorización de su representante legal (padres o tutores).

Un tema a dilucidar es el momento en que este requisito debe ser cumplido; entendemos que la edad mínima debe acreditarse a la fecha de vencimiento del plazo para el llamado a concurso o procedimiento de selección para cubrir el cargo²⁹⁴.

El art. 2º, inc. b), ley 10.430, pone como límite de edad como requisito de admisibilidad el de 50 años, salvo que los aspirantes tengan servicios prestados anteriormente, pudiendo acrecentarse el tope de edad por cada año de servicios acreditados hasta un máximo de diez años, por lo que el límite pasa a ser de 60 años.

El máximo de edad puede ser excepcionado por leyes específicas de aplicación en la provincia. La redacción puede dar lugar a interpretar que estas excepciones pueden regularse tanto a través de leyes propiamente provinciales como aquellas leyes administrativas nacionales de aplicación en la provincia (un ejemplo de este tipo de leyes, aunque no en materia de empleo público, es la ley 20.680 de Abastecimiento), supuesto que en esta materia puede darse frente a la transferencia de personal que antes se desempeñaba en el ámbito nacional y que, respecto de dicho rubro, el sector mantenga el régimen sustancial de la actividad específica que lo regía con anterioridad a la transferencia.

El art. 2º, inc. b), también excluye del requisito del límite de edad al personal de planta temporaria. Como correlato de este inciso, el art. 112²⁹⁵ se refiere al personal de planta temporaria, excepcionándolo del requisito de edad, pero estableciendo que se mantienen el resto de los requisitos de admisibilidad del art. 2º y los impedimentos del art. 3º de la ley de referencia.

6. Idoneidad vs. ciudadanía

La nacionalidad no es un requisito que, en general, permita medir la idoneidad de una persona, no obstante ello se la ha incluido como requisito para ingresar a la Administración Pública provincial.

Recordemos que el art. 16 de la Constitución Nacional incluye a todos los habitantes bajo la garantía de igualdad en el acceso a los cargos públicos. A su vez, por su art. 20 garantiza todos los derechos civiles a los extranjeros. En este caso,

²⁹⁴ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 389. Este autor ha entendido que "...el cumplimiento de este requisito debe ser referido, cuando se trate de nombramiento por la vía del concurso, no al momento del acto del nombramiento sino al del decreto convocando a oposición, por cuanto la fecha del decreto de concurso es un término cierto e igual para todos los concurrentes, mientras que el momento del acto de nombramiento es un término incierto, variable e imprevisible, dependiente de la duración del concurso, de la vacancia actual o futura de los cargos, de la facultad discrecional de la Administración Pública, que puede a su arbitrio acelerar o retardar la provisión del nombramiento".

Consideramos que poner como límite para acreditar el requisito de edad la fecha de cierre para la presentación de postulaciones al concurso o procedimiento de selección respeta adecuadamente la exigencia de igualdad que el principio de concurrencia del procedimiento concursal exige.

²⁹⁵ Art. 112, ley 10.430: "No podrá ser admitido como personal temporario aquel que esté alcanzado por alguno de los impedimentos citados en el art. 3º y/o no reúna las condiciones de admisibilidad para el ingreso con excepción del requisito de la edad".

“derecho civil” debe entenderse como opuesto a “derecho político”²⁹⁶. En el caso, los derechos nacidos de una relación de derecho público entran dentro de la primera categoría.

El proyecto de Constitución para la Confederación argentina de Juan Bautista Alberdi contenía una disposición específica para garantizar como principio el acceso de los extranjeros a los empleos, disponiendo que en ningún caso pudieran ser excluidos sólo por su origen²⁹⁷.

La limitación para ocupar cargos públicos por la condición de extranjero constituye una “categoría sospechosa”.

Bielsa da como ejemplos de limitación razonable a los extranjeros el desempeño de funciones en el servicio diplomático y consular. Este autor entendió que los nacionales tienen o deben tener más responsabilidad, que no puede exigirse al extranjero con justicia. Entendió que debe prescribirse el requisito de ciudadanía para el ejercicio de las funciones políticas, judiciales y de dirección superior de la Administración, aunque observa que ha habido extranjeros que en la función pública evidenciaron una responsabilidad y respeto hacia la Constitución y la Nación mayor que ciudadanos y, al revés, ciudadanos que prevaricaron en funciones del más alto nivel, pero que se trataría de excepciones que no deben fundar la regla²⁹⁸.

Benjamín Villegas Basavilbaso ha entendido que la ciudadanía, salvo en los casos expresamente estatuidos en la Constitución, no es un requisito indispensable para el ejercicio de los empleos o funciones públicas. Entendió que una interpretación rigurosa del art. 16 impediría una restricción legal pero que una interpretación ortodoxa sería contradictoria con la legislación en la materia y con el propio concepto de idoneidad, para terminar coincidiendo con la opinión de Rafael Bielsa, en cuanto a que la ciudadanía puede ser exigida como requisito de idoneidad como cualidad

²⁹⁶ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, t. III, p. 106. Este autor, en cambio, ha entendido que el art. 20 ha restringido su alcance al campo del derecho privado. Este artículo correlacionado con el art. 16 adquiere una importancia especial también en la esfera del derecho público, en el que consideró que, además de las establecidas expresamente en la Constitución, hay otras normas.

²⁹⁷ Primera parte, capítulo III. Derecho público deferido a los extranjeros

Art. 21: “Ningún extranjero es más privilegiado que otro. Todos gozan de los derechos civiles inherentes al ciudadano, y pueden comprar, vender, locar, ejercer industrias y profesiones, darse a todo trabajo; poseer toda clase de propiedades y disponer de ellas en cualquier forma; entrar y salir del país con ellas, frecuentar con sus buques los puertos de la República, navegar en sus ríos y costas. Están libres de empréstitos forzosos, de exacciones y requisiciones militares. Disfrutan de entera libertad de conciencia, y pueden construir capillas en cualquier lugar de la República. Sus contratos matrimoniales no pueden ser invalidados porque carezcan de conformidad con los requisitos religiosos de cualquier creencia, si estuviesen legalmente celebrados.

”No están obligados a admitir la ciudadanía.

”Gozan de estas garantías sin necesidad de tratados, y ninguna cuestión de guerra puede ser causa de que se suspenda su ejercicio.

”Son admisibles a los empleos, según las condiciones de la ley, que en ningún caso puede excluirlos por sólo el motivo de su origen.

”Obtienen naturalización, residiendo dos años continuos en el país; la obtienen sin este requisito los colonos, los que se establecen en lugares habitados por indígenas o en tierras despobladas; los que emprenden y realizan grandes trabajos de utilidad pública; los que introducen grandes fortunas en el país; los que se recomiendan por invenciones o aplicaciones de grande utilidad general para la República”.

²⁹⁸ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., p. 107.

concreta frente a la diversidad de funciones o empleos. Regulación que considera, ante la ausencia de norma legal, puede ejercer el Poder Ejecutivo²⁹⁹.

Miguel S. Marienhoff interpretó que la amplitud del art. 16 de la Constitución Nacional impide las discriminaciones subjetivas pero permite excepciones razonables de carácter objetivo general, entre las que cabe incluir el requisito de la ciudadanía argentina. Cita el ejemplo de diferentes Constituciones provinciales en las que se consagra la exigencia de ciudadanía para ocupar cargos públicos y ha entendido que en estos casos debe prevalecer la manda provincial por sobre el art. 20 en virtud del entonces art. 105 (actualmente art. 122) de la Constitución Nacional³⁰⁰.

Debemos destacar que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires sienta un principio general de apertura, al prever la participación política de los extranjeros en el gobierno municipal como integrantes del departamento deliberativo, hasta un máximo de un tercio de sus miembros, siempre que estén inscriptos en un registro especial y tengan como mínimo cinco años de residencia, tal como lo consagra el inc. 2° del art. 191³⁰¹ de la Carta provincial.

Germán Bidart Campos, en cambio, consideró, como principio general, que las normas que exigen ser argentino para ingresar a la Administración se presumen inconstitucionales, con algunas excepciones, tal el caso del servicio exterior³⁰².

Miguel Ángel Ekmekdjian distingue distintas categorías: a) los agentes del Estado en general; b) las profesiones o actividades que, dependiendo o no directamente del Estado, están relacionadas con la defensa nacional; c) las actividades relacionadas con los servicios públicos esenciales; d) las restantes actividades. Entiende razonable que se exija en el primero y segundo caso la ciudadanía argentina; en cambio, para los empleados, funcionarios y agentes de servicios públicos esenciales, electricidad, comunicaciones, transportes, materiales estratégicos, etc., ya sea que estén a cargo del Estado o de empresas privadas, estima que la discriminación entre nacionales y extranjeros debe tener una presunción de inconstitucionalidad que

²⁹⁹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., p. 368.

³⁰⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 125, parág. 880.

³⁰¹ Art. 191 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "La Legislatura deslindará las atribuciones y responsabilidades de cada departamento, confiriéndoles las facultades necesarias para que ellos puedan atender eficazmente a todos los intereses y servicios locales, con sujeción a las siguientes bases:

"1. El número de miembros del departamento deliberativo se fijará con relación a la población de cada distrito.

"2. Serán electores los ciudadanos inscriptos en el registro electoral del distrito y además los extranjeros mayores de edad que sepan leer y escribir en idioma nacional, con dos años de residencia inmediata en el municipio, que estén inscriptos en un registro especial y paguen anualmente impuestos fiscales o municipales que en conjunto no bajen de doscientos pesos.

"3. Serán elegibles todos los ciudadanos mayores de veinticinco años, que sepan leer y escribir, vecinos del distrito, con un año de domicilio anterior a la elección y si son extranjeros, tengan además cinco años de residencia y estén inscriptos en el registro especial.

"4. Las funciones municipales serán carga pública, de la que nadie podrá excusarse sino por excepción fundada en la ley de la materia.

"5. El ciudadano a cargo del departamento ejecutivo durará cuatro años en sus funciones. Para desempeñar este cargo se requiere ciudadanía en ejercicio y las condiciones necesarias para ser concejal.

"6. Los concejales extranjeros no podrán exceder de la tercera parte del número total de los miembros del Concejo Deliberante".

³⁰² BIDART CAMPOS, Germán, *Tratado elemental...*, t. I, cit., p. 393.

debe ser desvirtuada razonablemente por el Estado. Este autor ha dado el ejemplo de funcionarios de primer nivel de empresas privatizadas del sector eléctrico que en su calidad de residentes en el país firman contratos o documentos con su pasaporte extranjero³⁰³. Finalmente, respecto del último supuesto señala que resultaría inconstitucional exigir la nacionalidad argentina; dentro de este grupo incluye a los docentes³⁰⁴.

La diferenciación resulta relativa, ya que, salvo en el caso de actividades sensibles para la seguridad o defensa de la Nación, el desempeño de un agente en la mayoría de las dependencias de la Administración Pública, tanto nacional, provincial como municipal, no parece resultar peligrosa, más aun si lo comparamos con el ejercicio de funciones gerenciales en servicios públicos privatizados, esenciales en áreas vinculadas con la defensa nacional o a la producción de insumos o materiales vinculados a ella.

El inc. a) del art. 2º, ley 10.430, establece como principio la condición de ser argentino, nativo, por opción o naturalizado. Sin embargo, acepta el ingreso de extranjeros por dos circunstancias: una excepción de carácter subjetivo permite el acceso a quien invoque tener vínculo de parentesco por consanguinidad en primer grado —es decir, padres e hijos— o por matrimonio con ciudadanos argentinos, para lo cual además debe demostrar haber residido como mínimo cinco años en el país y otra excepción de carácter objetivo, ya que permite a la Administración contratar personal extranjero cuando el cargo a cubrir sea indispensable y se requieran conocimientos profesionales, técnicos o de naturaleza especial. La ley remite a la reglamentación para permitir a los extranjeros obtener la carta de ciudadanía.

La reglamentación del art. 2º, inc. a), por el decreto 4161/1996 prevé que la nacionalidad se acredita con documento de identidad o partida de nacimiento.

En el caso de los extranjeros que ingresen por parentesco, el vínculo de consanguinidad se prueba con la partida de nacimiento, y el matrimonio con la libreta respectiva, documentación que exige legalización cuando provenga de otra jurisdicción.

Recordemos que los hijos de argentinos nativos pueden optar por la nacionalidad argentina, en cuyo caso deberán demostrar el vínculo ante la autoridad judicial, que debe decidir constatando los antecedentes, resolución que no debe ser equiparada a una carta de ciudadanía³⁰⁵.

La reglamentación establece que los extranjeros designados conforme a la habilitación estatutaria deben presentar carta de ciudadanía dentro del término de doce meses desde su designación; si el agente demostrare fehacientemente la imposibilidad de cumplimentar el trámite en dicho término, el Poder Ejecutivo puede otorgarle una prórroga por el término de dos años, se entiende adicional al primer período.

El decreto de designación debe determinar las razones que justifiquen la designación del extranjero.

Entendemos que la reglamentación debe interpretarse restrictivamente por tratarse de una "categoría sospechosa" limitativa de la garantía consagrada en el art. 20 de la Constitución Nacional.

³⁰³ EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado...*, cit., p. 439.

³⁰⁴ EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado...*, cit., p. 442.

³⁰⁵ EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado...*, cit., p. 452.

En virtud de ello resulta por lo menos cuestionable exigirle carta de ciudadanía a quien siendo extranjero fue contratado por su especial versación o su preparación en un oficio o profesión para cubrir un cargo indispensable.

7. Religión y género como requisitos para el ingreso al empleo público

La Constitución Nacional, a partir de la reforma de 1994, ha eliminado el requisito para acceder a los cargos de presidente y vicepresidente de adscribir al culto católico apostólico romano, por lo que prácticamente no quedan ejemplos en los que la religión constituya un requisito para el ingreso a un cargo o función pública.

Lo que sucede en algunos casos es la presencia de ministros de culto que prestan servicios en instituciones oficiales³⁰⁶, ya que en determinados organismos se ha mantenido un vínculo mayor con la Iglesia católica apostólica romana.

En la provincia de Buenos Aires es el caso de la policía y del Servicio Penitenciario que disponen de capellanías oficiales, en el primer caso, regidos por el art. 213, ley 13.482 de Unificación de las Policías; en el segundo, por el decreto-ley 8815/1977. También se rigen por éste algunos religiosos que se desempeñan dentro de la estructura de los Ministerios de Salud y de Desarrollo Humano, tal como se explicara en el capítulo destinado a los regímenes de excepción a la ley 10.430.

Actualmente el sexo no tiene, en general, incidencia alguna para el desempeño de un cargo público, aunque sí se tiene en cuenta para el desempeño de funciones religiosas que así lo requieran.

En el régimen del Servicio Penitenciario regulado por el decreto-ley 9578/1980 se mantienen distinciones en la especificación de los requisitos para el ingreso de hombres y mujeres a los diferentes escalafones, así como también en el desarrollo del servicio³⁰⁷; no obstante ello, no existe limitación por sexo para ocupar los cargos más altos de la institución, tal el caso del jefe del Servicio Penitenciario³⁰⁸.

El régimen para el personal policial se encuentra regulado por las leyes 13.201 para el personal con estado policial y por el decreto 1766/2005 para el personal de apoyo, y en ninguno de los dos se realizan distinciones en razón del género.

³⁰⁶ NAVARRO FLORIA, Juan G., "Presencia de los ministros de culto en actos o espacios públicos", ponencia presentada en el IV Coloquio del Consorcio Latinoamericano de Libertad Religiosa, "La presencia de lo religioso en el ámbito público", Pontificia Universidad Católica de Chile, 12 al 14 de agosto de 2004.

³⁰⁷ Art. 65, dec.-ley 9578/1980: "El personal femenino del Escalafón Cuerpo General, se subordinará al personal masculino del mismo escalafón en procedimientos propios del Servicio de Seguridad, salvo los que sean relacionados específicamente con lo que corresponda al personal femenino".

Art. 52, dec.-ley 9578/1980: "Los agentes penitenciarios pertenecientes al Escalafón Cuerpo General, Personal Superior, podrán desempeñar de acuerdo a su nivel jerárquico las funciones que para cada caso se indican en el Anexo I (*).

"Exceptúase al Personal Femenino que acceda a la máxima jerarquía para cubrir los cargos de Director de Seguridad y Régimen Penitenciario".

(*). Agregado por decreto 886 del 8/4/1992 y modificado por decreto 2458 del 29/8/1994.

³⁰⁸ Art. 12, dec.-ley 9079/1978 (texto según ley 10.158): "La designación recaerá en un civil con título de abogado, matriculado en la Provincia de Buenos Aires y con tres (3) años como mínimo de ejercicio profesional en la misma, o en un (1) Jefe Superior del grado máximo del Servicio Penitenciario en actividad o en situación de retiro".

8. Idoneidad institucional

La reforma constitucional de 1994 ha fortalecido las garantías para proteger el sistema democrático de gobierno. En materia de empleo público, tanto la Constitución Nacional como la de la Provincia de Buenos Aires han destinado reglas específicas para castigar a quienes actúen contra las instituciones legítimamente constituidas. La defensa del orden institucional se consagra respecto de dos tipos de actos: 1) de fuerza (directa o indirecta³⁰⁹) contra el orden constitucional; 2) de corrupción en perjuicio del Estado.

El art. 36 protege a las autoridades legítimamente instituidas frente a quienes tratan de removerlos fuera de los mecanismos constitucionalmente previstos³¹⁰. Con ello se ha tratado de poner límite a la constante y prolongada alteración del sistema democrático a través de los distintos golpes de Estado que se produjeron en nuestro país desde 1930 hasta 1983.

Prohíbe la imposición de estatutos por sobre la Constitución y la nulidad de los actos realizados en contra del sistema democrático. Sus autores son considerados infames traidores a la patria en los términos del art. 29 de la Constitución Nacional, previsto para los gobernantes que reciban facultades extraordinarias o la suma del poder público y, en lo que hace a la función pública, quedan inhabilitados para ocupar cargos públicos a perpetuidad, sin que en el futuro pueda otorgarse respecto de ellos indulto o conmutación de penas. La sanción se extiende a quienes, sin ser los ejecutores, como consecuencia de los actos de fuerza, usurparen las funciones de autoridades previstas en la Constitución, como también las previstas en las Constituciones provinciales.

El art. 3°³¹¹ de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires también se encarga de quienes intenten oponerse a las autoridades constitucionales a través del uso de la fuerza.

³⁰⁹ GELLI, María A., *Constitución de la Nación...*, cit., p. 316.

³¹⁰ Primero a cuarto párrafo del art. 36 de la Constitución de la Nación Argentina: "Esta Constitución mantendrá su imperio aun cuando se interrumpiere su observancia por actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático. Estos actos serán insanablemente nulos.

"Sus autores serán pasibles de la sanción prevista en el art. 29, inhabilitados a perpetuidad para ocupar cargos públicos y excluidos de los beneficios del indulto y la conmutación de penas.

"Tendrán las mismas sanciones quienes, como consecuencia de estos actos, usurparen funciones previstas para las autoridades de esta Constitución o las de las provincias, los que responderán civil y penalmente de sus actos. Las acciones respectivas serán imprescriptibles.

"Todos los ciudadanos tienen el derecho de resistencia contra quienes ejecutaren los actos de fuerza enunciados en este artículo".

³¹¹ Art. 3° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "En ningún caso y bajo ninguna circunstancia las autoridades provinciales pueden impedir la vigencia de esta Constitución".

"Toda alteración, modificación, supresión o reforma de la presente Constitución dispuesta por un poder no constituido o realizada sin respetar los procedimientos en ella previstos, como así también la arrogación ilegítima de funciones de un poder en desmedro de otro, será nula de nulidad absoluta y los actos que de ellos se deriven quedarán sujetos a revisión ulterior.

"Quienes ordenaren, ejecutaren o consintieren actos o hechos para desplazar inconstitucionalmente a las autoridades constituidas regularmente, y aquellos que ejercieren funciones de responsabilidad o asesoramiento político en cualquiera de los poderes públicos, ya sean nacionales, provinciales o municipales, quedarán inhabilitados a perpetuidad para ejercer cargos o empleos públicos, sin perjuicio de las sanciones civiles y penales que fueren aplicables. También agravan y lesionan la sustancia del orden constitucional los actos de corrupción. La ley creará el Tribunal Social de Responsabilidad Política

Los alcances en la Carta provincial son mucho más amplios que los de la federal, ya que alcanza con sanción de inhabilitación perpetua para ejercer cargos o empleos públicos a todos aquellos que ordenaren, ejecutaren o consintieren actos o hechos para desplazar, fuera de los mecanismos constitucionales, a las autoridades que legítimamente ejercen sus funciones. Incluye a todos aquellos que ejercieren funciones de responsabilidad política o a quienes asesoraren a éstos, tanto a nivel nacional como provincial o municipal. La extensión del castigo alcanza no sólo a quienes actúan activamente sino también a los que con su conducta pasiva no se oponen a la usurpación de las instituciones democráticas. La norma constitucional por su redacción extiende la inhabilitación a quienes, sin ejercer actos de fuerza, usurparen o ejercieren funciones de responsabilidad política o de asesoramiento a quienes la tengan en cualquiera de los tres poderes en todos los órdenes de la organización federal, más allá de los cargos institucionales expresamente regulados en la Constitución a diferencia de la Carta Federal.

En segundo lugar, tanto la Constitución Nacional, como la de la Provincia de Buenos Aires sancionan a quienes realicen actos de corrupción, reconociendo la trascendencia que el combate y castigo a este flagelo endémico tiene para el basamento de la organización política de nuestro Estado en los distintos niveles de gobierno.

En este sentido, el art. 36 de la Constitución Nacional en sus dos últimos párrafos³¹², castiga a quienes se enriquecieron a costa del Estado cometiendo delitos de naturaleza dolosa, con inhabilitación para ocupar cargos o empleos públicos. En este caso, a diferencia del primer supuesto (esto es, quienes atentaran contra las autoridades democráticas), la inhabilitación no ha sido prevista como perpetua y queda sometida a reglamentación por ley.

Como respuesta a esta exigencia constitucional se sancionó la ley 25.188 de Ética en la Función Pública. Dicha norma, si bien destinada a los funcionarios del ámbito federal, debe ser considerada una ley base, de la misma manera que en materia ambiental contamos con leyes de presupuestos mínimos —leyes 25.675 y 25.831, entre otras—, en defensa del consumidor —en forma ultra activa por tener vigencia anterior a la reforma constitucional—. Así como con la ley 24.240, en materia educativa, en cumplimiento de la previsión del tercer párrafo del art. 75, inc. 19 de la Constitución Nacional y con la ley 26.206 de educación nacional. En virtud de tratarse de una ley de base, los principios liminares que se han sentado en la ley de ética pública deben ser respetados por las jurisdicciones locales³¹³, esto es, dichas

que tendrá a su cargo examinar los actos de corrupción que pudieren cometer los funcionarios de los poderes públicos, provinciales y municipales.

³¹² "A los habitantes de la Provincia les asiste el derecho de no acatar las órdenes o disposiciones provenientes de los usurpadores de los poderes públicos".

³¹² Quinto y sexto párrafo del art. 36 de la Constitución Nacional: "Atentará asimismo contra el sistema democrático quien incurriere en grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, quedando inhabilitado por el tiempo que las leyes determinen para ocupar cargos o empleos públicos.

"El Congreso sancionará una ley sobre ética pública para el ejercicio de la función".

³¹³ Ley 25.188: "...Deberes y pautas de comportamiento ético. Art. 2º: Los sujetos comprendidos en esta ley se encuentran obligados a cumplir con los siguientes deberes y pautas de comportamiento ético:

"a) cumplir y hacer cumplir estrictamente la Constitución Nacional, las leyes y los reglamentos que en su consecuencia se dicten y defender el sistema republicano y democrático de gobierno;

directrices constituyen presupuestos mínimos que podrán ser modulados de acuerdo con la realidad propia, incluida la específicamente organizacional y normativa de cada jurisdicción, pero no pueden ser desconocidos o disminuidos.

La falta de una normativa integral sobre ética pública³¹⁴ en la provincia de Buenos Aires no obstaculiza la aplicación de estos principios. Es necesario destacar que la invitación que realiza la ley 25.188 a las provincias y al gobierno autónomo de la ciudad de Buenos Aires sólo es a que dicten normas sobre regímenes de declaraciones juradas, obsequios e incompatibilidades³¹⁵.

Por otra parte, incorporadas la Convención Interamericana contra la Corrupción³¹⁶ y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción³¹⁷ a nuestro ordenamiento jurídico, éstas resultan de aplicación a las provincias por ser una reglamentación directa de los derechos y garantías consagrados en la primera parte de la Constitución Nacional.

Sin perjuicio de ello, estos tratados, por tener conexión directa con los tratados de derechos humanos³¹⁸, deberán gozar de jerarquía constitucional en virtud de lo

"b) desempeñarse con la observancia y respeto de los principios y pautas éticas establecidas en la presente ley: honestidad, probidad, rectitud, buena fe y austeridad republicana;

"c) velar en todos sus actos por los intereses del Estado, orientados a la satisfacción del bienestar general, privilegiando de esa manera el interés público sobre el particular;

"d) no recibir ningún beneficio personal indebido vinculado a la realización, retardo u omisión de un acto inherente a sus funciones, ni imponer condiciones especiales que deriven en ello;

"e) fundar sus actos y mostrar la mayor transparencia en las decisiones adoptadas sin restringir información, a menos que una norma o el interés público claramente lo exijan;

"f) proteger y conservar la propiedad del Estado y sólo emplear sus bienes con los fines autorizados. Abstenerse de utilizar información adquirida en el cumplimiento de sus funciones para realizar actividades no relacionadas con sus tareas oficiales o de permitir su uso en beneficio de intereses privados;

"g) abstenerse de usar las instalaciones y servicios del Estado para su beneficio particular o para el de sus familiares, allegados o personas ajenas a la función oficial, a fin de avalar o promover algún producto, servicio o empresa;

"h) observar en los procedimientos de contrataciones públicas en los que intervengan los principios de publicidad, igualdad, concurrencia razonabilidad;

"i) abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en ley procesal civil.

"Art. 3º: Todos los sujetos comprendidos en el art. 1º deberán observar como requisito de permanencia en el cargo, una conducta acorde con la ética pública en el ejercicio de sus funciones. Si así no lo hicieren serán sancionados o removidos por los procedimientos establecidos en el régimen propio de su función".

³¹⁴ STAFFA, Damián, "Políticas protransparencia, situación relativa de la provincia de Buenos Aires y mecanismos para su difusión federal", RAP, nro. 12, marzo de 2004, p. 64.

³¹⁵ Ley 25.188, art. 47: "Se invita a las provincias al Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires para que dicten normas sobre regímenes de declaraciones juradas, obsequios e incompatibilidades vinculadas con la ética de la función pública".

³¹⁶ Ley 24.759, sancionada el 4/12/1996, promulgada de hecho el 13/1/1997.

³¹⁷ Ley 26.097, sancionada 10/5/2006, promulgada de hecho el 6/6/2006, publicada en el Boletín Oficial del 9/6/2006, nro. 30923, p. 1.

³¹⁸ GORDILLO, Agustín, "Un corte transversal...", cit. SPINA, María G., "Convención Interamericana contra la Corrupción: un punto de inflexión para el cambio", RAP Provincia de Buenos Aires, nro. 12, marzo de 2004, p. 41.

dispuesto en el último párrafo del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional³¹⁹, de configurarse el mecanismo allí previsto.

En el caso de la Carta federal, se incluye el delito de enriquecimiento y la exigencia de una ley de ética pública para el ejercicio de la función dentro del capítulo segundo “Nuevos derechos y garantías”; en cambio, en la de la provincia de Buenos Aires, es en los tres primeros artículos en los que se define la esencia de la forma de gobierno adoptada, ahora reforzada por la defensa expresa de la democracia. Allí se repudia a la corrupción y a la usurpación de las instituciones democráticas no sólo como una garantía o un derecho de los ciudadanos sino como contrarias a la sustancia del orden constitucional, esto es, como conductas disvaliosas frente al sostenimiento de las bases esenciales de la organización estatal y de su forma de gobierno, asignándole la importancia que debe tener como garantía estructural para el sostenimiento de aquéllas.

Por otra parte, a diferencia de la Constitución Nacional, la provincial no se limita a reprochar solamente el delito de enriquecimiento, ya que establece una cobertura mayor, al hacer mención a los actos de corrupción en general³²⁰.

La manda constitucional agrega un plus institucional mediante la previsión de un Tribunal Social de Responsabilidad Pública³²¹ con funciones para examinar los actos de corrupción de los funcionarios de todos los poderes públicos, lo que debe entenderse como inclusivo de los tres poderes y no limitado a la Administración Pública³²², comprendiendo tanto a funcionarios provinciales como municipales.

³¹⁹ Art. 75, inc. 22, último párrafo: “Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional”.

³²⁰ BOTASSI, Carlos A., “El derecho frente a la corrupción política”, en memoria de Lisandro de la Torre, LL 2002-I-1029. Considera como actos corruptos no sólo aquellos que se cometen a través de acciones sino también por omisiones, al dejar pasar o dejar hacer.

³²¹ CABRAL, Pablo O., en su publicación “La justicia administrativa como herramienta constitucional de control del sistema político-administrativo”, JA del 3/11/2004, expone: “El constituyente fundamentó la creación del tribunal con las siguientes palabras: Este proyecto apunta a la creación de un tribunal social formado por representantes designados por las instituciones que en su conjunto constituyen todo el espectro de la comunidad organizada. Así, las fuerzas del trabajo, de la cultura, económicas, la Iglesia católica, los colegios profesionales, la tercera edad, las entidades de servicios, entre otros, podrán ejercer una tarea ético-política que la sociedad reclama a grandes voces y que constituye —hoy por hoy— uno de los mayores, sino el principal desafío del hombre preocupado por la cosa pública’. Nos referimos concretamente a la necesidad de recrear la confianza del ciudadano común en aquellos en quienes delega el manejo de los intereses comunes. Hasta ahora las estructuras partidarias se han mostrado inútiles o directamente hostiles a todo esfuerzo de autodepuración. Asimismo los órganos jurisdiccionales han resultado en un todo insuficientes para enfrentar un problema estrictamente político y que por ende requiere soluciones de orden similar. Debe buscarse la forma que permita franquear la formidable barrera de impunidad constituida como verdadero sistema mafioso de protección del delincuente de guante blanco, como forma de evitar la disolución y el colapso de nuestra sociedad política restaurando la confianza del común del pueblo en quien ocasionalmente lo dirige” (*Diario de Sesiones de la Convención Constituyente*, 5ª sesión, 27/7/1994, p. 815).

³²² MORELLO, Augusto M., en su publicación “El Tribunal Social de Responsabilidad Política (la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y la lucha contra la corrupción)”, JA 1997-II-1022, describe un anteproyecto para la creación del tribunal de referencia; en dicha propuesta, éste estaría integrado por magistrados y quedarían excluidos de su competencia los miembros del Tribunal de Cuentas (art. 159, Const. prov.) y jueces de primera instancia y de Cámara (art. 182, Const. prov.), en ambos casos por ser pasibles de ser sometidos a Jurado de Enjuiciamiento.

La consagración de este organismo puede resultar trascendental, no ya para aplicar responsabilidades administrativas, penales o civiles producto de una gestión o de un empleo, sino visto desde la otra cara de la transparencia, también para garantizar la plena publicidad de los actos de gobierno, con el consecuente esclarecimiento de la opinión pública, posibilitando a los ciudadanos tener un mayor conocimiento situacional al momento de ejercer sus derechos políticos.

En lo que hace a la relación de empleo o función pública, su participación puede ser determinante, ya que, independientemente de la imposición de una sanción civil o penal, el Tribunal puede definir la responsabilidad del funcionario y determinar su inhabilidad para permanecer o acceder a cargos públicos.

Es de destacar que, al reglamentar la ley 13.714 destinada a regularizar la cobertura de cargos vacantes en la Administración Pública provincial durante el año 2007, en el art. 15³²³ del decreto 3312/2007, como uno de los ítems a evaluar dentro del tipo de competencia ético institucional, se encuentra la defensa de la democracia.

9. Período a prueba y nombramiento de personal

9.1. *Nombramiento:*

— Art. 5º, ley 10.430:

El nombramiento del personal a que alude este sistema será efectuado por el Poder Ejecutivo a propuesta de la jurisdicción interesada —previa intervención de los organismos competentes en el tema—, los que verificarán que se cumplan debidamente los requisitos exigidos.

— Art. 5º, decreto 4161/1996, reglamentario de la ley 10.430:

La autoridad o funcionario correspondiente deberá abstenerse de poner en posesión del cargo o permitir la prestación de servicio de persona alguna, si no ha recibido la comunicación oficial del acto de nombramiento.

Este artículo fue desarrollado al tratar el punto destinado al nombramiento y toma de posesión del cargo, por lo que remitimos a lo allí comentado.

³²³ Art. 15, dec. 3312/2007: “En los procesos de selección se evaluarán tres tipos de competencias:

”– Competencias ético institucionales: son valores que se manifiestan en comportamientos observables y susceptibles de ponerse en práctica en cada puesto de trabajo. Están referidos al respeto por los derechos humanos y las instituciones de la democracia, como así también a la búsqueda de la justicia y la promoción de la inclusión social en el diseño y ejecución de las políticas de Estado. El compromiso debe manifestarse, particularmente, en la institución estatal en la que se presta servicios, conociendo el plan de gobierno y/o el plan estratégico o Institucional del organismo y reconociendo el rol indelegable del Estado en materia de integración social y promoción del desarrollo. Estas competencias son básicas y comunes a todos los grupos, sin perjuicio de otras específicas del mismo carácter que cada puesto demande...”.

9.2. Provisionalidad

— Art. 6º, ley 10.430:

Todo nombramiento es provisional hasta tanto el agente adquiera estabilidad; este derecho se adquiere a los seis meses de servicio efectivo, siempre que se hayan cumplido en su totalidad los requisitos de admisibilidad fijados en el art. 2º, que no hubiere mediado previamente oposición fundada y debidamente notificada por autoridad competente, en la forma que reglamentariamente se disponga.

Durante el período de prueba al agente ingresado podrá exigírsele la realización de acciones de capacitación y/o formación cuyo resultado podrá condicionar su situación definitiva.

— Art. 6º, decreto 4161/1996:

El agente deberá tomar posesión del cargo, dentro de los treinta días corridos de notificado del decreto de designación, que deberá operarse en el plazo máximo de quince días corridos desde la recepción del acto en el organismo sectorial de personal. Caso contrario, adjuntándose la constancia de haber sido notificado, se dejará en efecto el nombramiento por no haber tomado posesión.

El Poder Ejecutivo podrá disponer el cese del agente durante el período de provisionalidad a que alude la ley, cuando razones de oportunidad, mérito o conveniencia así lo aconsejen.

Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, el superior o, en su caso, el titular de la repartición podrá formular oposición fundada por escrito, la que será notificada al interesado dentro de los seis meses de desempeño efectivo del cargo. Cumplido, los antecedentes se remitirán al organismo sectorial de personal para que se proyecte el acto administrativo de cese, el que deberá ser dictado y notificado dentro de los tres meses siguientes.

Las notificaciones deberán practicarse en la forma y por los medios previstos en el capítulo X del decreto-ley 7647/1970, de procedimiento administrativo o la norma que lo reemplace.

El art. 6º, ley 10.430, regula las condiciones de desempeño en la primera etapa temporal de quien ingresa a la planta permanente de un organismo administrativo.

Durante este período el agente carece de estabilidad, señalando la norma las circunstancias que permiten a la autoridad administrativa dar por extinguida la relación laboral.

El plazo es de seis meses de servicio efectivo. Entendemos que “servicio efectivo” no es lo mismo que “personal en actividad”, concepto que parece clarificarse en el art. 7º, en el que el primero constituye una especie del segundo.

Podemos afirmar que “servicio efectivo” es aquel que concretamente fue desempeñado, interpretación que revela su lógica si consideramos que el plazo de provisionalidad tiene por objeto evaluar el desempeño del agente recién ingresado durante un lapso de seis meses, tiempo que la norma consideró suficiente y prudencial.

A su vez se deja salvada la atribución de la autoridad administrativa de dar por extinguida la relación, de verificarse con posterioridad la detección del incumplimiento de los requisitos previstos en el art. 2º de la propia ley. La misma atribución debe entenderse comprensiva de los supuestos de inhabilidad e incompatibilidad previstos en la ley 10.430 —fundamentalmente en el art. 3º— o en otra normativa específica que los prevea. En estos casos no se está haciendo uso de la potestad

que permite extinguir la relación como consecuencia de la situación provisional del agente sino por vicios en el acto de designación por irregularidades en los requisitos de admisibilidad para el ingreso.

El art. 6° establece en su último párrafo, como exigencia adicional, la potestad de la autoridad administrativa para exigir al agente la realización de cursos de capacitación y/o formación cuya aprobación sea requisito para lograr la estabilidad en el cargo.

Así también dispone la forma en que cabe efectuar la oposición a la continuidad de la relación en el período de provisionalidad. Allí expresa que ésta debe ser fundada, lo que exige un acto debidamente motivado, emanado de la autoridad competente que determine la reglamentación, en principio, la misma autoridad que realizó el nombramiento, dado el principio de paralelismo de las competencias, salvo que haya acto de delegación expresa a otro funcionario (tal el caso del decreto 574/2001). El decreto reglamentario establece que la oposición por escrito la podrán realizar tanto el superior como el titular de la repartición dentro de los seis meses de ejercicio efectivo del cargo.

El acto debe notificarse al agente no confirmado; en este sentido el decreto reglamentario prevé que ésta debe hacerse conforme lo dispone el capítulo X del decreto-ley 7647/1970 o la norma que lo reemplace. El art. 63³²⁴ de la ley de procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires establece la forma en que debe realizarse la notificación.

La reglamentación del art. 6° señala que una vez ejercida y notificada la oposición se deben remitir los antecedentes al organismo sectorial de personal para que proyecte el acto administrativo de cese, el que debe ser dictado y notificado dentro de los tres meses siguientes.

El momento de hacer efectiva la medida de cese es a partir de la notificación del acto, por lo que la relación debe extenderse hasta dicha fecha.

El decreto reglamentario agrega un supuesto no previsto por la ley al permitir al Poder Ejecutivo disponer el cese del agente durante el período de provisionalidad por razones de oportunidad, mérito o conveniencia; sin embargo esta norma debe adecuarse al texto y sentido dado por la ley.

El agente durante el período de prueba goza de los mismos derechos (salvo aquellos derivados de la estabilidad) y tiene los mismos deberes que el resto de los empleados de planta permanente.

Transcurrido el plazo de seis meses sin que se haya hecho uso de la oposición queda extinguida automáticamente la situación de provisionalidad³²⁵.

³²⁴ Art. 63, dec.-ley 7647/1970: "Las notificaciones se realizarán personalmente en el expediente, firmando el interesado ante la autoridad administrativa, previa justificación de identidad o mediante cédula, telegrama colacionado o certificado, recomendado o cualquier otro medio que permita tener constancia de la recepción, de fecha y de identidad del acto notificado y se dirigirá al domicilio constituido por el interesado o en su defecto, a su domicilio real".

³²⁵ DIEZ, Manuel M., *Manual de derecho...*, cit., t. II, p. 103.

10. Determinación de cuando un agente debe ser considerado en situación de actividad

— Art. 7º, ley 10.430:

Servicio activo

El agente revistará en situación de actividad cuando preste servicios efectivos, se encuentre en uso de licencia por enfermedad con goce total, parcial o sin goce de haberes, por actividad gremial, por incorporación a las fuerzas armadas, o en uso de otro tipo de licencias con goce total o parcial de haberes. El uso de licencia sin goce de haberes, salvo lo indicado precedentemente como, asimismo, el término de duración de una suspensión superior a los quince días, coloca al agente en situación de inactividad.

Sin reglamentar.

Este artículo define qué debe entenderse por agente en actividad. En primer lugar, aquel que efectivamente desarrolle servicios; en segundo lugar quien legalmente esté autorizado a no prestarlos, tal es el caso de quienes estén haciendo uso de licencias con goce total o parcial de haberes. En cambio, se considera como situación de inactividad el período en que un agente haga uso de licencias sin goce de haberes o haya sido suspendido por un período superior a los quince días.

El estado de actividad o inactividad puede tener consecuencias respecto del derecho derivado del reconocimiento de antigüedad en el cargo (v.gr. adicionales salariales o tiempo computable en un concurso o promoción) como lo indica el art. 8º, o para el cumplimiento de requisitos de prestación de servicios a los fines previsionales.

El art. 15³²⁶ del decreto-ley 9650/1980 —que contempla el régimen provisional de la provincia de Buenos Aires— tiene en cuenta para el cómputo de servicios los que fueron remunerados.

El art. 16³²⁷ permite que aquellos servicios que sean de carácter honorario prestados a la provincia o a los municipios sean computados siempre que cumplan con determinados requisitos. En este sentido, exige que la autoridad que haya designado al agente realice el nombramiento en forma expresa y además que sea aquella que resulte competente para nombrar agentes en cargos rentados equivalentes. Así también establece que no podrán computarse los servicios honorarios a los fines previsionales prestados antes de los 16 años de edad y también los que hayan sido declarados con ese carácter por la Constitución o por la ley. Por último se remite a la

³²⁶ Art. 15 (texto ley 12.634), dec.-ley 9650/1980: "A los efectos de esta ley se computarán los servicios remunerados que el afiliado hubiere prestado hasta el día del cese en el servicio, aun cuando fueren discontinuos. La reglamentación establecerá el modo de computar el tiempo de servicios por causas que suspenden la relación de empleo, como de quienes realicen tareas a jornal o destajo o por temporada.

"No podrá acreditarse el carácter diferencial o especial de los servicios mediante prueba testimonial exclusiva".

³²⁷ Art. 16, dec.-ley 9650/1980: "Podrán computarse como tiempo de servicios los de carácter honorario prestados a la Provincia y Municipalidades, siempre que existiera designación expresa emanada de autoridad facultada para efectuar nombramientos en cargos rentados equivalentes. En ningún caso se computarán servicios honorarios prestados antes de los dieciséis (16) años de edad, ni los declarados tales por la Constitución o la ley.

"La autoridad de aplicación establecerá pautas objetivas para determinar la efectiva prestación de esos servicios".

reglamentación para la regulación de la forma en que deben haberse prestado servicios efectivos, estableciendo como parámetro legal que debe hacerse con base en pautas objetivas.

— Art. 8º, ley 10.430:

Cómputo de antigüedad

La antigüedad del agente en el orden nacional, provincial o municipal, se establecerá solamente por el tiempo transcurrido en situación de actividad, disponibilidad o suspensión preventiva, siempre que en este último caso la resolución del sumario declare la inocencia del imputado o, en caso contrario, por el tiempo que supere a la sanción aplicada.

Sin reglamentar.

Este artículo será tratado en el capítulo destinado al desarrollo de los derechos del trabajador, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto.

11. Art. 9º. Deber de confeccionar un legajo único en el ámbito de la Administración Pública provincial

— Art. 9º, ley 10.430:

Legajo de antecedentes

En todos los organismos de la Administración Pública provincial se llevará el legajo de cada agente en el que constarán los antecedentes de su actuación y del cual podrá solicitar vista el interesado.

Los servicios certificados por las distintas dependencias serán acumulados de modo que la última pueda expedir la certificación necesaria para los trámites jubilatorios.

— Art. 9º, decreto 4161/1996 :

I. El legajo deberá llevarse en forma clara y legible, empleándose preferentemente letra de imprenta.

Los asientos de servicios en el legajo y circunstancias que pudieren modificarlos (licencias de servicios, reservas de cargo, etc.) deben estar refrendados por funcionario responsable, con sello aclaratorio. Se evitarán enmiendas y tachaduras y, en su caso, deberán salvarse las mismas de puño y letra del responsable.

Dado que cada agente debe contar con un único legajo, el traslado de aquél deberá realizarse juntamente con su legajo personal.

II. La vista del legajo deberá ser concedida a simple solicitud verbal del interesado y sólo podrá ser postergada por razones de servicio debidamente justificadas.

III. El legajo deberá ser confeccionado en el término máximo de ciento veinte días corridos a partir de la toma de posesión. El agente que fehacientemente citado para la confección de su legajo, no compareciere sin causa debidamente justificada, incurrirá en falta disciplinaria.

IV. La obligación de confeccionar el legajo alcanza también al personal de planta temporaria cuyo período de designación supere el plazo previsto en el apartado anterior.

La ley 10.430 dedica un artículo específico para normar el deber de confeccionar un legajo en el que consten los antecedentes y el historial laboral de un agente estatal.

Se consagra la obligatoriedad de llevar un único legajo que debe ser trasladado para el caso en que el agente pase a desempeñarse en otra dependencia.

Se estipula el derecho del agente de poder tomar vista de éste a simple petición. El decreto reglamentario, en el art. 9º, punto III, establece que éste puede ser pedido sin formalidades, regulando que, inclusive, se lo puede hacer verbalmente. Dicha vista no puede ser negada bajo ningún concepto; el decreto reglamentario establece que sólo puede ser postergada por razones de servicio debidamente justificadas. En este último caso, la dilación debe expresarse por escrito y por acto debidamente motivado.

Debe confeccionarse legajo para el personal de planta temporaria siempre que se lo haya designado por un plazo superior a los ciento veinte días, sin perjuicio de ello constituye una pauta de buena administración, confeccionar legajo para todo el personal, tanto para el de planta permanente, transitorio o contratado, ya que un sistema unificado de antecedentes del personal resulta fundamental para su correcta gestión.

La Administración cuenta con un plazo de ciento veinte días para confeccionar el legajo, contado desde el día de toma de posesión del cargo, plazo que, teniendo en cuenta la tarea a realizar, parece excesivamente prolongado.

El punto III del art. 9º del decreto reglamentario 4161/1996 establece el deber de comparecencia del agente ante la citación fehaciente para confeccionar su legajo. Su incomparecencia injustificada es considerada falta disciplinaria.

De la misma manera, si luego de confeccionado el legajo el agente no presta colaboración para completarlo o corregirlo cuando le sea requerido, incurriría en incumplimiento de los deberes de colaboración y obligación de declarar correctamente sus datos personales. Estos deberes genéricos resultan inherentes al ejercicio de la función y al principio de buena fe y se encuentran reflejados en muchos de los deberes consagrados en el art. 78, ley 10.430, fundamentalmente el de obediencia, previsto en el inc. b)³²⁸, el de colaboración, cooperación y respeto plasmado, en el inc. g)³²⁹, y el de conocimiento de las reglamentaciones vigentes que hacen a la operatividad y gestión de la Administración, previsto en el inc. h)³³⁰. Además de ellos, los específicos que

³²⁸ Art. 78, inc. b), ley 10.430: "Obedecer las órdenes de su superior jerárquico con jurisdicción y competencia cuando éstas se refieran al servicio y por actos del mismo y respondan a las determinaciones de la legislación y reglamentación vigentes. Cuestionada una orden dada por el superior jerárquico, advertirá por escrito al mismo sobre toda posible infracción que pueda acarrear su cumplimiento. Si el superior insiste por escrito, la orden se cumplirá".

³²⁹ Art. 78, inc. g), ley 10.430: "Mantener vínculos cordiales, demostrar espíritu de cooperación, solidaridad y respeto para con los demás agentes de la Administración".

³³⁰ Art. 78, inc. h), ley 10.430: "Conocer fehacientemente las reglamentaciones, disposiciones y todas aquellas normas que hacen a la operatividad y gestión de la Administración y las referidas específicamente a las tareas que desempeña".

exigen declarar el patrimonio del inc. l)³³¹, otras tareas lucrativas en el inc. n)³³² y el domicilio actualizado en el inc. o)³³³.

— Art. 10, ley 10.430:

Cobertura interina de vacantes

Los cargos vacantes que correspondan a unidades orgánicas aprobadas por estructura podrán ser cubiertos, en forma interina y por un plazo que no podrá exceder los seis meses, por un agente de igual nivel o de nivel inferior; en este último caso el agente seleccionado ejercerá la función superior en carácter de subrogante y percibirá mensualmente la diferencia salarial que exista con el nivel del cargo superior y los aditamentos que pudiera corresponder en cada caso.

Si transcurridos los seis meses no se produjera la cobertura por concurso, la subrogancia caducará, con responsabilidad para los agentes responsables; solamente el Poder Ejecutivo podrá habilitar por acto administrativo la vacante no cubierta.

— Art. 10, decreto 4161/1996:

Las vacantes definitivas que se produzcan en el agrupamiento jerárquico del estatuto podrán cubrirse interinamente por un lapso que no supere los seis meses.

Cuando se trate de vacantes transitorias, el interinato podrá tener vigencia mientras dure la ausencia del titular del cargo.

Las vacantes definitivas o transitorias del agrupamiento jerárquico, serán cubiertas por los señores ministros, titulares de los organismos de la Constitución, autárquicos y/o descentralizados, asesor general de Gobierno y secretarios de la Gobernación, reconociendo en dicho acto las diferencias salariales que correspondan.

El tratamiento de este artículo se realiza en el capítulo dedicado al desarrollo de los derechos del trabajador al abordar la carrera administrativa.

V. JURISPRUDENCIA VINCULADA A LA CONSTITUCIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICA

Hemos seleccionado distintos fallos, sin limitarnos a aquellos vinculados con el ingreso a los cuadros de la Administración Pública, ya que la valoración que los tribunales han hecho de los requisitos de idoneidad exigidos en distintos cargos públicos, electivos o de nombramiento, resulta de gran utilidad para interpretar los alcances y la razonabilidad en su aplicación.

³³¹ Art. 78, inc. l), ley 10.430: “Declarar bajo juramento, en la forma y tiempo que la ley respectiva y su reglamentación establezcan, los bienes que posea y toda alteración de su patrimonio”.

³³² Art. 78, inc. n), ley 10.430: “Declarar bajo juramento los cargos y/o actividades oficiales o privadas, computables para la jubilación, que desempeñe o haya desempeñado, como asimismo toda otra actividad lucrativa”.

³³³ Art. 78, inc. o), ley 10.430: “Declarar y mantener actualizado su domicilio ante la repartición donde presta servicios, el que subsistirá a todos los efectos legales mientras no denuncie otro nuevo”.

1. Período de prueba

1.1. Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

1) Carga de la prueba de la notificación del acto de oposición en el período de prueba.

Sup. Corte Bs. As., 24/4/1984, B 48.816, "Montero, Delia Beatriz v. Municipalidad de Luján s/demanda contencioso administrativa" (Juez Vivanco —SD—) (Magistrados votantes: Vivanco, Negri, Cavagna Martínez, Rodríguez Villar, Salas).

“Siendo regla que cuando no resulta de las actuaciones una fecha cierta de la notificación formal del acto, debe estarse necesariamente a la que indica la demandante, la demostración de que la notificación se hubo cumplido antes del vencimiento del período de prueba, correspondía a la comuna demandada (art. 375, CPCC Bs. As.)”.

2) Atribuciones de la autoridad administrativa en el período de prueba.

Sup. Corte Bs. As., 12/11/1985, B 48.958, "Civitelli de Genitti, Ana Concepción v. Municipalidad de Bahía Blanca s/demanda contencioso administrativa" (Juez Cavagna Martínez —MA—) (Magistrados votantes: Cavagna Martínez, Negri, Martocci, Mercader, Rodríguez Villar, San Martín).

“El período de prueba —en que se encontraba la funcionaria— permite a la Administración aquilatar las condiciones del agente para determinar si merece pertenecer a su plantel permanente, y durante ese período, puede poner fin a la relación jurídica por ‘razones de servicio’ o ‘de confianza’, ya que no existiendo estabilidad, le asiste al órgano competente la facultad de remover, consecuencia natural del derecho de nombrar”.

3) Requisitos para ejercer la atribución de oposición.

Sup. Corte Bs. As., 30/9/1986, B 49.744, "Cornes, Augusto Horacio v. Municipalidad de San Isidro s/demanda contencioso administrativa" (Juez Negri —SD—) (Magistrados votantes: Negri, Cavagna Martínez, Vivanco, Mercader, Laborde, Ghione, Salas, San Martín, Rodríguez Villar).

“El cese del agente municipal producido durante el período de prueba constituye el ejercicio de una facultad que deriva de la de nombrar, pero su eficacia se encuentra supeditada a un doble condicionamiento: tanto la emisión del acto como su notificación deben producirse con antelación al cumplimiento del período de prueba”.

4) Necesidad de efectuar la notificación de la oposición con anterioridad al vencimiento del plazo de prueba.

Sup. Corte Bs. As., 30/9/1986, B 49.744, "Cornes, Augusto Horacio v. Municipalidad de San Isidro s/demanda contencioso administrativa" (Juez Negri —SD—) (Magistrados votantes: Negri, Cavagna Martínez, Vivanco, Mercader, Laborde, Ghione, Salas, San Martín, Rodríguez Villar).

“Aunque el acto administrativo se haya emitido antes de vencer el plazo de seis meses previsto en el art. 7 de la Ordenanza General 207 la notificación del mismo

efectuada con posterioridad al cumplimiento del período de prueba, resulta inidónea para impedir el nacimiento de los derechos consecuentes de la estabilidad y torna inadmisibile su separación sin previo sumario”.

5) Carga de la prueba de la notificación del acto de oposición en el período de prueba.

Sup. Corte Bs. As., 30/9/1986, B 49.744, “Cornes, Augusto Horacio v. Municipalidad de San Isidro s/demanda contencioso administrativa” (Juez Negri —SD—) (Magistrados votantes: Negri, Cavagna Martínez, Vivanco, Mercader, Laborde, Ghione, Salas, San Martín, Rodríguez Villar).

“La demostración de que la notificación del acto que extingue la relación de empleo público se había cumplido antes del vencimiento del período de prueba corresponde a la autoridad administrativa (arts. 375, CPCC Bs. As. y 25, CPCA)”.

6) Necesidad de fundar el acto de oposición indicando las causales para ello.

Sup. Corte Bs. As. 28/8/1990, B 50.032, “Gallego, Justiniano v. Municipalidad de Quilmes s/demanda contencioso administrativa” (Juez Vivanco —MI—) (Magistrados votantes: Vivanco, Rodríguez Villar, Negri, Laborde, Mercader, Salas, Ghione, Sandmeyer).

“Si bien el cumplimiento del período de prueba tiene por efecto aquilatar las condiciones del agente para el desempeño del cargo y, en caso de que aquél acredite la idoneidad suficiente, la confianza, etc., requerida para el mismo la autoridad administrativa puede disponer su cese desde que ello no implica la imposición de una medida disciplinaria sino el ejercicio de una facultad que deriva de la de nombrar, resulta imprescindible la mención de los causales que llevaron al órgano a adoptar esa actitud. Su incumplimiento torna irrazonable la medida”.

7) Carácter provisorio y condicional del nombramiento durante el período a prueba.

Sup. Corte Bs. As., 27/4/1993, B 51.947, “Pascuas, Diego Martín v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa” (Juez Rodríguez Villar —SD—) (Magistrados votantes: Rodríguez Villar, Negri, Mercader, Laborde, Pisano).

“El agente comprendido en los alcances del art. 6º, ley 10.430, mantiene una designación de naturaleza provisional, hasta que transcurra el período de prueba consagrado en dicha norma. La nota distintiva durante dicho plazo legal es la precariedad del nombramiento. La designación reviste un carácter provisorio y sujeto a una condición temporaria”.

8) Potestad para disponer la extinción de la relación en el período de prueba.

Sup. Corte Bs. As., 27/4/1993, B 51.947, “Pascuas, Diego Martín v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa” (Juez Rodríguez Villar —SD—) (Magistrados votantes: Rodríguez Villar, Negri, Mercader, Laborde, Pisano).

“Durante el período de prueba puede disponerse la cesantía sin causa del agente, ya que el ejercicio de una autorización legal no implica la imposición de una sanción disciplinaria, sino el uso de una facultad que deriva de la de nombrar, no sometida a contralor jurisdiccional”.

9) La potestad para extinguir la relación en el período de prueba es discrecional.

Sup. Corte Bs. As., 27/4/1993, B 51.947, “Pascuas, Diego Martín v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa” (Juez Rodríguez Villar —SD—) (Magistrados votantes: Rodríguez Villar, Negri, Mercader, Laborde, Pisano).

“La valoración puesta de manifiesto por las autoridades durante el período de prueba permite considerar tanto las razones de servicio, de confianza como la idoneidad de la persona en un juicio que compromete el ejercicio de facultades discrecionales. Dicho ámbito resulta ajeno al contralor jurisdiccional, salvo que la determinación padeciera una manifiesta arbitrariedad”.

10) Extinción de la relación laboral en el período de prueba por falta de idoneidad técnica para el cargo.

Sup. Corte Bs. As., 27/4/1993, B 51.947, “Pascuas, Diego Martín v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa” (Juez Rodríguez Villar —SD—) (Magistrados votantes: Rodríguez Villar, Negri, Mercader, Laborde, Pisano).

“Constituye una razón para formular la oposición a la permanencia en el cargo del agente en el período de prueba la circunstancia que el candidato no alcanza los requerimientos operativos del cargo. El error de naturaleza accidental no afecta los elementos del acto administrativo. Tal vicio reviste un carácter leve y puede rectificarse en cualquier momento”.

11) Autoridad competente para ejercer la oposición.

Sup. Corte Bs. As., 27/4/1993, B 51.947, “Pascuas, Diego Martín v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa” (Juez Rodríguez Villar —SD—) (Magistrados votantes: Rodríguez Villar, Negri, Mercader, Laborde, Pisano).

“La oposición establecida en el art. 1º, ap. III del decreto 304/1987 debe ser formulada por el superior o el titular de la repartición. La norma no exige que se trate del superior inmediato”.

12) Incumplimiento del período probatorio por quien se ha desempeñado como agente de planta temporaria.

Sup. Corte Bs. As., 16/11/1993, B 51.827, “Palacios, Stella Maris v. Municipalidad de Brandsen s/demanda contencioso administrativa” (Juez Ghione —OP—) (Magistrados votantes: Mercader, Rodríguez Villar, Negri, Laborde, Ghione, Salas, San Martín).

“Es irregular y por lo tanto revocable por la autoridad administrativa el acto administrativo mediante el cual se decide la incorporación de un agente a la planta permanente considerándose cumplido el período necesario para adquirir estabilidad con

el desempeño cumplido como agente temporáneo, si ese derecho sólo está previsto para agentes designados en la planta permanente y por tanto el período de prueba debe haberse cumplido en ella. Un acto semejante se encuentra viciado en su objeto en tanto decide algo que la norma prevé para una situación de hecho diferente”.

13) El acto de oposición en el período de prueba es el ejercicio de una potestad discrecional.

Sup. Corte Bs. As., 11/4/1995, B 54.512, “Pertusi, Rodolfo Raúl v. Municipalidad de La Plata s/demanda contencioso administrativa” (Juez Laborde —MA—) (Magistrados votantes: Negri, Laborde, Rodríguez Villar, San Martín, Hitters, Salas).

“El acto administrativo de limitación de funciones dictado respecto de un agente que se encuentra desempeñando un cargo durante el período de prueba, fundado en razones de restricción y reordenamiento del gasto público ‘atento las graves condiciones económicas-financieras y la carencia presupuestaria de la Comuna’, revela la existencia de una situación en la cual la Municipalidad actúa dentro del marco de sus facultades discrecionales, cuyo ejercicio atento su carácter y por referirse a un agente sin estabilidad, no resulta revisable por esta Corte”.

14) El cumplimiento del período de prueba exige el cumplimiento del procedimiento previo previsto por la norma.

Sup. Corte Bs. As., 11/4/1995, B 54.512, “Pertusi, Rodolfo Raúl v. Municipalidad de La Plata s/demanda contencioso administrativa” (Juez Negri —MI—) (Magistrados votantes: Negri, Laborde, Rodríguez Villar, San Martín, Hitters, Salas).

“El cumplimiento del período de prueba tiene por efecto aquilatar las condiciones del agente para el desempeño del cargo y, en caso de que aquél no acredite idoneidad suficiente para su desempeño, la autoridad administrativa puede disponer su cese desde que ello no implica la imposición de una medida disciplinaria sino una facultad que deriva de la de nombrar. No obstante resulta imprescindible cumplir con el procedimiento previo que fija la norma”.

15) La facultad de decidir la continuidad de un agente en el período de prueba supone el deber de la Administración de actuar con diligencia y buena fe.

Sup. Corte Bs. As., 9/5/1995, B 51.447, “Pari, Eva Patricia v. Municipalidad de Almirante Brown s/demanda contencioso administrativa” (Juez Pisano —MI—) (Magistrados votantes: Pisano, Rodríguez Villar, Mercader, Negri, Laborde, Salas).

“El período de prueba que prevé el art. 7º de la Ord. Gral. 267 conlleva no sólo una mera facultad de la Administración —decidir sobre la prosecución o no en el cargo del agente que ha nombrado— sino también su deber de actuar con la diligencia y buena fe propias del buen Administrador, surgiendo así el carácter atributivo-prescriptivo de tal actividad, desde que la oposición fundada que pudiese plantear debe inscribirse en un tiempo oportuno (seis meses), transcurrido el cual el agente adquiere estabilidad en el empleo”.

16) Plazo de prescripción bianual para anular el acto de designación irregular.

Sup. Corte Bs. As., 9/5/1995, B 51.447, "Pari, Eva Patricia v. Municipalidad de Almirante Brown s/demanda contencioso administrativa" (Juez Pisano —MI—) (Magistrados votantes: Pisano, Rodríguez Villar, Mercader, Negri, Laborde, Salas).

“Si el acto administrativo de designación de la actora ha dejado de lado las pautas relativas a la carrera administrativa y a un proceso de selección, condicionando dicho nombramiento —como ocurre en la especie— al período de prueba previsto en el art. 7° de la Ord. Gral. 207 (el cual no mediando oposición fundada conduce a la adquisición de estabilidad en el cargo por parte de la agente), cabe ubicar la remisión que hace el art. 117 de la Ord. Gral. 267 (conc. dec.-ley 7647/1970) en la prescripción bianual del art. 4030 del Código Civil, pues en tal caso ha existido falsa causa o error sobre la causa (o motivo) del acto —la agente no reunía los antecedentes administrativos exigibles para acceder a la categoría en cuestión— viciando así la voluntad del órgano en el dictado del mismo”.

17) La Administración tiene la posibilidad de advertir o conocer el error sobre la causa al dictar el acto en el período de prueba.

Sup. Corte Bs. As., 9/5/1995, B 51.447, "Pari, Eva Patricia v. Municipalidad de Almirante Brown s/demanda contencioso administrativa" (Juez Pisano —MI—) (Magistrados votantes: Pisano, Rodríguez Villar, Mercader, Negri, Laborde, Salas).

“El período de prueba del agente (en el caso de seis meses) significa el lapso en el que la autoridad comunal puede resolver sobre la prosecución o no del mismo en el cargo en que ha nombrado a aquél, pues es entonces que tiene la posibilidad de advertir o conocer el error sobre la causa (o motivo) en que incurriera al dictar el acto, tal como plantea el instituto prescriptorio del art. 4030 del Código Civil para que corra el plazo bianual, aplicable de conformidad a la remisión que hace el art. 117 de la Ord. Gral. 267 (conc. dec.-ley 7647/1970)”.

18) Las designaciones irregulares no confieren derecho a permanecer en el cargo sin que el mero transcurso del tiempo sirva para subsanarlas.

Sup. Corte Bs. As., 9/5/1995, B 51.447, "Pari, Eva Patricia v. Municipalidad de Almirante Brown s/demanda contencioso administrativa" (Juez Rodríguez Villar —MA—) (Magistrados votantes: Pisano, Rodríguez Villar, Mercader, Negri, Laborde, Salas).

“Las designaciones irregulares no confieren el derecho a permanecer en el cargo y pueden ser dejadas sin efecto por la sola comprobación del vicio, sin que el mero transcurso del tiempo pueda servir para subsanarlas (doct. causas B. 47.265, 21IX76; B. 47.388, 22II77; B. 49.746, 5IV88; B. 49.831, 27XII88). Sobre todo, en los casos en los que como el de autos la anomalía radica en el incumplimiento de la carrera administrativa, pues el derecho a la estabilidad pierde su cabal sentido cuando se lo desvincula de tal aspecto de la relación jurídica, que implica el derecho de igualdad de oportunidades para la cobertura de cada uno de los niveles y jerarquías previstos sobre la base de calificaciones y antecedentes (conf. causas B. 49.716, Capeika, sent. 3III87, y B. 49.746, Serantes, sent. 5IV88)”.

19) El plazo bianual resulta exiguo para limitar la potestad anulatoria de oficio de la Administración.

Sup. Corte Bs. As., 9/5/1995, B 51.447, "Pari, Eva Patricia v. Municipalidad de Almirante Brown s/demanda contencioso administrativa" (Juez Rodríguez Villar —MA—) (Magistrados votantes: Pisano, Rodríguez Villar, Mercader, Negri, Laborde, Salas).

“Discrepo, por lo tanto, con la argumentación del doctor Pisano acerca de la aplicación del art. 4030 del Código Civil, pues, hallándose comprometido el interés público en la preservación de la juridicidad, como ocurre en la especie, el plazo bianual propuesto deviene exiguo como límite al ejercicio de la potestad anulatoria de oficio por la Administración. En todo caso, el análisis sobre el alcance que corresponde atribuir al instituto prescriptorio previsto en el art. 117 de la Ord. Gral 267 (conc. dec.-ley 7647/1970) debe efectuarse en un contexto más amplio que el meramente temporal, como plantea la propia norma”.

20) El acto de oposición requiere la mención de las causales para adoptar esa actitud, suministrar pruebas de los antecedentes fácticos que pudieran motivar el acto.

Sup. Corte Bs. As., 29/8/1995, B 50.864, "Rodríguez, Oscar Alberto y otro v. Provincia de Buenos Aires (Dirección General de Escuelas) s/demanda contencioso administrativa" (Juez Negri—SD—) (Magistrados votantes: Negri, Mercader, Pisano, Rodríguez Villar, Salas, Ghione, San Martín, Laborde, Hitters).

“El cumplimiento del período de prueba tiene por efecto aquilatar las condiciones del agente para el desempeño del cargo y, en caso de que aquél no acredite la idoneidad suficiente, la confianza, etc., requeridas para el mismo, la autoridad administrativa puede disponer su cese desde que ello no implica la imposición de una medida disciplinaria sino el ejercicio de una facultad que deriva de la de nombrar. No obstante, resulta imprescindible para ello la mención de las causales que llevan al órgano a adoptar esa actitud, esto es, suministrar pruebas de los antecedentes fácticos que pudieran motivar el acto”.

21) Requisitos para que el cese del agente durante el período de prueba: oposición fundada-notificación previa.

Sup. Corte Bs. As., 29/8/1995, B 50.864, "Rodríguez, Oscar Alberto y otro v. Provincia de Buenos Aires. (Dirección General de Escuelas) s/demanda contencioso administrativa" (Juez Negri —SD—) (Magistrados votantes: Negri, Mercader, Pisano, Rodríguez Villar, Salas, Ghione, San Martín, Laborde, Hitters).

“El trámite de oposición previo al cese del agente previsto en el art. 11 del dec. regl. 965/1977 del dec.-ley 8721/1977, exige que se formule aquélla por el jefe de la unidad funcional respectiva y que, ratificada por el titular de la repartición, se notifique al interesado al cumplir los cinco meses de desempeño efectivo del cargo, remitiéndose las actuaciones al organismo sectorial de personal para proyectar el acto administrativo de cese, el cual asimismo debe notificarse al agente antes de los seis meses de desempeño, por lo que si —como en el caso— el procedimiento adolece de tales recaudos —en sustancia, oposición fundada y debida notificación previa—, el acto fundado en él deviene ilegítimo”.

22) Se consideró válida la decisión que dispuso el cese si el procedimiento fue iniciado dentro del plazo legal.

Sup. Corte Bs. As., 13/5/1997, B 53.774, "Serrano, Julio Agustín v. Provincia de Buenos Aires (Serv. Penitenciario) s/demanda contencioso administrativa" (Juez Laborde —MA—) (Magistrados votantes: Negri, Laborde, San Martín, Hitters, Pisano, Ghione, Salas, Pettigiani, De la Cruz).

“Debe rechazarse la demanda que —con fundamento en que el organismo empleador no cumplió con el procedimiento establecido en el dec.-ley 9578/1980— solicita la anulación del acto que dispuso el cese del actor dentro del período de prueba, en tanto de las constancias obrantes en las actuaciones administrativas surge que la Administración inició las actuaciones encaminadas a disponer la baja del agente dentro del plazo legal (arts. 7° del dec.-ley 9578/1980, 3° y 4° del dec. reglamentario)”.

23) No puede considerarse válida la baja durante el período de prueba si no se realizó dentro de dicho período, aun cuando la gestión se hubiere iniciado con anterioridad.

Sup. Corte Bs. As., 13/5/1997, B 53.774, "Serrano, Julio Agustín v. Provincia de Buenos Aires (Serv. Penitenciario) s/demanda contencioso administrativa" (Juez Negri —MI—) (Magistrados votantes: Negri, Laborde, San Martín, Hitters, Pisano, Ghione, Salas, Pettigiani, De la Cruz).

“Corresponde anular la resolución que dispuso la baja del actor como agente del Servicio Penitenciario en tanto de las actuaciones administrativas surge que no se cumplió el trámite previo a la baja del agente en los plazos que indicaba la reglamentación (en el caso el informe exigido por los arts. 7° de la norma de personal y 3° de su reglamentación a los efectos de proceder al cese de agente que se encuentra dentro del período de prueba fue efectuado con posterioridad a la fecha en que se cumplió el plazo acordado al efecto), careciendo de relevancia el hecho de que la gestión respectiva se hubiere iniciado con anterioridad al vencimiento del plazo citado”.

24) No puede considerarse válida la baja durante el período de prueba si se incumple el procedimiento previsto normativamente.

Sup. Corte Bs. As., 13/5/1997, B 53.774, "Serrano, Julio Agustín v. Provincia de Buenos Aires (Serv. Penitenciario) s/demanda contencioso administrativa" (Juez Negri —MI—) (Magistrados votantes: Negri, Laborde, San Martín, Hitters, Pisano, Ghione, Salas, Pettigiani, De la Cruz).

“El art. 7° del dec.-ley 9578/1980 y su reglamentación exigen expresamente que —previo al vencimiento del período de prueba— se eleve al Jefe del Servicio Penitenciario un informe fundado sobre la idoneidad del agente y su condición para el ejercicio del cargo, recaudo que no se cumple en la especie”.

25) Finalidad del período de prueba.

Sup. Corte Bs. As., 13/5/1997, B 53.774, "Serrano, Julio Agustín v. Provincia de Buenos Aires (Serv. Penitenciario) s/demanda contencioso administrativa" (Juez

Negri —MI— (Magistrados votantes: *Negri, Laborde, San Martín, Hitters, Pisano, Ghione, Salas, Pettigiani, De la Cruz*).

“El cumplimiento del período de prueba tiene por efecto aquilatar las condiciones del agente para el desempeño del cargo y, en caso de que aquél no acredite idoneidad requerida para el mismo, la autoridad administrativa puede disponer su cese sin sumario previo, desde que ello no implica la imposición de una medida disciplinaria sino el ejercicio de una facultad que deriva de la de nombrar”.

26) El incumplimiento de los requisitos previstos por la norma acarrea la nulidad del cese.

Sup. Corte Bs. As., 13/5/1997, B 53.774, “Serrano, Julio Agustín v. Provincia de Buenos Aires (Serv. Penitenciario) s/demanda contencioso administrativa” (Juez Negri —MI—) (Magistrados votantes: *Negri, Laborde, San Martín, Hitters, Pisano, Ghione, Salas, Pettigiani, De la Cruz*).

“Es requisito de validez del acto que dispone limitar las funciones del agente a prueba que se cumpla con el procedimiento establecido por la norma aplicable, en tiempo oportuno y con notificación al interesado. La ausencia de cumplimiento de los recaudos indicados acarrea la nulidad del acto de cese”.

27) El período de prueba no puede ser sustituido por la antigüedad previa como personal de planta temporaria.

Sup. Corte Bs. As., 2/12/1997, B 56.750, “Baez, Juan Ignacio v. Municipalidad de la Costa s/demanda contencioso administrativa” (Juez Hitters —MA—) (Magistrados votantes: *Negri, Hitters, Laborde, Pettigiani, Pisano, Salas*).

“La antigüedad del nombramiento de un agente como personal temporario no resulta computable a los fines del cumplimiento del plazo de seis meses fijado por el art. 11 de la Ordenanza Municipal de la Costa”.

28) Motivos para determinar el cese de un agente en el período a prueba.

Sup. Corte Bs. As., 2/12/1997, B 56.750, “Baez, Juan Ignacio v. Municipalidad de la Costa s/demanda contencioso administrativa” (Juez Pettigiani —OP—) (Magistrados votantes: *Negri, Hitters, Laborde, Pettigiani, Pisano, Salas*).

“El Estatuto del personal del Partido de la Municipalidad de la Costa, al igual que sucede en otros ordenamientos similares, establece que el agente designado en planta permanente carece del derecho a la estabilidad en el cargo hasta pasados seis meses de la fecha de su ingreso (conf. art. 11) y, durante dicho lapso la Administración puede válidamente disponer el cese de ese agente cuando, como ha señalado este Tribunal, existan razones de servicio o de confianza que justifiquen la decisión de separar al agente de su cargo atento a que el órgano que tiene competencia para nombrar posee, indudablemente, la de disponer su remoción”.

29) Personal de planta temporaria no adquiere estabilidad por el transcurso del período de prueba.

Sup. Corte Bs. As., 24/11/1999, B 56.876, "Torres, Alejo Elpidio v. Municipalidad de la Costa s/demanda contencioso administrativa" (Juez Laborde —SD—) (Magistrados votantes: Laborde, Pisano, Ghione, de Lazzari, Hitters).

“El personal de planta permanente puede ser: a) sin estabilidad, que es aquel cuyo nombramiento es provisional, conforme la situación prevista en el art. 11; o b) con estabilidad, que es el que ha adquirido el derecho de acuerdo a la norma citada. Al personal de planta temporaria no le es aplicable la norma que establece que la estabilidad en el cargo se adquiere vencido el plazo establecido para el período de prueba”.

30) La antigüedad como personal temporario no resulta computable a los fines del cumplimiento del plazo del período de prueba.

Sup. Corte Bs. As., 24/11/1999, B 56.876, "Torres, Alejo Elpidio v. Municipalidad de la Costa s/demanda contencioso administrativa" (Juez Laborde —SD—) (Magistrados votantes: Laborde, Pisano, Ghione, de Lazzari, Hitters).

“El personal de planta temporaria se halla incorporado a un régimen de excepción, no poseyendo más estabilidad en el empleo que la que surge del acto de designación. Siendo ello así, la antigüedad del nombramiento del actor como personal temporario no resulta computable a los fines del cumplimiento del plazo previsto como período de prueba, y por lo tanto el cese dispuesto se ajusta a los términos en los que fue concebida la relación laboral —en el caso sucesivos contratos—”.

31) El transcurso del tiempo superado el período probatorio por un prolongado lapso permite adquirir estabilidad en el empleo.

Sup. Corte Bs. As., 29/2/2000, B 51.566, "De Santis, Gerardo Ángel v. Municipalidad de Lomas de Zamora s/demanda contencioso administrativa" (Juez Pisano —MA—) (Magistrados votantes: Laborde, Pisano, San Martín, Salas, Hitters, de Lazzari, Pettigiani, Ghione).

“El empleado que se ha desempeñado por un prolongado lapso, y durante el cual ha cumplido dos veces el período de prueba (de doce meses, según art. 7º, Ord. Gral. 207) bien puede considerar a tal transcurso del tiempo, como ingrediente natural de una estabilidad en el empleo así alcanzada”.

32) Deber de la Administración de realizar oposición fundada en tiempo oportuno. Obligación de actuar diligentemente y con buena fe.

Sup. Corte Bs. As., 29/2/2000, B 51.566, "De Santis, Gerardo Ángel v. Municipalidad de Lomas de Zamora s/demanda contencioso administrativa" (Juez Pisano —MA—) (Magistrados votantes: Laborde, Pisano, San Martín, Salas, Hitters, de Lazzari, Pettigiani, Ghione).

“El período de prueba, conlleva no sólo una mera facultad de la Administración para decidir sobre la prosecución, o no, del agente que ha nombrado, sino también su deber de actuar con la diligencia y buena fe propias del buen administrador, surgien-

do así el carácter atributivo-prescriptivo de la actividad, toda vez que la oposición fundada que pudiere plantear debe inscribirse en un tiempo oportuno, sobre todo cuando tratándose de personal jerárquico el legislador ha duplicado el período expresado con carácter general para los empleados municipales”.

33) El personal de planta temporaria no adquiere estabilidad por el transcurso del período de prueba.

Sup. Corte Bs. As., 2/8/2000, B 56.457, “Hermosilla, Santiago v. Municipalidad de Florencio Varela s/demanda contencioso administrativa” (Juez Ghione —SD—) (Magistrados votantes: Ghione, de Lazzari, Hitters, Pettigiani, Laborde).

“No es aplicable al personal de planta temporaria lo dispuesto por el Estatuto para el Personal de las Municipalidades en relación a la adquisición automática del derecho a la estabilidad en el cargo una vez vencido el período de prueba sin que exista oposición a su permanencia en el plantel municipal, pues aquel personal si bien goza de determinados derechos que lo equiparan al personal de planta permanente, no goza del derecho a la estabilidad”.

34) Adquieren estabilidad sólo quienes sean designados en planta permanente y transcurrido el período de prueba.

Sup. Corte Bs. As., 22/3/2006, B 60.405, “Ludueña de Andrade, Olga P. v. Municipalidad de Quilmes s/amparo por mora” (Juez Kogan —SD—) (Magistrados votantes: Kogan, de Lazzari, Soria, Roncoroni, Hitters).

“No asiste razón al accionante cuando expresa que por el tiempo transcurrido a disposición de la comuna ha adquirido el derecho a la estabilidad pues para que esto ocurra es menester la designación en un cargo de planta permanente y que transcurrido el término legalmente establecido no exista oposición fundada a la continuación de su desempeño, situación en la cual queda definitivamente incorporado al plantel permanente del municipio y sólo puede ser removido por las causales y mediante los procedimientos especificados en la norma aplicable”.

35) Imposibilidad de establecer una prórroga al período de prueba luego de vencido éste.

Sup. Corte Bs. As., 2/6/2004, B 57.706, “Pérez, Alberto Raúl v. Municipalidad de Hipólito Yrigoyen s/demanda contencioso administrativa” (Juez Negri —SD—) (Magistrados votantes: Negri, de Lazzari, Pettigiani, Hitters, Roncoroni, Soria, Genoud).

“La ley 11.685 no estableció *ministerio legis* la prórroga del período de provisionalidad sino que facultó a los departamentos ejecutivos a prolongar el lapso de seis meses que fijaba la Ordenanza General 207 para el período de prueba, por lo que no se puede privar del derecho a la estabilidad en el cargo cuando la prórroga se efectuó después de cumplirse tal período”.

36) Razonabilidad de la motivación del acto de cese durante el período de prueba.

Sentencia del 1/3/2006, B 61.215, "Zocchi, Sonia Edith v. Municipalidad de Castelli s/demanda contencioso administrativa (Juez Soria —MA—) (Magistrados votantes: Soria, Negri, Kogan, Genoud, Hitters, Roncoroni).

“Resultan infundadas las objeciones que un agente formula acerca de la forma en que la Administración habría adoptado el mecanismo de oposición previsto en la normativa aplicable, cuando, como en la especie, se dejó sin efecto la designación, fundando su determinación en el informe de la Contaduría Municipal sobre la insuficiencia de los ingresos para atender las diferencias producidas por el incremento en las remuneraciones de los agentes designados, la falta de consulta previa con el área sindical y el Concejo Deliberante y la ausencia de formación de la Junta de Ascenso y Calificaciones prevista por el art. 103, ley 11.757 (cfr. considerandos del decreto 267/1999). Con ello se descarta el supuesto de ausencia de motivación”.

37) El lapso trabajado como planta temporaria es útil para adquirir estabilidad en el empleo.

Sentencia del 1/3/2006, B 61.215, "Zocchi, Sonia Edith v. Municipalidad de Castelli s/demanda contencioso administrativa (Juez Negri —MI—) (Magistrados votantes: Soria, Negri, Kogan, Genoud, Hitters, Roncoroni).

“Asimismo ha quedado acreditado que, con posterioridad al vencimiento de aquél, dicha presentación de servicios fue prorrogada por sucesivos contratos hasta la fecha de cese, asignándosele a la señora Zocchi el desempeño de labores que corresponden a tareas regulares dentro de la Administración municipal.

”Esto último se desprende de los propios actos de designación, cuyas razones obedecieron a la necesidad de reforzar el desarrollo normal de los servicios atinentes al municipio.

”El lapso trabajado por la interesada como personal temporario, entre el mes de abril de 1989 y el mes de diciembre de 1999, fue útil a los efectos de adquirir derecho a permanecer en su respectivo empleo, toda vez que, reiterando la posición que sostuve en causas anteriores (ver mi voto en causas B. 49.890, ‘Villalba’, sent. del 11/8/1987 y B. 50.547, ‘Zaragoza’, sent. del 31/6/1988, entre otras), tales designaciones generan, en circunstancias como la de autos, una situación que resulta asimilable a la del personal estable.

”Y si bien no cabe duda que el derecho a la estabilidad en el empleo no posee carácter absoluto, cuando la relación laboral se ha consolidado en mérito del desempeño efectivo de tareas propias del personal permanente y de la continuidad en ellas durante los plazos señalados precedentemente, la garantía de estabilidad no puede ser desconocida mediante una conducta irrazonable y abusiva de la autoridad municipal”.

2. Motivación de los actos decisorios en mecanismos de selección de cargos públicos

2.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

1) Los procedimientos para la selección del cuerpo docente no admiten revisión judicial salvo que los actos estén afectados de arbitrariedad manifiesta.

Dictamen de la Procuración, 24/4/2006, al que se hace lugar en la sent. del 20/2/2007, J. 136. XLI, "Justiniano, María Fernanda s/impugnación art. 32, ley 24.521". (Magistrados votantes: Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Carmen M. Argibay).

"Ante todo, cabe recordar que la Corte tiene establecido que la designación de profesores universitarios, así como los procedimientos arbitrados para la selección del cuerpo docente no admiten, en principio, revisión judicial, por tratarse de cuestiones propias de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de la universidad, salvo en aquellos casos en que los actos administrativos impugnados estén afectados por arbitrariedad manifiesta (ver Fallos 314:1234 y sus citas; 317:40; 326:2374; 327:2678)".

2) En un procedimiento de selección de un docente deben respetarse los principios de competencia e igualdad de trato de todos los concursantes.

Dictamen de la Procuración, 24/4/2006, al que se hace lugar en la sent. del 20/2/2007, J. 136. XLI, "Justiniano, María Fernanda s/impugnación art. 32, ley 24.521". (Magistrados votantes: Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Carmen M. Argibay).

"...No es posible aceptar que el Consejo Superior hubiera incurrido en arbitrariedad manifiesta al declarar la nulidad del concurso convocado mediante la resolución 444/2002 de la Decana de la Facultad de Humanidades, con fundamento en que padecía defectos de procedimiento (ver resolución 282/2003). Ello es así pues, al margen de que tal decisión fue adoptada en la inteligencia de que no se cumplieron íntegramente las etapas regladas por el ordenamiento entonces vigente con relación a uno de los aspirantes, el criterio allí expuesto resulta concorde con los principios esenciales comunes a los procedimientos públicos de selección como el concurso y la licitación, en particular, los de competencia e igualdad de trato de todos los concursantes u oferentes, que derivan de las garantías consagradas por los arts. 16 y 18 de la Constitución Nacional".

3) El derecho a participar en todas las etapas del concurso no constituye una mera formalidad, sino que son normas que tienden a favorecer la mayor participación.

Dictamen de la Procuración, 24/4/2006, al que se hace lugar en la sent. del 20/2/2007, J. 136. XLI, "Justiniano, María Fernanda s/impugnación art. 32, ley 24.521". (Magistrados votantes: Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco,

Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Carmen M. Argibay).

“En este orden de ideas, se advierte que la indicación de que los aspirantes puedan o tengan derecho a transitar todas las etapas del concurso una vez que fueron admitidos en los términos del art. 26 del Reglamento, no constituye una mera formalidad que pueda ser obviada con el pretexto de que un postulante no reúne los antecedentes mínimos para ocupar el cargo docente que se concursa, sino que se trata de normas que tienden a favorecer una mayor participación de aspirantes que tengan la posibilidad de pujar conforme a los mismos criterios de selección, resguardar sus derechos, evaluarlos frente a datos objetivos y abarcativos de diferentes aspectos, preservar la transparencia de los concursos y, en definitiva, tutelar el interés público comprometido en la debida elección de los que resultarán candidatos para ocupar los cargos del plantel docente de la universidad”.

4) El derecho de un aspirante a ser evaluado de acuerdo a sus antecedentes, merecimientos y desempeño sólo puede ejercerse plenamente si participa en todas las instancias.

Dictamen de la Procuración, 24/4/2006, al que se hace lugar en la sent. del 20/2/2007, J. 136. XLI, “Justiniano, María Fernanda s/impugnación art. 32, ley 24.521”. (Magistrados votantes: Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, Carmen M. Argibay).

“Si bien este acto no otorga derecho alguno a integrar la nómina de los candidatos propuestos para ocupar el cargo que se concursa ni obliga al jurado en tal sentido, habilita al aspirante a ser evaluado de acuerdo con sus antecedentes, merecimientos y desempeño, derecho que sólo puede ejercer plenamente si participa en todas las instancias”.

5) Los procedimientos de selección de docentes pueden ser revisados en aquellos casos en que sean manifiestamente arbitrarios.

Corte Sup., 31/10/2006, G. 3255. XXXVIII, “González Lima, Guillermo Enrique v. UNLP s/rec. adm. directo” (Magistrados votantes: Dres. Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay).

“Cabe recordar que V. E. tiene dicho que la designación de profesores universitarios, así como los procedimientos arbitrados para la selección del cuerpo docente no admiten, en principio, revisión judicial por tratarse de cuestiones propias de las autoridades que tienen a su cargo el gobierno de la universidad, salvo en aquellos casos en que los actos administrativos impugnados en el ámbito judicial sean manifiestamente arbitrarios (Fallos: 314:1234; 317:40; 320:2298)”.

6) La peculiar conformación del órgano trae aparejada una especial forma de adoptar sus decisiones y una particular manera de fundarlas.

Corte Sup., 31/10/2006, G. 3255. XXXVIII, “González Lima, Guillermo Enrique v. UNLP s/rec. adm. directo” (Magistrados votantes: Dres. Elena I. Highton de

Nolasco, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay).

“En cuanto a la motivación del acto, es preciso tener en cuenta la doctrina de la Corte que indica que en el ámbito de las facultades discrecionales de la Administración es donde aquel requisito se hace más necesario y que no existen formas rígidas para el cumplimiento de la exigencia de la motivación explícita del acto administrativo, la cual debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo (Fallos 324:1860).

”Por ello, la peculiar conformación del órgano trae aparejada una especial forma de adoptar sus decisiones y, por lo tanto, una particular manera de fundarlas. Ésta se lleva a cabo, en éste como en cualquier cuerpo colegiado que exterioriza su voluntad mediante decisiones adoptadas en un ámbito deliberativo y mediante votos individuales de sus miembros en el momento preciso de la deliberación. En tal sentido, destaco que los requisitos formales del procedimiento de elaboración de la voluntad de los órganos colegiados se encuentran cumplidos, la sesión fue convocada previamente, el orden del día se fijó y se reunió el quórum de asistencia y votación”.

7) Las versiones taquigráficas de cada reunión resultan suficientes para cumplir con el requisito de motivación.

Corte Sup., 31/10/2006, G. 3255. XXXVIII, “González Lima, Guillermo Enrique v. UNLP s/rec. adm. directo” (Magistrados votantes: Dres. Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay).

“Estas deliberaciones, que quedan asentadas en las versiones taquigráficas de cada reunión del Consejo Académico, resultan suficientes, a mi modo de ver, para cumplir con el requisito de motivación, cuya supuesta falta fue el argumento principal en el que el actor basó su recurso. Cada consejero fundó, en la medida de su postura, la votación que creyó conveniente y ahí reside su libertad de opinión y votación como en la de todo órgano colegiado donde las decisiones se toman por mayorías.

”Asimismo, no se le puede inculcar a un consejero que tome una postura u otra, pues es facultad de ellos deliberar y votar según sus convicciones”.

2.2. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

1) Si bien como principio las decisiones del Consejo de la Magistratura pueden ser revisadas, se encuentra exenta su actividad desarrollada dentro de su competencia específica.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, B 62.241, “Zarlenga, Marcelo v. Consejo de la Magistratura. Acción de amparo” (Juez de Lázzari —MI—) (Magistrados votantes: Dres. de Lázzari, Salas, Domínguez, Celesia, Mahiques, Hortel, Roncoroni, Soria y Negri).

“En tal sentido, recuerdo que este Tribunal, al dictar sentencia en la causa ‘Riusech’ (causa B. 59.168, sent. del 16/2/1999), sentó como principio que las decisiones del Consejo de la Magistratura son susceptibles de control por parte del Poder Judicial, destacando no obstante que un sector de su actividad, la vinculada con

aquello que es de la competencia específica de aquel órgano, no puede ser revisada. Esto último no porque se trate de una 'cuestión no justiciable' que, como acertadamente se dijo en el precedente citado, es una expresión que '...puede dejar entrever equivocadamente que el Poder Judicial la esquivo y la detrae' sino porque está fuera de la competencia revisora del Poder Judicial en razón de que la Constitución ha encomendado a un órgano que es extraño a él la atribución para adoptar en instancia última y definitiva la decisión final.

"Es por ello que, se sostuvo, no podría el Poder Judicial sustituir al Consejo de la Magistratura y trocar, según su criterio, el resultado de las pruebas que han rendido los aspirantes. En el mismo orden de ideas agregó ahora que, a mi modo de ver, no pueden tampoco los jueces juzgar acerca de los motivos por los cuales el Consejo selecciona, de entre quienes objetivamente se encuentran en condiciones, a determinados aspirantes y no a otros para integrar la terna vinculante que, conforme el art. 28, ley 11.868, debe emitir como paso previo a la culminación del procedimiento de selección que se lleva a cabo en su sede".

2) El Consejo de la Magistratura, como cualquier órgano estatal, está exento de fundar sus actos.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, B 62.241, "Zarlenga, Marcelo v. Consejo de la Magistratura. Acción de amparo" (Juez de Lázzari —MI—) (Magistrados votantes: Dres. de Lázzari, Salas, Domínguez, Celesia, Mahiques, Hortel, Roncoroni, Soria y Negri).

"En cuanto respecta a la alegada falta de fundamentación de los actos del Consejo, comienzo por decir que, como afirma el accionante, resultaría inadmisibles, en el Estado de Derecho, que cualquiera de sus órganos no justificara sus decisiones. En tal sentido, por más peculiar que sea la naturaleza jurídica del Consejo de la Magistratura, en tanto órgano estatal se encuentra obligado a fundar, en los hechos y en el derecho, las decisiones que adopta".

3) En el caso, los requisitos de elaboración de la voluntad del Consejo de la Magistratura como órgano colegiado se encontraban cumplidos.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, B 62.241, "Zarlenga, Marcelo v. Consejo de la Magistratura. Acción de amparo" (Juez de Lázzari —MI—) (Magistrados votantes: Dres. de Lázzari, Salas, Domínguez, Celesia, Mahiques, Hortel, Roncoroni, Soria y Negri).

"En tal sentido, destaco que los requisitos formales del procedimiento de elaboración de la voluntad de los órganos colegiados (ver Garrido Falla, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, 9ª ed., Madrid, 1985, vol. 1, p. 681), según la prueba agregada a estos autos, se encuentran cumplidos. La sesión fue convocada previamente, el orden del día se fijó con antelación y se reunió el quórum de asistencia y de votación.

"Si bien esa deliberación no ha quedado en este caso plasmada en el acta de la sesión respectiva, cuadra decir que según lo dispuesto en la ley del Consejo de la Magistratura, sus reuniones son públicas o secretas según lo resuelva la mayoría absoluta de sus miembros (art. 19, ley 11.868) y en el asunto que nos ocupa debo

presumir que la decisión se adoptó en una sesión pública, dado que no consta que se haya resuelto en algún momento conferir carácter secreto a la reunión, circunstancia que entiendo es relevante para fundar la solución que vengo proponiendo”.

4) Salvo situaciones excepcionalísimas (consideraciones políticas, religiosas, raciales, sexuales u otros motivos persecutorios), las razones por las cuales el Consejo de la Magistratura selecciona entre iguales escapan a la revisión judicial.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, B 62.241, “Zarlenga, Marcelo v. Consejo de la Magistratura. Acción de amparo” (Juez de Lázari —MI—) (Magistrados votantes: Dres. de Lázari, Salas, Domínguez, Celesia, Mahiques, Hortel, Roncoroni, Soria y Negri).

“En suma: opino que el Consejo de la Magistratura debe fundar sus decisiones, que en este caso las ha fundado y que, salvo algún excepcionalísimo supuesto en que se halle motivada en consideraciones políticas, religiosas, raciales, sexuales o cualquier otro motivo persecutorio, quebrando de tal modo la situación de igualdad en la que se encuentran quienes han arribado a la etapa decisiva del procedimiento, las razones por las cuales se selecciona de entre esos iguales a unos y no a otros, escapan de la revisión judicial por la sencilla razón de que ésa es la función específica que se ha atribuido al Consejo de la Magistratura y porque de otro modo, el sistema consagrado en la Constitución se vería alterado si fueran los jueces quienes, en definitiva, ejercieran la atribución que nuestro esquema institucional confió exclusivamente a aquel órgano (art. 175, Constitución de la Provincia)”.

5) Si bien se han cumplido los requisitos formales del procedimiento de elaboración de la voluntad de los órganos colegiados, la deliberación no ha quedado plasmada en el acta respectiva.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, B 62.241, “Zarlenga, Marcelo v. Consejo de la Magistratura. Acción de Amparo” (Juez Domínguez —MA—) (Magistrados votantes: Dres. de Lázari, Salas, Domínguez, Celesia, Mahiques, Hortel, Roncoroni, Soria y Negri).

“Tal como lo dice el Sr. Juez Dr. de Lázari, en el presente se han cumplimentado los requisitos formales del procedimiento de elaboración de la voluntad de los órganos colegiados, pero esa deliberación no ha quedado plasmada en el acta respectiva. Si bien coincidimos en punto a que el Consejo de la Magistratura debe fundar sus decisiones, no puedo acompañarlo, en cuanto decide que en el caso las ha fundado, pues en las condiciones apuntadas, el control sería de exclusiva legalidad.

”Desde otro punto de vista, al no motivarse el acto, no puede evidenciarse la razonabilidad del mismo, constituyendo esta última, una motivación coherente con los principios generales del derecho, los propios del derecho administrativo y los fines que hubieren justificado el dictado de la normativa aplicable al caso (conf. Agustín Gordillo, obra citada).

”A su vez, para poder apreciar esa razonabilidad, es menester que esa deliberación sea conocida no alcanzando, a mi criterio, el supuesto carácter público con que se llevó a cabo la sesión”.

6) Cuanto mayor es la discrecionalidad en una decisión, mayor debe ser la obligación de asegurar la participación de los interesados en el acto y más precisa su fundamentación.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, B 62.241, "Zarlenga, Marcelo v. Consejo de la Magistratura. Acción de Amparo" (Juez Domínguez —MA—) (Magistrados votantes: Dres. de Lazzari, Salas, Domínguez, Celesia, Mahiques, Hortel, Roncoroni, Soria y Negri).

"Al decir de Jorge Reinaldo Vanossi, cuanto mayor es la discrecionalidad que tiene el órgano para decidir, debe asegurarse aún más la intervención de todos los interesados en el acto y mayor y más precisa debe ser la fundamentación del mismo. Éste es un principio de sana doctrina republicana, exigido para la publicidad de los actos de gobierno. También se basa en el acatamiento a la regla de la razonabilidad consagrada por el art. 28 de la Constitución Nacional (Vanossi, Jorge R. A., *El amparo como instrumento de control de la Administración Pública*, La Ley, Buenos Aires, 1984, D). El cumplimiento de este requisito, va de suyo, no opera solamente en favor de los ciudadanos, ya que lo hace también para la Administración".

7) La decisión del Consejo de la Magistratura no puede ser reputado un acto libre de motivación.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, B 62.241, "Zarlenga, Marcelo v. Consejo de la Magistratura. Acción de Amparo" (Juez Soria —por su voto—) (Magistrados votantes: Dres. de Lazzari, Salas, Domínguez, Celesia, Mahiques, Hortel, Roncoroni, Soria y Negri).

"...La Constitución confía al órgano referido la delicada labor de selección de los candidatos a magistrados, requiriendo que ella sea el producto de una evaluación objetiva y que se inserte en un procedimiento que garantice adecuada publicidad. 4. Apoyado en tal fundamento constitucional es que considero que el denominado dictamen del Consejo de la Magistratura, por el que decide la conformación de las ternas vinculantes que eleva al Poder Ejecutivo, no puede ser reputado un acto libre de motivación".

8) La aprobación de la terna constituye un acto administrativo del Consejo.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, B 62.241, "Zarlenga, Marcelo v. Consejo de la Magistratura. Acción de Amparo" (Juez Soria —por su voto—) (Magistrados votantes: Dres. de Lazzari, Salas, Domínguez, Celesia, Mahiques, Hortel, Roncoroni, Soria y Negri).

"Los factores aludidos, la función desplegada, el contenido de la determinación adoptada y los efectos jurídicos que ella provoca, permiten concluir que la aprobación de la terna constituye un acto administrativo del Consejo (carácter que, al margen de la solución finalmente arribada, surge implícitamente de lo decidido por esta Corte en la causa B 59.168, 'Riusech', sent. del 16/2/1999). Ello vaya dicho, más allá de su *nomen iuris* (dictamen) que denotaría la existencia de una medida preparatoria (art. 87, decreto-ley 7647/1970), si no fuera porque, en rigor, aquella medida genera los efectos típicos de un acto administrativo (arg. art. 86, dec.-ley cit.)".

9) La determinación que supone la evaluación debe hallarse fundada.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, B 62.241, "Zarlenga, Marcelo v. Consejo de la Magistratura. Acción de Amparo" (Juez Soria —por su voto—) (Magistrados votantes: Dres. de Lazzari, Salas, Domínguez, Celesia, Mahiques, Hortel, Roncoroni, Soria y Negri).

"En la especie, se trata de una evaluación, concepto que obviamente supone dar cuenta de un proceso intelectual y valorativo que justifica lo decidido o propuesto. Forzoso es concluir que semejante determinación debe hallarse fundada".

10) El control de la justificación de la decisión valorativa no implica el de la valoración misma llevada a cabo.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, B 62.241, "Zarlenga, Marcelo v. Consejo de la Magistratura. Acción de Amparo" (Juez Soria —por su voto—) (Magistrados votantes: Dres. de Lazzari, Salas, Domínguez, Celesia, Mahiques, Hortel, Roncoroni, Soria y Negri).

"...Por otra parte, exigir que las ternas surjan de un acto fundado, no importa consagrar un avance impropio sobre las competencias constitucionales del Consejo de la Magistratura, en tanto que al consagrar esta exigencia se auspicia, en todo caso, el control de la justificación de la decisión valorativa y no, en principio, el de la valoración misma llevada a cabo".

11) Respecto de los aspectos específicamente valorativos de la evaluación suele predicarse una cierta limitación al alcance de las pretensiones anulatorias, diferente es constatar si se han dado razones de la decisión.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, B 62.241, "Zarlenga, Marcelo v. Consejo de la Magistratura. Acción de Amparo" (Juez Soria —por su voto—) (Magistrados votantes: Dres. de Lazzari, Salas, Domínguez, Celesia, Mahiques, Hortel, Roncoroni, Soria y Negri).

"En general, el margen de apreciación (la evaluación, art. 175, Const. Pcial.) que es dable reconocer a los órganos de esta índole se extiende con amplitud al conjunto de aspectos específicamente valorativos de la evaluación.

"En relación con ese ámbito de actividad, suele predicarse una cierta limitación en el alcance de las pretensiones anulatorias.

"Diversas razones concurren para apuntalar semejante acotamiento en la intensidad del consecuente contralor judicial. Una de ellas estriba en la dificultad operativa que suele presentársele al juzgador para reproducir o acreditar la situación en que se desarrolló la prueba en particular, si median pruebas orales no grabadas o con tramos de examen o entrevista oral. Otra, tiene que ver con la aparente complicación que se presenta a los tribunales para revisar una evaluación a partir del agravio puntual expuesto por el impugnante, lo cual puede sesgar la apreciación del contexto global de la ponderación efectuada por el órgano seleccionador.

"La presencia de estas aristas problemáticas o bien, el respeto al ejercicio de las competencias privativas de selección conferidas al Consejo, pueden llevar a establecer que la ponderación (o valoración en sí misma) que el cuerpo colegiado hace de los méritos y antecedentes de cada postulante se encuentra ajena al control judicial (cfr. Sup.

Corte Bs. As., causas 'Riusech', ya citada; B 60.418, 'Guiridi', sent. del 28/9/1999). Con prescindencia del acierto o no de tal conclusión, estimo que ella atiende a situaciones que difieren de aquélla que cabe resolver en el *sub lite*.

"Pues una cosa es que el enjuiciamiento de lo resuelto por el Consejo de la Magistratura dentro de su margen de evaluación sea plenamente revisable, y otra, distinta, es dirimir si se ha justificado la evaluación, o si ésta ha existido como tal, para lo cual debe mediar, al menos, una sucinta motivación de la decisión adoptada.

"Aun cuando lo resuelto dentro de aquel margen de apreciación pudiera mantenerse inmune al poder de los jueces, el constatar si se han dado razones de tal decisión, es asunto que cae en los términos normales del control judicial de los actos administrativos".

12) La existencia de una esfera privativa de actuación del Consejo debe entenderse en su justa dimensión.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, B 62.241, "Zarlenga, Marcelo v. Consejo de la Magistratura. Acción de Amparo" (Juez Soria —por su voto—) (Magistrados votantes: Dres. de Lazzari, Salas, Domínguez, Celesia, Mahiques, Hortel, Roncoroni, Soria y Negri).

"La existencia de aquella esfera privativa de actuación del Consejo ha de ser respetada en su justa dimensión. De tal suerte, tanto cabe descartar la idea que el postulante pueda obtener la nulidad de cualquier evaluación sostenible o fundada con argumentos técnicos, como, a la inversa, debe rechazarse la mecánica convalidación de cualquier acto de selección, aun cuando careciere de una mínima exposición de razones".

13) El contenido mínimo y necesario del acta en la que se adopta una decisión administrativa por un organismo colegiado no es diferente de la de los actos de órganos unipersonales, comprendiendo la motivación de éstos.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, B 62.241, "Zarlenga, Marcelo v. Consejo de la Magistratura. Acción de Amparo" (Juez Soria —por su voto—) (Magistrados votantes: Dres. de Lazzari, Salas, Domínguez, Celesia, Mahiques, Hortel, Roncoroni, Soria y Negri).

"Es posible que, dada su conformación, en el supuesto de los órganos colegiados se presente con mayor asiduidad que en otros supuestos la motivación *per relationem* (conf. Scarciglia, cit., p. 2845). Pero fuera de ello, ese tipo de estructura administrativa nada posee que afecte la obligatoriedad de fundar sus decisiones. Tal estructura pluripersonal, su forma de deliberación y la formación de voluntad por votación y mayorías, inciden en expresión de sus actos, aun cuando no conllevan, como obligada consecuencia, la dispensa del cumplimiento de los elementos de validez de su actuar.

"Sobre todo, cuando, como acontece en el *sub lite*, de tal observancia puede seguirse la existencia o inexistencia de una evaluación objetiva de los antecedentes y calidades comprobadas por los postulantes.

"Se ha sostenido en doctrina, refiriéndose a los recaudos de expresión de la voluntad administrativa de los cuerpos colegiados, que ...el contenido mínimo y ne-

cesario del acta (de la sesión del órgano colegiado en que se adopta la decisión administrativa) comprende la motivación de los actos colegiales... y no es diferente... de la de los actos emanados de órganos unipersonales... (cfr. Carbonell Porrás, E., *Los órganos colegiados*, Madrid, 1999, ps. 228 y ss.) añadiéndose que ‘...(Esta) conclusión es aplicable a los procedimientos selectivos de personal... La motivación de la propuesta ...se exige con independencia de la naturaleza colegiada o unipersonal del órgano, pues en la hipótesis de que el componente fuera unipersonal motivaría de la misma forma. Por eso los problemas del control de la decisión administrativa no derivan de la naturaleza colegiada del órgano’ (ob. y ps. cit.; en igual sentido, postulando la plena exigencia de motivación de las propuestas de órganos colegiados para la designación de magistrados se ha expedido, recientemente, Bacigalupo Saggese, M., “En torno a la motivación de los actos discrecionales emanados de órganos colegiados”, en REDA, Madrid, 2000, nro. 107, ps. 407 y ss.)”.

14) No puede sustentarse la inexigibilidad de la motivación en el carácter técnico de la potestad parcialmente discrecional conferida al Consejo.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, B 62.241, “Zarlenga, Marcelo v. Consejo de la Magistratura. Acción de Amparo” (Juez Soria —por su voto—) (Magistrados votantes: Dres. de Lazzari, Salas, Domínguez, Celesia, Mahiques, Hortel, Roncoroni, Soria y Negri).

“En la especie, el órgano de selección interviniente, al que la Constitución ha confiado tan delicada misión técnica, sólo ha dado cuenta del número de sesión, los nombres de los postulantes y los que efectivamente fueron seleccionados para incluirse en las ternas, junto con la mención de la suficiencia de la mayoría de votos lograda, así como de los pasos procedimentales dados. Allí se detiene la pretendida justificación de lo resuelto. No se expresa el sentido de la deliberación, ni refleja, si las hubo, las voces discrepantes, así como los motivos que pudieran haber dado en la sesión. e) Menor asidero tendría sustentar la inexigibilidad de motivación, en el carácter técnico de la potestad parcialmente discrecional conferida al Consejo y ejercitada en el caso.

”Determinado el carácter de principio de la motivación en aquellos actos administrativos que pueden afectar derechos o intereses tutelados por el ordenamiento, el preciso tipo de actuación enjuiciada mal puede hallarse exenta de observarlo. Para ello debiera encuadrar en algún supuesto que permita exceptuarla de la regla de motivación. Y juzgo que tal apartamiento excepcional no procede en la especie”.

15) La ausencia de habilitación normativa inhibe extender la dispensa de motivación sostenida en otros casos.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, B 62.241, “Zarlenga, Marcelo v. Consejo de la Magistratura. Acción de Amparo” (Juez Soria —por su voto—) (Magistrados votantes: Dres. de Lazzari, Salas, Domínguez, Celesia, Mahiques, Hortel, Roncoroni, Soria y Negri).

“La ausencia de alguna habilitación normativa de esa índole, inhibe extender al presente caso la dispensa de puntual motivación sostenida para otros (Corte Sup. Fallos 311:1206, arg. a contrario) tanto más cuando, como surge de la interpretación aquí propiciada del art. 175 de la Constitución, la exposición fundada del resultado

de la selección de los aspirantes a magistrados no ya la mera narración de su tramitación es el único reaseguro del cumplimiento sustancial de la evaluación objetiva que aquella norma impone (así como de su contraste con las pautas que fueron determinadas para el concurso) y, por ende, el modo más serio para aventar dudas sobre la existencia de un obrar arbitrario”.

16) El acto administrativo, por tratarse de una evaluación, exige la exposición del razonamiento justificador.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, B 62.241, “Zarlenga, Marcelo v. Consejo de la Magistratura. Acción de Amparo” (Juez Soria —por su voto—) (Magistrados votantes: Dres. de Lazzari, Salas, Domínguez, Celesia, Mahiques, Hortel, Roncoroni, Soria y Negri).

“...La propia naturaleza de la actuación involucrada, esto es, el tratarse de una evaluación, conlleva, de suyo, la exposición del razonamiento justificador. A diferencia de ciertos actos administrativos (v.gr. las certificaciones) frente a los cuales éste deber adquiere mayor flexibilidad, en el sentido de no observar un cierto *iter* discursivo y de relación de antecedentes, otros, como las declaraciones de voluntad o los dictámenes técnicos, la demandan al grado de constituir requisitos primordiales de su propia existencia jurídica”.

17) La deficiencia de motivación de un acto lo torna irrazonable y conlleva su nulidad.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, B 62.241, “Zarlenga, Marcelo v. Consejo de la Magistratura. Acción de Amparo” (Juez Soria —por su voto—) (Magistrados votantes: Dres. de Lazzari, Salas, Domínguez, Celesia, Mahiques, Hortel, Roncoroni, Soria y Negri).

“De allí pues que, de acuerdo al reiterado criterio del Tribunal, la deficiencia en la motivación del acto administrativo, lo torna irrazonable y, por tanto, conlleva su nulidad (causas B. 55.490, ‘Arrambide’, sent. del 21/6/2000; B. 55.953, ‘Lozano’, sent. del 7/2/2001; B. 58.345, ‘Lara’, sent. del 9/5/2001; B. 55.957, ‘Menéndez’, sent. del 12/9/2001, entre muchas más)”.

18) La nulidad de un acto implica la de los ulteriores que fueron desencadenados por éste.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, B 62.241, “Zarlenga, Marcelo v. Consejo de la Magistratura. Acción de Amparo” (Juez Soria —por su voto—) (Magistrados votantes: Dres. de Lazzari, Salas, Domínguez, Celesia, Mahiques, Hortel, Roncoroni, Soria y Negri).

“No hay, pues, más remedio que extinguir el acto ulterior en cuanto ha sido desencadenado por una actuación írrita (arts. 103, 108, 114 y concs. decreto-ley 7647/1970; doct. art. 1050, Código Civil).

”Sentado lo que antecede corresponde precisar cuáles decretos de designación pueden ser objeto de la declaración de nulidad propiciada”.

3. Idoneidad y aptitud psicofísica

3.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

1) La limitación con base en la altura al derecho de enseñar resulta irrazonable.

Corte Sup., 1/1/1984, "Arenzón, Gabriel Darío v. Nación Argentina s/amparo", Fallos 306:400 (Genaro R. Carrió, José S. Caballero, Carlos S. Fayt) (Magistrados votantes: Dres. Genaro R. Carrió, José S. Caballero, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi).

"Que el Tribunal comparte el criterio del *a quo* y considera que la vía elegida por la actora para asegurar su derecho es la que mejor se aviene con las circunstancias del caso. Esto es así por cuanto la ley 16.986 concede la acción de amparo contra el acto u omisión de autoridad pública, que en forma actual e inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, esos derechos; y es obvio que la decisión cuestionada participa de ese carácter, pues la negativa de extender el certificado de aptitud psicofísica, fundamentada únicamente en la estatura del actor —1,48 m— no guarda razonable relación con el objetivo de estudiar el profesorado de matemáticas y astronomía e importa una limitación arbitraria a los derechos de enseñar y aprender, contemplados en el art. 14, Ley Fundamental, que excede la facultad reglamentaria de la Administración".

2) El requisito de altura mínima para ingresar a la carrera docente debe ser ponderado frente a otras exigencias derivadas de la necesidad de defender las instituciones democráticas desde la docencia.

Corte Sup., 1/1/1984, "Arenzón, Gabriel Darío v. Nación Argentina s/amparo", Fallos 306:400 (voto de los Dres. Augusto César Belluscio y Enrique Santiago Petracchi) (Magistrados votantes: Dres. Genaro R. Carrió, José S. Caballero, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi).

"Que es cierto que los docentes del 'pre primario' y 'primario' trabajan sobre una circunstancia humana particularmente sensible, y que sus personalidades (no sus meras apariencias) se convierten en modelos de identificación de los niños y los estampan significativamente en su futuro comportamiento social.

"Que también es verdad que el Estado tiene en la educación un interés vital. Por lo mismo, cabe preguntarse si no sería más compatible con la estructura democrática de aquél, antes que el requisito del metro y sesenta, la exigencia de un juramento de lealtad a la Constitución Nacional que incluya el expreso compromiso de repudiar desde la cátedra la promoción por parte de cualquier persona, simple ciudadano o funcionario de los poderes constituidos, de toda idea o acto que conduzcan al desconocimiento de sus principios y garantías fundamentales. Al cabo, nadie es más alto que la Constitución".

3) El requisito de altura mínima para ejercer la docencia es incompatible con la necesidad de cimentar una sociedad democrática e inteligente.

Corte Sup., "Arenzón, Gabriel Darío v. Nación Argentina s/amparo", sentencia del 1/1/1984, Fallos 306:400 (voto de los Dres. Augusto César Belluscio y Enrique

Santiago Petracchi) (Magistrados votantes: Dres. Genaro R. Carrió, José S. Caballero, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi).

“Que, en suma, hay que decirlo de una buena vez de manera enfática y vigorosa, este extravagante privilegio de los que miden más de un metro sesenta centímetros es incompatible con la necesidad de cimentar una sociedad democrática e inteligente, infiere una lesión enorme a los derechos del actor y mancha al ordenamiento argentino con valores éticos sustancialmente anacrónicos. Baste señalar al respecto que el mantenimiento de su eficacia importaría una suerte de inhabilitación especial perpetua para que el demandante accediera a los beneficios que la Constitución le acuerda, sin reserva alguna que permita apoyar discriminaciones semejantes a las que fija la resolución 957/1981”.

4. La nacionalidad como condición para el ingreso a un cargo público

4.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

1) Es inconstitucional el requisito de nacionalidad para el ingreso a la docencia en un establecimiento privado.

Corte Sup., 8/11/1988, R. 335. XX, “Repetto, Inés María v. Bs. As. Prov. de s/inconstitucionalidad de normas legales”, Fallos 311:2272 (voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué) (Magistrados votantes: Dres. José Severo Caballero, Augusto César Belluscio, Carlos Santiago Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Jorge Antonio Bacqué).

“Corresponde declarar inválidos, por contraponerse al art. 20 de la Constitución Nacional, el art. 5º, inc. a) del Reglamento General de Escuelas Privadas de la Provincia de Buenos Aires, vigente por resolución 2877 del ex Ministerio de Educación del 17 de julio de 1959 (texto ordenado por las resoluciones 3599 y 53/1963) y su modificación por resolución 721 del 23/3/1977, y el art. 4º, inc. a) del decreto 4 de la misma provincia del 4/1/1980, que imponen el requisito de la nacionalidad argentina, nativa o adquirida por vía de opción o naturalización, para ejercer la docencia en carácter de titular o suplente en la actividad privada, sistemática o asistemática, en tanto no se ha demostrado por la provincia demandada la existencia de un ‘interés estatal urgente’”.

2) El límite de ingreso a la docencia en un establecimiento privado con motivo de la nacionalidad se encuentra afectado de una presunción de inconstitucionalidad.

Corte Sup., 8/11/1988, R. 335. XX, “Repetto, Inés María v. Bs. As. Prov. de s/inconstitucionalidad de normas legales”, Fallos 311:2272 (voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué) (Magistrados votantes: Dres. José Severo Caballero, Augusto César Belluscio, Carlos Santiago Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Jorge Antonio Bacqué).

“Ante los categóricos términos del art. 20 de la Constitución Nacional, toda distinción efectuada entre nacionales y extranjeros, en lo que respecta al goce de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, se halla afectada por una presunción

de inconstitucionalidad; por tal razón, aquel que sostenga la legitimidad de tal distinción debe acreditar la existencia de un 'interés estatal urgente' para justificar aquélla, y no es suficiente a tal efecto, que la medida adoptada sea 'razonable'".

3) No resiste el control de razonabilidad constitucional el límite a los extranjeros para ejercer la docencia en la actividad privada.

Corte Sup., 8/11/1988, R. 335. XX, "Repetto, Inés María v. Bs. As. Prov. de s/inconstitucionalidad de normas legales", Fallos 311:2272 (voto del Dr. Carlos S. Fayt) (Magistrados votantes: Dres. José Severo Caballero, Augusto César Belluscio, Carlos Santiago Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Jorge Antonio Bacqué).

"No resisten en la actualidad, el control de razonabilidad constitucional, el art. 5º, inc. a) del Reglamento General de Escuelas Privadas de la Provincia de Buenos Aires, vigente por resolución 2877 del Ministerio de Educación del 17 de julio de 1959 (texto ordenado con las resoluciones 3599 y 53/1963) y su modificación por resolución 721 del 23/3/1977, y el art. 4º, inc. a), del decreto 4 de la misma provincia del 4/1/1980, que imponen el requisito de la nacionalidad argentina, nativa o adquirida por vía de opción o naturalización, para ejercer la docencia en carácter de titular o suplente en la actividad privada, sistemática o asistemática".

4) El control administrativo sobre la enseñanza no requiere indispensablemente de la nacionalidad de los docentes como requisito de idoneidad.

Corte Sup., 8/11/1988, R. 335. XX, "Repetto, Inés María v. Bs. As. Prov. de s/inconstitucionalidad de normas legales", Fallos 311:2272 (voto del Dr. Carlos S. Fayt) (Magistrados votantes: Dres. José Severo Caballero, Augusto César Belluscio, Carlos Santiago Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Jorge Antonio Bacqué).

"El control administrativo sobre la enseñanza sistemática se halla plenamente asentado, de modo que su eficacia no requiere indispensablemente de la nacionalidad de los docentes como requisito de idoneidad, pues cualquiera sea ella, aquel control, detallado y minucioso, podrá ejercerse por igual, incluirá exigencias sobre la formación y cualidades de maestros y profesores, lo mismo que sobre el modo en que se desarrollan sus tareas".

5) El requisito de ciudadanía para enseñar en sistemas oficiales debe juzgarse a la luz de su razonabilidad.

Corte Sup., 8/11/1988, R. 335. XX, "Repetto, Inés María v. Bs. As. Prov. de s/inconstitucionalidad de normas legales", Fallos 311:2272 (voto del Dr. Carlos S. Fayt) (Magistrados votantes: Dres. José Severo Caballero, Augusto César Belluscio, Carlos Santiago Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Jorge Antonio Bacqué).

"La libertad de enseñar y aprender es amplísima por mandato expreso del art. 14 de la Constitución Nacional, interpretado a la luz del espíritu de libertad que anima a la Constitución toda, pero en tanto se trate de sistemas oficiales de enseñanza, la exigencia de la ciudadanía argentina debe juzgarse a la luz de su razonabilidad. Esto no impide, al margen de aquéllos, la más amplia difusión de las ideas y doctrinas".

6) Las normas que imponen el requisito de nacionalidad para ejercer la docencia privada sistemática o asistemática son inconstitucionales por contraponerse al art. 20 de la Constitución Nacional.

Corte Sup., 8/11/1988, R. 335. XX, "Repetto, Inés María v. Bs. As. Prov. de s/inconstitucionalidad de normas legales", Fallos 311:2272 (voto del Dr. Carlos S. Fayt) (Magistrados votantes: Dres. José Severo Caballero, Augusto César Belluscio, Carlos Santiago Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Jorge Antonio Bacqué).

"Son inválidos por contraponerse al art. 20 de la Constitución Nacional, el art. 5º, inc. a) del Reglamento General de Escuelas Privadas de la Provincia de Buenos Aires, vigente por resolución 2877 del ex Ministerio de Educación del 17/7/1959 (texto ordenado con las resoluciones 3599 y 53/1963) y su modificación por resolución 721 del 23/3/1977, y el art. 4º, inc. a) del decreto 4 de la misma provincia del 4/1/1980, que imponen el requisito de la nacionalidad argentina nativa o adquirida por vía de la opción o naturalización, para ejercer la docencia con carácter de titular o suplente en la actividad privada, sistemática o asistemática".

7) Es violatorio del art. 20 de la Constitución Nacional la prohibición a los extranjeros para ejercer la profesión de maestra con título reconocido por la autoridad competente.

Corte Sup., 8/11/1988, R. 335. XX, "Repetto, Inés María v. Bs. As. Prov. de s/inconstitucionalidad de normas legales", Fallos 311:2272. (Magistrados votantes: Dres. José Severo Caballero, Augusto César Belluscio, Carlos Santiago Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Jorge Antonio Bacqué).

"Si se prohibiese a los extranjeros el ejercicio del derecho de enseñar no sólo en el ámbito de la educación estatal sino también en el de la privada ese derecho, o el ejercicio de la profesión de maestro, les estaría totalmente vedado, lo que implicaría privar de todo efecto al art. 20 de la Constitución en cuanto les asegura los mismos derechos civiles que a los argentinos y, en el caso, el ejercicio de la profesión de maestra con título reconocido por la autoridad competente".

8) No puede discriminarse entre argentinos y extranjeros al reglamentar los derechos civiles.

Corte Sup., 8/11/1988, R. 335. XX, "Repetto, Inés María v. Bs. As. Prov. de s/inconstitucionalidad de normas legales", Fallos 311:2272. (Magistrados votantes: Dres. José Severo Caballero, Augusto César Belluscio, Carlos Santiago Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Jorge Antonio Bacqué).

"Si bien es cierto que la Constitución no consagra derechos absolutos, y que los consagrados en ella deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan (Fallos 305:831), esa reglamentación, en lo que hace a los derechos civiles, no puede ser dictada discriminando entre argentinos y extranjeros, pues entonces no constituiría un ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria porque entraría en pugna con otra norma de igual rango que la reglamentada (voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué)".

9) En el ejercicio de las profesiones, los extranjeros están equiparados a los nacionales.

Corte Sup., 8/11/1988, R. 335. XX, "Repetto, Inés María v. Bs. As. Prov. de s/inconstitucionalidad de normas legales", Fallos 311:2272 (voto del Dr. Augusto César Belluscio) (Magistrados votantes: Dres. José Severo Caballero, Augusto César Belluscio, Carlos Santiago Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Jorge Antonio Bacqué).

"En cuanto al ejercicio de los derechos civiles y, especialmente al desempeño de sus profesiones, dentro de la República los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con el art. 20 de la Constitución".

10) Es competencia originaria de la Corte la demanda que solicita la inconstitucionalidad de una norma que limita el ingreso a la docencia en escuelas privadas.

Corte Sup., 8/11/1988, R. 335. XX, "Repetto, Inés María v. Bs. As. Prov. de s/inconstitucionalidad de normas legales", Fallos 311:2272. (Magistrados votantes: Dres. José Severo Caballero, Augusto César Belluscio, Carlos Santiago Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Jorge Antonio Bacqué).

"Es de la competencia originaria de la Corte la demanda contra la provincia de Buenos Aires, cuya finalidad es que se declare la inconstitucionalidad del art. 5°, inc. a) del Reglamento General de Escuelas Privadas de esa provincia, vigente por resolución 2877 (ex Ministerio de Educación) del 17/7/1959 (t.o. por resolución 721 del 23 de marzo de 1977) como asimismo del art. 4°, inc. a) del decreto 4/1/1980, que imponen el requisito de la nacionalidad argentina, nativa o adquirida por vía de opción o naturalización, para ejercer la docencia en carácter de titular o suplente en la actividad privada, sistemática o asistemática".

11) Es inconstitucional el requisito de nacionalidad para desempeñarse como psicóloga en un hospital público.

Corte Sup., 24/2/1998, C.3. XXXI, "Calvo y Pesini, Rocío v. Córdoba, Provincia de s/amparo", Fallos 321:194 (voto mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, López, Bossert, Vázquez. Abstención: Boggiano).

"Es inconstitucional el art. 15, ley 7625 de la Provincia de Córdoba que, al exigir la nacionalidad argentina sin haberse acreditado su razonabilidad o el interés estatal, no supone un requisito de idoneidad adecuado a la función o empleo, en el caso, el desempeño como psicóloga en un hospital público".

12) El requisito de la ciudadanía debe juzgarse en función de cada función o empleo.

Corte Sup., 24/2/1998, C.3. XXXI, "Calvo y Pesini, Rocío v. Córdoba, Provincia de s/amparo", Fallos 321:194 (Voto mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, López, Bossert, Vázquez. Abstención: Boggiano).

“En lo atinente al empleo público, el concepto de idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por la ley o el reglamento. La aptitud técnica, física y en particular la moral configuran exigencias de carácter genérico en tanto otras, como la ciudadanía, lo son para determinadas funciones, ya que no se trata de una cualidad abstracta sino concreta, que ha de ser juzgada con relación a la diversidad de funciones y empleos”.

13) La interpretación de las normas constitucionales debe hacerse en forma armónica con todo el conjunto.

Corte Sup., 24/2/1998, C.3. XXXI, “Calvo y Pesini, Rocío v. Córdoba, Provincia de s/amparo”, Fallos 321:194 (Voto mayoría: Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, López, Bossert, Vázquez. Abstención: Boggiano).

“No puede constituir criterio interpretativo válido el de anular unas normas constitucionales por aplicación de otras, sino que debe analizarse el conjunto como un todo armónico, dentro del cual cada disposición ha de interpretarse de acuerdo con el contenido de las demás”.

14) La reglamentación de los derechos civiles no puede discriminar entre argentinos y extranjeros.

Corte Sup., 24/2/1998, C.3. XXXI, “Calvo y Pesini, Rocío v. Córdoba, Provincia de s/amparo”, Fallos 321:194 (voto mayoría: Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, López, Bossert, Vázquez. Abstención: Boggiano).

“Si bien es cierto que la Constitución no consagra derechos absolutos, y que los consagrados en ella deben ser ejercidos conforme a las leyes que los reglamentan, esa reglamentación, en lo que hace a los derechos civiles, no puede ser dictada discriminando entre argentinos y extranjeros, pues entonces no constituiría un ejercicio legítimo de la facultad reglamentaria porque entraría en pugna con otra norma de igual rango que la reglamentada”.

15) En el ejercicio de los derechos civiles, los extranjeros están equiparados a los argentinos.

Corte Sup., 24/2/1998, C.3. XXXI, “Calvo y Pesini, Rocío v. Córdoba, Provincia de s/amparo”, Fallos 321:194 (voto mayoría: Nazareno, Moliné O’Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, López, Bossert, Vázquez. Abstención: Boggiano).

“En cuanto al ejercicio de los derechos civiles y, especialmente, al desempeño de sus profesiones, dentro de la República los extranjeros están totalmente equiparados a los argentinos por expresa prescripción constitucional, de donde toda norma que establezca discriminaciones entre aquéllos y éstos en tales aspectos, estaría en pugna con el art. 20 de la Constitución Nacional”.

16) Es competencia originaria de la Corte la demanda contra una provincia para cuestionar una norma que limita el ingreso como empleado a un hospital público por la nacionalidad.

Corte Sup., 24/2/1998, C.3. XXXI, "Calvo y Pesini, Rocío v. Córdoba, Provincia de s/amparo", Fallos 321:194 (voto mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Fayt, Belluscio, Petracchi, López, Bossert, Vázquez. Abstención: Boggiano).

"Es de la competencia originaria de la Corte Suprema la demanda contra la Provincia de Córdoba, tendiente a que se declare la inconstitucionalidad del art. 15, ley local 7625 en cuanto exige la nacionalidad argentina para ingresar como personal permanente en un hospital público".

17) La cláusula de la Constitución provincial que exige ser argentino nativo o por opción lesiona el principio de igualdad consagrado en la Constitución Nacional.

Corte Sup., 16/11/2004, "Hooft, Pedro Cornelio Federico v. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad". Dictamen de Procuración al que adhiere la mayoría.

"...La cláusula de la Constitución Provincial que exige para ser juez de cámara 'haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero', a mi juicio, resulta manifiestamente contraria a la Ley Fundamental, toda vez que lesiona el principio de igualdad consagrado en ella, y excede las limitaciones que prescribe para ejercer idénticos cargos en el orden nacional, a los que el Dr. Hooft aspira. La trascendencia de tal disposición excede el marco del derecho público local y se proyecta al ámbito de la vigencia de la Constitución Nacional, razón por la cual, tal conclusión, en mi concepto, no implica destruir las bases del orden interno preestablecido sino, por el contrario, defender a la Constitución en el plano superior que abarca su perdurabilidad y la propia perdurabilidad del Estado argentino para cuyo pacífico gobierno ha sido instituida (Fallos 211:162)".

18) No es razonable ni comprensible exigir el requisito de ser nativo para juez de Cámara y no para el de primera instancia.

Corte Sup., 16/11/2004, "Hooft, Pedro Cornelio Federico v. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (Dictamen de Procuración —Dr. Nicolás Eduardo Becerra— al que adhiere la mayoría) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Elena I. Highton de Nolasco —mayoría—, Augusto César Beluscio —disidencia—).

"Por otra parte, a mi juicio, no es razonable ni comprensible que el requisito de ser nativo se exija para ser juez de apelaciones, cuando no existe dicha limitación para ser magistrado de primera instancia, máxime aun —como sostiene el demandante— en ambas se juzga sobre la vida, la libertad y la propiedad de las personas y se ejerce el control de constitucionalidad confiado por la Carta Magna al Poder Judicial".

19) Se presenta afectada de presunción de inconstitucionalidad la norma de la Constitución provincial que distingue entre ciudadanos nativos y por opción y aquellos que no lo son.

Corte Sup., 16/11/2004, "Hooft, Pedro Cornelio Federico v. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (del voto de la mayoría Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Elena I. Highton de Nolasco) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Elena I. Highton de Nolasco —mayoría—, Augusto César Beluscio —disidencia—).

"Que corresponde agregar que, tanto el art. 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), como el art. 25 —ambos equiparados jerárquicamente a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22)— establecen que 'todos los ciudadanos' deben gozar (o gozarán) 'de los siguientes derechos y oportunidades... c) [de] tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país'.

"Ante preceptos tan explícitos, una norma como el art. 177 de la Constitución bonaerense, que establece, respecto del acceso a determinados cargos, que existen argentinos ('ciudadanos', en los pactos) de primera clase (los 'nativos' y los 'por opción'), y otros de segunda clase (los 'naturalizados', como el actor), se presenta afectada por una presunción de inconstitucionalidad que sólo podría ser remontada por la prueba concluyente de que existe un sustancial interés provincial que la justifique".

20) La necesidad de justificar la razonabilidad de la distinción no puede justificarse en razón de la facultad de las provincias de darse sus propias instituciones.

Corte Sup., 16/11/2004, "Hooft, Pedro Cornelio Federico v. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (del voto de la mayoría Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Elena I. Highton de Nolasco) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Elena I. Highton de Nolasco —mayoría—, Augusto César Beluscio —disidencia—).

"Que la demandada no ha logrado cumplir con las exigencias expuestas. En su breve contestación de demanda (fs. 148/149) sólo existen menciones genéricas al federalismo y a las facultades de la provincia para darse sus propias instituciones, todo lo cual esta Corte no se propone, sin duda, desconocer. Tampoco está en juego que los requisitos locales puedan ser distintos de los nacionales para cargos judiciales análogos. Empero, lo único concreto que la demandada ha dicho con referencia a la norma impugnada es que la designación de los jueces es problema, 'complejísimo y que, en ese marco de complejidad deviene razonable la exigencia constitucional de que los jueces de la Cámara de Apelaciones sean ciudadanos nativos (fs. 148/148 vta.). Agregó que requisitos y condiciones como la que se impugna resultan [de] la derivación de lentos procesos históricos y sociales originados por las particularidades propias de cada Estado provincial' (fs. 149).

"Resulta evidente que esas aserciones son totalmente insuficientes al momento de considerar si la provincia ha acreditado lo que debía probar, a tenor de los criterios ya expuestos. En consecuencia, corresponde resolver —como en Fallos 321:194—

que la demandada no ha justificado la restricción atacada y se ha limitado a una dogmática afirmación de su postura”.

21) La idoneidad para acceder a los cargos públicos supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza, algunos genéricos y otros específicos, como el de la ciudadanía.

Corte Sup., 16/11/2004, “Hoofi, Pedro Cornelio Federico v. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (voto en disidencia de Augusto César Beluscio) (del voto de la mayoría Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Elena I. Highton de Nolasco) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Elena I. Highton de Nolasco —mayoría—, Augusto César Beluscio —disidencia—).

“Que cabe considerar también en el caso si la disposición constitucional cuestionada ha alterado el concepto de idoneidad como recaudo para los cargos públicos (art. 16 de la Constitución Nacional), el que supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que pueden ser estatuidos por ley o reglamento (o, en este caso, por la Constitución local). Sobre el punto, ha sostenido esta Corte que la aptitud técnica, física y en particular la moral configuran exigencias de carácter genérico, en tanto otras, como la ciudadanía, lo son para determinadas funciones (Fallos 321:194). Por ello, no aparece irrazonable que la Provincia de Buenos Aires haya decidido que, para el ejercicio de las funciones de juez de cámara, de casación o de la Suprema Corte local, sea preciso contar con el recaudo de la ciudadanía por nacimiento o por opción, excluyendo la especie de la ciudadanía por naturalización”.

22) Descalificar la diferencia en la norma provincial implicaría el absurdo de descalificar a la propia Constitución Nacional al establecer el requisito para ser presidente.

Corte Sup., 16/11/2004, “Hoofi, Pedro Cornelio Federico v. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (voto en disidencia de Augusto César Beluscio). Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Elena I. Highton de Nolasco —mayoría—, Augusto César Beluscio —disidencia—).

“...Corresponde poner de relieve que si se descalificara una norma provincial tachándola de discriminatoria por establecer diferencias entre los argentinos nativos o por opción y los naturalizados, ello implicaría el absurdo de descalificar a la vez a la propia Constitución Nacional, ya que es esta misma la que establece distingos al excluir a los últimos de la posibilidad de acceder a los cargos de presidente y vicepresidente de la Nación (art. 89) o fijar un requisito de antigüedad en la ciudadanía para ser electos diputados o senadores (arts. 48 y 55)”.

23) Constituye una “categoría sospechosa” la que discrimina en el “origen nacional”.

Corte Sup., 8/8/2006, “Gottschau, Evelyn P. v. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo” (voto mayoría Enrique Santiago Petracchi, E.

Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay).

“...Que a esta altura podría suponerse que lo único que procede en el caso es evaluar la mayor o menor razonabilidad del requisito de nacionalidad argentina impuesto por la normativa local.

”Sin embargo, esta Corte ha resuelto recientemente que, cuando se impugna una categoría infraconstitucional basada en el origen nacional como sucede en el *sub lite* corresponde considerarla sospechosa de discriminación y portadora de una presunción de inconstitucionalidad que corresponde a la demandada levantar (conf. causa ‘Hooft’, Fallos 327:5118, considerando 4º y sus citas)”.

24) La inclusión del requisito en una categoría sospechosa implica el sometimiento a un examen estricto.

Corte Sup., 8/8/2006, “Gottschau, Evelyn P. v. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo” (voto mayoría Enrique Santiago Petracchi, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay).

“Después de señalar la inversión del *onus probandi* que esa presunción de inconstitucionalidad trae aparejada, el Tribunal puntualizó que aquélla sólo podía ser levantada por la demandada con una cuidadosa prueba sobre los fines que había intentado resguardar y sobre los medios que había utilizado al efecto. En cuanto a los primeros, deben ser sustanciales y no bastará que sean meramente convenientes.

”En cuanto a los segundos, será insuficiente una genérica adecuación a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada (sentencia *in re* ‘Hooft’, considerando 6º)”.

25) La distinción con base en el origen nacional requiere una ponderación más exigente que el de mera razonabilidad.

Corte Sup., 8/8/2006, “Gottschau, Evelyn P. v. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo” (voto mayoría Enrique Santiago Petracchi, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay).

“Es evidente que el Tribunal ha adoptado, para casos como el *sub lite*, un criterio de ponderación más exigente que el de mera razonabilidad. Este último, que funciona cuando se trata de la impugnación de normativas que gozan de la presunción de constitucionalidad, resulta insuficiente cuando se está en presencia de preceptos legales afectados por la presunción inversa. Aquí se requiere aplicar un escrutinio más severo, cuyas características esta Corte ha indicado en el precedente citado”.

26) No puede recurrirse a los tratados para limitar el derecho consagrado en el art. 16 de la Constitución Nacional.

Corte Sup., 8/8/2006, "Gottschau, Evelyn P. v. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo" (voto mayoría Enrique Santiago Petracchi, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay).

“Por tanto, si los extranjeros, en su carácter de habitantes de la Nación, están, en principio, habilitados para el empleo público conforme la cláusula genérica del art. 16 de la Constitución Nacional y con el alcance que se indicó precedentemente no puede acudirse a los tratados para limitar ese derecho. Para usar los términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no puede pretextarse que el tratado no reconoce al derecho o lo hace ‘en menor medida’ (conf. art. 5.2 de aquél)”.

27) La reglamentación que distingue entre nacionales y extranjeros no es en principio inconstitucional.

Corte Sup., 8/8/2006, "Gottschau, Evelyn P. v. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo" (voto mayoría Enrique Santiago Petracchi, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay).

“Que, en consecuencia, si bien corresponde aplicar un estándar intenso de control en materia de igualdad, éste no es coincidente con el efectuado en la causa ‘Hooft’ (Fallos 327:5118), en la que la discriminación tuvo fundamento en el origen de la nacionalidad argentina, lo que lleva ínsita su presunción de inconstitucionalidad.

”La reglamentación que distingue entre nacionales y extranjeros no es, en principio, inconstitucional, por lo que el legislador se encuentra habilitado a emplearla, siempre que el criterio de ponderación entre el medio elegido y los fines específicos que se persiguen con la distinción, supere el test de constitucionalidad.

”Así lo confirma lo dispuesto en el art. 23, inc. 2º, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), en tanto establece que la ley puede reglamentar el ejercicio de los derechos políticos y de las oportunidades a que se refiere el inc. 1º, entre ellas el acceso a las funciones públicas, por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o condena por juez competente en proceso penal”.

28) La idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza, genéricos y específicos como la nacionalidad.

Corte Sup., 8/8/2006, "Gottschau, Evelyn P. v. Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/amparo" (voto mayoría Enrique Santiago Petracchi, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay).

“Cabe recordar que, en el caso ‘Calvo y Pesini’ (Fallos 321:194) esta Corte ha dicho que la ‘idoneidad supone un conjunto de requisitos de distinta naturaleza que

pueden ser estatuidos por la ley o el reglamento', a la vez que distinguió entre los que configuran exigencias genéricas —aptitud física, técnica, moral— de aquéllos específicos como la nacionalidad, considerados para el ejercicio de determinadas funciones. Citando a Villegas Basavilbaso, el Tribunal sostuvo que 'no se trata de una cualidad abstracta sino concreta, esto es, ha de ser juzgada con relación a la diversidad de las funciones y empleos', pauta cuya aplicación se impone en el *sub lite*, siempre bajo el principio rector que consagra el art. 16 de la Constitución Nacional en favor del reconocimiento pleno de los derechos de todos los habitantes, incluido el ejercicio de su profesión, como se recuerda en el fallo mencionado".

4.2. *Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires*

1) No se advierte discriminación en la limitación a los ciudadanos naturalizados para acceder al cargo de gobernador.

Sup. Corte Bs. As., 20/10/2007, A. 69.391, "Apoderado del MOPOBO, apoderado del MID y apoderado del Partido Demócrata Conservador Pcia. Bs. As. v. Honorable Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires. Recurso de inaplicabilidad de ley" (voto del Dr. de Lazzari) (Magistrados votantes: doctores de Lazzari, Hitters, Pettigiani, Kogan, Negri, Domínguez, Natiello).

"El art. 121, inc. 1° de la Constitución local (reitero, similar al de la nacional) cumple con tales exigencias: se reglamenta el ejercicio de un derecho mediante una ley (de rango constitucional) anterior al llamado a las elecciones, que atiende a propósitos útiles y razonables a la vez que satisfacen un interés público (extremos todos estos consagrados en la misma Carta local), sin que se advierta forma alguna de discriminación (aunque haya, en todo caso, una lícita distinción)".

2) La distinción entre nacionales nativos y naturalizados no es ilegítima.

Sup. Corte Bs. As., 20/10/2007, A. 69.391, "Apoderado del MOPOBO, apoderado del MID y apoderado del Partido Demócrata Conservador Pcia. Bs. As. v. Honorable Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires. Recurso de inaplicabilidad de ley" (voto del Dr. de Lazzari) (Magistrados votantes: doctores de Lazzari, Hitters, Pettigiani, Kogan, Negri, Domínguez, Natiello).

"En tal sentido, resulta evidente que la cláusula contenida en el art. 121 de la Constitución provincial, tampoco traiciona el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, puesto que no se establece allí una diferenciación ilegítima o irritante; por el contrario, la lectura integral de tal precepto —a la luz de los pactos y tratados internacionales— nos muestra que se ha establecido una distinción prudente, acorde con sus finalidades y alcances".

3) Una cláusula de una Constitución provincial debe ser compatible con la Carta federal y los tratados internacionales ratificados por nuestro país en virtud del art. 75, inc. 22, CN.

Sup. Corte Bs. As., 20/10/2007, A. 69.391, "Apoderado del MOPOBO, apoderado del MID y apoderado del Partido Demócrata Conservador Pcia. Bs. As. v. Honorable Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires. Recurso de inaplicabilidad de ley"

(voto del Dr. Hitters) (Magistrados votantes: doctores de Lazzari, Hitters, Pettigiani, Kogan, Negri, Domínguez, Natiello).

“Ninguna duda cabe sobre la posibilidad de cuestionar la legitimidad de las Constituciones provinciales en los casos en que sus cláusulas se opongan a la Carta federal o a los Tratados Internacionales ratificados por nuestro país y que también constituyen derecho interno de rango superior (art. 75 inc. 22, Const. Nac.) al que obviamente deben acoplarse los ordenamientos inferiores”.

4) La igualdad de las personas constituye pilar fundamental del derecho internacional de los derechos humanos.

Sup. Corte Bs. As., 20/10/2007, A. 69.391, “Apoderado del MOPOBO, apoderado del MID y apoderado del Partido Demócrata Conservador Pcia. Bs. As. v. Honorable Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires. Recurso de inaplicabilidad de ley” (voto del Dr. Hitters) (Magistrados votantes: doctores de Lazzari, Hitters, Pettigiani, Kogan, Negri, Domínguez, Natiello).

“De modo tal que la igualdad de las personas —pensada para prevenir su contrafigura, la discriminación— constituye uno de los pilares fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos e impera concretamente en el ámbito de los derechos electorales, en el que no pueden trazarse *distinciones indebidas* entre ciudadanos, por el hecho de haber nacido en diversos territorios”.

5) Ante la situación de desigualdad con motivo de la nacionalidad debe constatararse si existen alternativas menos restrictivas.

Sup. Corte Bs. As., 20/10/2007, A. 69.391, “Apoderado del MOPOBO, apoderado del MID y apoderado del Partido Demócrata Conservador Pcia. Bs. As. v. Honorable Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires. Recurso de inaplicabilidad de ley” (voto del Dr. Hitters) (Magistrados votantes: doctores de Lazzari, Hitters, Pettigiani, Kogan, Negri, Domínguez, Natiello).

“En idéntico sentido precisó la Corte Suprema de la Nación en el citado precedente ‘Hooft’ (Fallos 327:5118) que para levantar la presunción de inconstitucionalidad que recae sobre normas de este tenor ‘será insuficiente una genérica «adecuación» a los fines, sino que deberá juzgarse si los promueven efectivamente y, además, *si no existen otras alternativas menos restrictivas para los derechos en juego que las impuestas por la regulación cuestionada*’ (consid. 6°).

”b) En efecto, no ha quedado demostrado ni se avizoran elementos suficientes en autos para considerar que —en la actualidad— la restricción del derecho político de ser elegido por parte del señor de Narváez Steuer por no haber nacido en el país (pese a ser ciudadano argentino naturalizado), constituya la alternativa menos gravosa para procurar la finalidad perseguida por el constituyente”.

6) La evaluación del requisito que distingue entre ciudadanos nativos y naturalizados debe adecuarse a las circunstancias de la época.

Sup. Corte Bs. As., 20/10/2007, A. 69.391, “Apoderado del MOPOBO, apoderado del MID y apoderado del Partido Demócrata Conservador Pcia. Bs. As. v. Honorable Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires. Recurso de inaplicabilidad de ley”

(voto del Dr. Hitters) (Magistrados votantes: doctores de Lázari, Hitters, Pettigiani, Kogan, Negri, Domínguez, Natiello).

“...Podría sostenerse que históricamente el recaudo de haber nacido aquí (y no sólo estar nacionalizado) resultaba razonable en un contexto en el que el resguardo de nuestra independencia y soberanía como Nación demandaban prestar atención al país de origen de los ciudadanos que pretendieran ser primeros mandatarios.

”Pero —como lo adelantara en el párrafo III.1.b)— la tarea hermenéutica de la judicatura no puede ser fugitiva de la realidad y desentenderse de la época en la que se desenvuelve y de las demás calidades que cumple el postulante. Es que el juez es un hombre de su tiempo, con experiencia de vida, conocedor y acompañador de situaciones que requieren de una sensibilidad particular (Cappelletti).

”d) Es por ello que considero que al día de hoy y en el particular contexto de autos, la exigencia de que el Gobernador de la Provincia de Buenos Aires haya nacido en el territorio argentino o sea hijo de ciudadano nativo (art. 121, inc. 1º, Const. prov.), *no resulta una restricción razonable del derecho político a ser elegido*, por consagrar una distinción injustificada en perjuicio de los argentinos naturalizados que cumplen las demás condiciones para ser idóneos representantes de los intereses de los electores (arts. 5º, 14, 16, 28, 121, Const. Nac.; 1º, 2º, 23, 24, 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2º y 25, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y concs.)”.

7) La limitación a un ciudadano naturalizado para postularse al cargo de gobernador debe ser evaluado en función del art. 11 de la Constitución provincial.

Sup. Corte Bs. As., 20/10/2007, A. 69.391, “Apoderado del MOPOBO, apoderado del MID y apoderado del Partido Demócrata Conservador Pcia. Bs. As. v. Honorable Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires. Recurso de inaplicabilidad de ley” (voto del Dr. Pettigiani) (Magistrados votantes: doctores de Lázari, Hitters, Pettigiani, Kogan, Negri, Domínguez, Natiello).

“Sin embargo no es dable, en mi parecer, adentrarnos en el análisis de la compatibilidad de las normas supranacionales antes citadas, desde que para la solución del presente el texto constitucional local *sub examen* contiene una norma, de carácter operativo en la especie, que contiene una solución superadora del requisito exigido en el art. 121, inc. 1º, cual es la que surge de su art. 11 (*iuria novit curia*).

”En punto al tema a dilucidar el mencionado precepto establece que ‘la Provincia no admite distinciones, discriminaciones, ni privilegios por razones de sexo, raza, religión, nacionalidad, lengua, ideología, opinión, enfermedades de riesgo, características físicas o cualquier otra condición amparada por las normas constitucionales’.

”Es deber de la provincia promover el desarrollo integral de las personas garantizando la igualdad de oportunidades y efectiva participación de todos en la organización política...’.

”Esta manda incorporada con la reforma constitucional local del año 1994, que pasó a integrar la sección primera de declaraciones, derechos y garantías, enerva el contenido del inc. 1º del art. 121 —cuyo examen no fuera abordado en la referida enmienda— en cuanto establece, en un criterio propio y más estricto que en los demás supuestos que vimos, distinciones entre nacionales de origen y por adopción”.

8) No supera el control de constitucionalidad el requisito de ser ciudadano naturalizado con base en los valores nacionales o el orden constitucional.

Sup. Corte Bs. As., 20/10/2007, A. 69.391, "Apoderado del MOPOBO, apoderado del MID y apoderado del Partido Demócrata Conservador Pcia. Bs. As. v. Honorable Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires. Recurso de inaplicabilidad de ley" (voto del Dr. Kogan) (Magistrados votantes: doctores de Lazzari, Hitters, Pettigiani, Kogan, Negri, Domínguez, Natiello).

"...Siguiendo los parámetros actuales en materia de control de constitucionalidad, cabe concluir que los recurrentes no han logrado argumentar sólidamente acerca de la relación necesaria entre excluir a un ciudadano del proceso electoral por motivos de su origen nacional y la 'preservación de los valores nacionales' o el 'orden constitucional'".

9) En el caso se discrimina no por ser nacional sino por el origen de su nacionalidad.

Sup. Corte Bs. As., 20/10/2007, A. 69.391, "Apoderado del MOPOBO, apoderado del MID y apoderado del Partido Demócrata Conservador Pcia. Bs. As. v. Honorable Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires. Recurso de inaplicabilidad de ley" (voto del Dr. Domínguez) (Magistrados votantes: doctores de Lazzari, Hitters, Pettigiani, Kogan, Negri, Domínguez, Natiello).

"Se estaría discriminando en estos supuestos por ser argentino 'naturalizado', no por ser nacional, sino por el origen de su nacionalidad (cfr. Corte Suprema de Justicia de la Nación en Fallos 327:5134 del 16/11/2004).

"En este orden de cosas cabe expresar que la reglamentación de los derechos políticos debe observar los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad en una sociedad democrática. La restricción debe encontrarse prevista en una ley, no ser discriminatoria, basarse en criterios razonables a tender a un propósito útil y oportuno para satisfacer un interés público imperativo, y ser proporcional a ese objetivo. Cuando hay varias opciones para alcanzar ese fin, debe escogerse la que restrinja menos el derecho protegido y guarde mayor proporcionalidad con el propósito que se sigue (cfr. CIDH en 'Yatama' ya citado)".

10) La restricción del art. 121 de la Constitución provincial para los ciudadanos naturalizados aparece como indebida e irrazonable.

Sup. Corte Bs. As., 20/10/2007, A. 69.391, "Apoderado del MOPOBO, apoderado del MID y apoderado del Partido Demócrata Conservador Pcia. Bs. As. v. Honorable Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires. Recurso de inaplicabilidad de ley" (voto del Dr. Natiello) (Magistrados votantes: doctores de Lazzari, Hitters, Pettigiani, Kogan, Negri, Domínguez, Natiello).

"En este marco, el único camino transitable para armonizar la normativa estadual a la supranacional y realizar la justicia en el caso concreto —*id est*: un ciudadano argentino por naturalización con 15 años de ejercicio de la ciudadanía y residente en el país desde el 6 de junio de 1958— conduce a interpretar que la restricción del art. 121 de la Constitución provincial, aparece como *irrazonable e indebida*, a la luz del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, correspondiendo, en

consecuencia, admitir la candidatura a Gobernador de la Provincia de Buenos Aires de Francisco de Narváez Steuer (arts. 1º, 5º, 14, 16, 18, 19, 28, 31, 33, 38, 75, inc. 22, 89 y 121 de la Constitución nacional; 1º, 11, 25, 59 y 121 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; 1º, 2º, 23, 24 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 2º, 3º, 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados)”.

11) La limitación basada en la nacionalidad para acceder a un empleo público debe ser valorada con estrictez y dependerá del tipo de cargo al que se aspire.

Sup. Corte Bs. As., 19/12/2007, B. 65.948, “Gerez, María Cecilia v. Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes. Amparo” (voto del Dr. Soria —SD—) (Magistrados votantes: doctores Soria, de Lazzari, Hitters, Kogan).

“Sin duda, la cuestión admite modulaciones. Aceptar un límite basado en el origen nacional de la persona a los fines de acceder a un empleo público, bien que siempre en el marco de la señalada estrictez valorativa, depende del tipo de cargo al que se aspire, pues en algún caso podrá ser razonable imponerlo si se está en presencia de una función de relevante interés para la colectividad, de un cometido estatal primordial o insoslayable. Incluso, el tipo de proceso en el que la restricción sea enjuiciada y la posibilidad de valorar en él o focalizar la concreta situación de quien dice haber sido discriminado, o el alcance asignado al fallo, son factores que influyen en el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la norma legal (ver TSJCBA, expte. 3103/04, ‘Asociación por los Derechos Civiles’, sent. del 31/3/2005)”.

12) La limitación basada en la nacionalidad para acceder a la docencia provincial requiere un escrutinio riguroso.

Sup. Corte Bs. As., 19/12/2007, B. 65.948, “Gerez, María Cecilia v. Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes. Amparo” (voto del Dr. Soria —SD—) (Magistrados votantes: doctores Soria, de Lazzari, Hitters, Kogan).

“En definitiva, en situaciones como la debatida en el presente amparo, según sostiene el Alto Tribunal, corresponde transitar un escrutinio riguroso sobre la pertinencia de la distinción consagrada en el régimen legal o reglamentario. En el caso de la señora Gerez, ese test poco margen deja para reafirmar la pertinencia de una limitación del tenor de la establecida en el estatuto del docente provincial”.

13) La normativa que limita el ingreso a la docencia no da cabal respuesta a cuáles son los fines sustanciales que hacen a las funciones básicas del Estado que justifican dicha regulación.

Sup. Corte Bs. As., 19/12/2007, B. 65.948, “Gerez, María Cecilia v. Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes. Amparo” (voto del Dr. Soria —SD—) (Magistrados votantes: doctores Soria, de Lazzari, Hitters, Kogan).

“8. Si los extranjeros, en su carácter de habitantes de la Nación, están en principio habilitados para acceder a los empleos públicos —conforme la cláusula del art. 16 de la Constitución Nacional y con el alcance que se indicó precedentemen-

te— entonces, frente a normas como la aquí considerada, no basta aducir la simple conveniencia *in genere* del requisito de nacionalidad argentina para tolerar un cerceamiento como el contenido en el estatuto que la actora cuestiona.

”Una regulación referida a ciertos cargos críticos o sensibles del Estado, puede ser compatible con la igualdad y la idoneidad. Mas ello no acontece en situaciones como las ahora enjuiciadas, en tanto la interdicción legal impugnada no da cabal respuesta a la pregunta sobre cuáles ‘fines sustanciales que hacen al ejercicio de funciones básicas del Estado’ (ver Corte Sup., ‘Gottschau’, consid. 6°) justifican que a una docente en educación física, nacida en el Uruguay pero íntegramente formada en el país, que procura demostrar su idoneidad específica, se le impida la posibilidad de acceder al sistema de la enseñanza pública o —indirectamente— se le imponga, como alternativa, la tramitación y obtención de la ciudadanía argentina”.

14) La idoneidad no es una cualidad abstracta sino concreta que debe ser juzgada conforme a la diversidad de funciones y empleos.

Sup. Corte Bs. As., 19/12/2007, B. 65.948, “Gerez, María Cecilia v. Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes. Amparo” (voto del Dr. Soria —SD—) (Magistrados votantes: doctores Soria, de Lázari, Hitters, Kogan).

“9. Como bien se sostuvo (Fallos 321:194), la idoneidad supone un conjunto de requisitos legales o reglamentarios, de exigencias genéricas —de aptitud física, técnica, moral— y específicas para el ejercicio de determinadas funciones, como la nacionalidad. La Corte Suprema aclaró que ‘no se trata de una cualidad abstracta sino concreta, esto es, ha de ser juzgada con relación a la diversidad de las funciones y empleos’, pauta cuya aplicación se impone en la presente contienda, siempre bajo el prisma rector que consagra el bloque constitucional a favor del reconocimiento igualitario de los derechos a todos los habitantes (incluido el ejercicio de su profesión y en general los empleos públicos) y contra toda forma de discriminación”.

15) Tanto la educación pública como la privada integran el sistema de enseñanza provincial y la habilitación en el segundo caso no atenúa la discriminación por la limitación en el primero para el ingreso de los extranjeros a la docencia.

Sup. Corte Bs. As., 19/12/2007, B. 65.948, “Gerez, María Cecilia v. Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes. Amparo” (voto del Dr. Soria —SD—) (Magistrados votantes: doctores Soria, de Lázari, Hitters, Kogan).

“Del otro, por cuanto la posibilidad acordada al docente extranjero para que actúe en el ámbito de la educación privada tampoco atenúa la discriminación que aquí se denuncia, en tanto la escuela pública como la privada, bien que con gradaciones, deben cumplir un fin de interés general (arg. arts. 1° a 5°, 16, 64 y concs., ley 13.688). Los servicios de gestión privada integran el sistema de enseñanza provincial (arts. 19, 56, 64, 128 y concs., ley 13.688) y la actividad que desarrollan está sujeta al reconocimiento y supervisión de las autoridades públicas; la Dirección General de Cultura y Educación los organiza, regula y supervisa (ver anteriores arts. 2°, 102, 103, 105, 106 y concs. de la derogada ley 11.612 y 8°, 18, 61 inc. b, 128, 129 y concs., ley 13.688)”.

16) El interés vital del Estado en la educación no puede ser invocado genéricamente para aceptar la validez de la norma impugnada cuando su mayor interés es el respeto cabal de su Constitución.

Sup. Corte Bs. As., 19/12/2007, B. 65.948, "Gerez, María Cecilia v. Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes. Amparo" (voto del Dr. Soria —SD—) (Magistrados votantes: doctores Soria, de Lázzari, Hitters, Kogan).

“Por fin, el interés vital del Estado en la educación, reconocido por la Corte Suprema (ver Fallos 306:400, consid. 13 del voto de los jueces Belluscio y Petracchi, recordado en Fallos 311:2272), tampoco puede ser invocado genéricamente para aceptar la validez constitucional de la norma impugnada, ya que, como sostuvo en el citado caso ‘Repetto’, el Estado no puede tener interés de mayor realce que el comprometido en el respeto cabal de las prescripciones de su Constitución”.

17) La habilitación de la postulante a la docencia extranjera no desvirtúa el ideario fundamental del sistema educativo público.

Sup. Corte Bs. As., 19/12/2007, B. 65.948, "Gerez, María Cecilia v. Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes. Amparo" (voto del Dr. Soria —SD—) (Magistrados votantes: doctores Soria, de Lázzari, Hitters, Kogan).

“Por décadas, la educación pública ha sido factor de cohesión y movilidad social; seguramente habrá de volver a serlo. En los tiempos que corren, además, convergen otros retos, como la consolidación de un sentido de pertenencia a una comunidad democrática, plural, afianzada en sus valores constitucionales y en el respeto por los derechos humanos. En este orden, no advierto que la eventual incorporación al sistema educativo público de una docente como la señora Gerez llegare a desvirtuar los propósitos de aquel ideario fundamental”.

18) El legislador pudo considerar alternativas menos gravosas a la limitación por nacionalidad para quien aspira a ingresar a la docencia.

Sup. Corte Bs. As., 19/12/2007, B. 65.948, "Gerez, María Cecilia v. Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes. Amparo" (voto del Dr. Soria —SD—) (Magistrados votantes: doctores Soria, de Lázzari, Hitters, Kogan).

“Cabe apuntar que la aplicabilidad de ‘alternativas menos gravosas’, como las enunciadas por la Corte federal (ver Corte Sup., ‘Gottschau’, consid. 9º) no ya centradas en la nacionalidad de la aspirante al empleo público, sino, por ejemplo, en la ‘extensión de la residencia en el país’ o ‘[e]l lugar en el cual los estudios fueron efectuados’ (consider. cit.), como modos de acreditar el arraigo en el país al que la norma observada tiende a apuntar, no parece haber sido un camino explorado por el legislador. De haberlo hecho, el caso de la ahora impugnante habría encajado sin hesitación alguna, y en modo claro, dentro de un espacio de concreta permisión o habilitación, en vista de su residencia en la Argentina desde pequeña y de que ha cursado la totalidad de sus estudios desde el primario en nuestro país. Como nada de esto ha sido ponderado, tampoco se ha respetado la necesidad, subrayada por el Máximo Tribunal, de ‘...elegir las alternativas menos restrictivas para los derechos del postulante’ (*in re* ‘Gottschau’, consid. 9º)”.

19) Los tratados internacionales sólo pueden mejorar la tutela de los derechos y no empeorarla, sobre la base del derecho igualitario a acceder a los cargos públicos para todo habitante de la Nación previsto en el art. 16 de la Constitución Nacional.

Sup. Corte Bs. As., 19/12/2007, B. 65.948, "Gerez, María Cecilia v. Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes. Amparo" (voto del Dr. Soria —SD—) (Magistrados votantes: doctores Soria, de Lázari, Hitters, Kogan).

"13. Podría quizás pensarse, con base en ciertas normas de tratados internacionales de derechos humanos, que el derecho a acceder a los cargos públicos, al que aspira la demandante de autos, viene reconocido únicamente a los ciudadanos de cada país, no así a los extranjeros que en ellos habiten (ver arts. 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), y que tales textos predicen la configuración de tal derecho en condiciones generales de igualdad.

"Frente a ello, no cabe sino replicar lo dicho al respecto por la Corte Suprema, en el tantas veces referido precedente 'Gottschau', cuando, fundándose en los arts. 75, inc. 22 de la Constitución nacional, 29, inc. b del Pacto de San José de Costa Rica, y 5.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, sostuvo que los tratados internacionales sólo pueden '...mejorar la tutela de los derechos, no empeorarla', añadiendo que '...[a]quellos no pueden entenderse como restrictivos de los derechos constitucionales existentes en el ordenamiento interno, al momento de su sanción' (consid. 10º). Premisa de la que extrajo el siguiente corolario: '...Si los extranjeros, en su carácter de habitantes de la Nación, están, en principio, habilitados para el empleo público —conforme la cláusula genérica del art. 16 de la Constitución Nacional... — no puede acudir a los tratados para limitar ese derecho. Para usar los términos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, no puede pretex-tarse que el tratado no reconoce al derecho lo hace en menor medida (conf. art. 5.2 de aquél)' (consid. cit.)".

20) La limitación por nacionalidad es discriminatoria, viola la igualdad ante la ley, desconoce la idoneidad para acceder a los cargos públicos, afecta a los derechos de enseñar y trabajar por irrazonable.

Sup. Corte Bs. As., 19/12/2007, B. 65.948, "Gerez, María Cecilia v. Dirección General de Cultura y Educación. Consejo Escolar Quilmes. Amparo" (voto del Dr. Soria —SD—) (Magistrados votantes: doctores Soria, de Lázari, Hitters, Kogan).

"TV. En suma, el art. 57, inc. a, ley 10.579, discrimina a la actora, en cuanto al ejercicio de su derecho de aspirar a acceder a la docencia en establecimientos públicos de la Provincia; menoscaba la igualdad ante la ley, desconoce que la idoneidad es la base para el acceso a los cargos públicos (art. 16, CN) y afecta con irrazonabilidad los derechos de enseñar y de trabajar (arts. 14, 20, 28, CN) invocados en autos. Cabe declarar, entonces, la inconstitucionalidad de la norma impugnada en relación con la actora".

4.3. *Jurisprudencia de los juzgados en lo Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires*

1) El requisito de nacionalidad para acceder a un cargo de médico asistente interino es manifiestamente inconstitucional.

Juzg. Cont. Adm. La Plata, n. 3, a cargo del Dr. Francisco Terrier, 30/4/2007, "Keun Park v. Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires - Subsecretaría de Coordinación y Atención de la Salud s/amparo".

“En este orden de ideas debe advertirse que la norma sobre la cual se ha apoyado el acto que impide la designación del señor Park como Médico Asistente Interino por razón de la nacionalidad, es manifiestamente inconstitucional.

“En tanto la nacionalidad se erige en un requisito autónomo, en igualdad de aptitudes psicofísicas y profesionales, por aquella razón, unas personas pueden ejercer la profesión y acceder a cargos interinos y otras no, criterio que implica excluir a unos de lo que se concede a otros en igualdad de circunstancias”.

2) La nacionalidad argentina sin acreditarse su razonabilidad o interés estatal no supone un requisito de idoneidad adecuado.

Juzg. Cont. Adm. La Plata, n. 3, a cargo del Dr. Francisco Terrier, 30/4/2007, "Keun Park v. Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires - Subsecretaría de Coordinación y Atención de la Salud s/amparo".

“...El requisito que se exige al Sr. Park para acceder a la Carrera Hospitalaria constituye un acto discriminatorio e injusto que lesiona el valor igualdad de una persona con base en un motivo arbitrario, dado que al exigir el art. 4º, inc. b, ley 10.471, la nacionalidad argentina sin acreditarse su razonabilidad o el interés estatal, no supone un requisito de idoneidad adecuado a la función o empleo —en el caso de autos— el desempeño como Médico Asistente Interino con especialidad en Urología en un Hospital Público”.

4.4. *Jurisprudencia de otras jurisdicciones*

1) En nuestro país, la igualdad no está supeditada a reciprocidad diplomática o legislativa.

Trib. Sup. Just. Mendoza, 25/3/1996, "Sanhueza, Fernando v. Pcia de Mendoza s/amparo" (voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci). Magistrados votantes: Aída Kemelmajer de Carlucci - Fernando Romano.

“Señalo que esta igualdad, a diferencia de lo que sucede en otros países, no está sujeta a la reciprocidad diplomática ni legislativa; tampoco cabe distinguir según se trate o no de derechos fundamentales, inherentes o no a la dignidad humana (para los diferentes sistemas ver Adam Muñoz, Dolores M., *La condición jurídica de los extranjeros en la Constitución de 1978. Análisis del art. 13.1., en la evolución del derecho en los diez últimos años*, Tecnos-Universidad de Málaga, Madrid, 1992, p. 448)”.

2) La distinción para ingresar a la policía entre un argentino nativo o por opción y uno naturalizado sólo puede estar fundada en un prejuicio.

Trib. Sup. Just. Mendoza, 25/3/1996, "Sanhuesa, Fernando v. Pcia de Mendoza s/amparo" (voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci). Magistrados votantes: Aída Kemelmajer de Carlucci - Fernando Romano.

"Distinguir, para quien desea ingresar a la policía provincial, entre un argentino nativo o por opción y un argentino naturalizado, sólo puede estar fundado en un prejuicio, en generalizaciones categóricas sin base en datos adecuados.

"¿Por qué debe presumirse, sin admitir prueba en contra, que sólo puede ser buen custodio de la seguridad alguien que nació en el territorio o nació fuera pero de padres nativos y que, en cambio, debe ser excluido aquel que por un acto consciente, fruto de su propia voluntad, deja su nacionalidad de origen para abrazar la argentina? ¿Qué criterio de razonabilidad sustenta esta distinción? ¿Por qué favorecer la casualidad por sobre el acto de decisión?"

3) Los problemas de seguridad internacionales exigen trabajar aunados y no discriminar según cuál sea la fuente de nacionalidad argentina.

Trib. Sup. Just. Mendoza, 25/3/1996, "Sanhuesa, Fernando v. Pcia de Mendoza s/amparo" (voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci). Magistrados votantes: Aída Kemelmajer de Carlucci - Fernando Romano.

"Tengo también en consideración que la policía provincial, a diferencia de otros organismos, como por ejemplo Gendarmería Nacional, no tiene como función específica el cuidado de las fronteras y que en el mundo en que vivimos los problemas de seguridad se conectan al delito organizado (tráfico de estupefacientes, terrorismo internacional, etc.); trabajar aunados contra estos flagelos exige no discriminar según cuál sea la fuente de la nacionalidad argentina".

4) La exclusión de la policía para los argentinos naturalizados no pasa el test de razonabilidad.

Trib. Sup. Just. Mendoza, 25/3/1996, "Sanhuesa, Fernando v. Pcia de Mendoza s/amparo" (voto de la Dra. Kemelmajer de Carlucci). Magistrados votantes: Aída Kemelmajer de Carlucci - Fernando Romano.

"Tengo, entonces, el convencimiento de que la ley provincial, en cuanto excluye al argentino naturalizado de la posibilidad de ingresar a la policía, no pasa por el test de la razonabilidad; por el contrario, es ilógica, prejuiciosa y contraria al generoso llamado que la Constitución Nacional sigue haciendo a quienes han nacido fuera del territorio pero viven aquí y han decidido tomar nuestra nacionalidad. Por todo lo expuesto debe ser declarada inconstitucional y, consecuentemente, si mi voto es compartido por mis colegas de sala, corresponde acoger favorablemente el recurso de inconstitucionalidad".

5. La edad como requisito de idoneidad

5.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

1) Es razonable la limitación de edad para desempeñarse como profesor ordinario universitario por ser general respecto de todo el claustro y basada en principios de organización de la carrera docente universitaria.

Corte Sup., 15/10/1985, Fallos 307:1964, "Domínguez, Alberto Roberto v. UNR s/amparo" (Augusto César Beluscio, Enrique Santiago Petracchi, Jorge Antonio Bacqué).

"Corresponde confirmar la sentencia que desestimó la acción de amparo en la que se cuestiona la baja del actor de su cargo docente por virtud de la norma del art. 26, ley 22.207, que impone el cese de los profesores que cumplieren 65 años de edad. Ello es así, pues no cabe asignarle a tal medida el carácter discriminatorio y proscriptivo que aquél le atribuye al efecto de hacer lugar en su favor la norma del art. 10, del decreto 154/1983, dado que se trata de una limitación temporal que se impone sobre la generalidad unánime del claustro, sin atender a diferencias personales de especie alguna y no obedece a ánimo persecutorio de ninguna índole, sino que está concebida al margen de su eventual grado de acierto, que no cabe aquí analizar, únicamente como una pauta en principio no irrazonable de organización de la carrera docente universitaria".

2) La acción meramente declarativa para cuestionar la constitucionalidad del límite de edad de los magistrados consagrado en una Constitución provincial es competencia originaria de la Corte.

Corte Sup., 22/12/1992, I. 90. XXIV, Fallos 315:2956, "Iribarren, Casiano Rafael v. Santa Fe, Provincia de s/acción declarativa" (Votos Levene, Barra, Fayt, Belluscio, Boggiano. Abstención: Cavagna Martínez, Petracchi, Nazareno, Moliné O'Connor).

"Es de la competencia originaria de la Corte la acción meramente declarativa (art. 322 del Código Procesal) iniciada a fin de obtener la inconstitucionalidad del art. 88 de la Constitución de Santa Fe, que consagra el cese de la inamovilidad de magistrados y funcionarios del Ministerio Público a los sesenta y cinco años de edad".

3) Es procedente la medida cautelar que dispone la prohibición de innovar respecto de la cláusula constitucional provincial que determina el cese de magistrados y funcionarios del Ministerio Público con motivo de la edad.

Corte Sup., 22/12/1992, I. 90. XXIV, Fallos 315:2956, "Iribarren, Casiano Rafael v. Santa Fe, Provincia de s/acción declarativa" (Votos Levene, Barra, Fayt, Belluscio, Boggiano. Abstención: Cavagna Martínez, Petracchi, Nazareno, Moliné O'Connor).

"Corresponde decretar la prohibición de innovar solicitada por quien persigue la declaración de inconstitucionalidad del art. 88 de la Constitución de Santa Fe, que determina el cese de la inmovilidad de magistrados y funcionarios del Ministerio Público a los sesenta y cinco años de edad, en tanto media verosimilitud en el derecho, se configuran los presupuestos establecidos en los incs. 1º y 2º del art. 230 del Código Procesal y se advierte en forma objetiva el peligro en la demora".

4) Son irrenunciables aquellos derechos vinculados con el estatuto personal de la libertad.

Corte Sup., 22/12/1992, I. 90. XXIV, Fallos 315:2956, "Iribarren, Casiano Rafael v. Santa Fe, Provincia de s/acción declarativa" (Votos Levene, Barra, Fayt, Belluscio, Boggiano. Abstención: Cavagna Martínez, Petracchi, Nazareno, Moliné O'Connor).

"Que al considerar los alcances de la teoría de los actos propios, a la que acude la provincia demandada para lograr el rechazo de la pretensión del actor, esta Corte ha precisado que la renuncia a las garantías constitucionales sólo es admisible cuando están en juego derechos de contenido patrimonial y no aquellos vinculados directamente con el estatuto personal de la libertad y sobre tales bases la consideró inaplicable en el caso de Fallos 279:283 (4) donde se trataban los agravios del actor frente a las exigencias de la agremiación obligatoria al Colegio de Abogados de la Provincia de Entre Ríos. Más adelante, la consideró igualmente inaplicable para denegar la revisión de un derecho al que la reformada, en particular del art. 41 le confiere el carácter de irrenunciable (Fallos 315:2584 [5]) y la desestimó cuando se cuestionó la validez de una norma a la que se vio obligado a someterse el interesado como única vía posible para acceder al ejercicio de su actividad (Fallos 311:1132 [6]) situación fácilmente asimilable a la de autos".

5) Sin entrar a considerar la conveniencia del límite etario, el cese de la inamovilidad de los jueces por razón de la edad pone en situación de precariedad el ejercicio de sus funciones, lo que torna a la cláusula de la Constitución provincial inconstitucional.

Corte Sup., 22/12/1992, I. 90. XXIV, Fallos 315:2956, "Iribarren, Casiano Rafael v. Santa Fe, Provincia de s/acción declarativa", sent. del 22/6/1999, Fallos 322:1253 (Magistrados votantes: Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Antonio Boggiano. Con su voto: Enrique S. Petracchi, Gustavo A. Bossert, Adolfo R. Vázquez. Disidencia: Julio César Beluscio).

"...Sin que el pronunciamiento del tribunal se asiente en razones vinculadas a la conveniencia o inconveniencia de la norma en cuestión —juicio que no está entre las atribuciones que le son propias—, sino en la comprobación de que aquélla colisiona con los principios de la Ley Suprema federal —en tanto hace cesar la inamovilidad de los jueces al alcanzar la edad requerida para obtener la jubilación ordinaria, sometiéndolos a una situación de marcada precariedad en el ejercicio de sus funciones, sujeta al arbitrio de otro poder del Estado provincial—, corresponde admitir la pretensión del demandante".

6) La fijación de límites temporales para el nacimiento o extinción de derechos cuando se produce un cambio en el régimen jurídico es un recurso legítimo.

Corte Sup., 12/11/2002, F. 509. XXXVI, "Recurso de hecho, Franco, Blanca Teodora v. Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Gobierno" (Dictamen de la Procuración —Nicolás Eduardo Becerra—) (Voto unánime de Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi, Antonio Boggiano, Adolfo Roberto Vázquez).

“La Corte ha dicho, reiteradamente, que la fijación de los límites temporales para el nacimiento o la extinción de los derechos, cuando se produce un cambio en el régimen jurídico, es un recurso legítimo, con el que no se vulnera la igualdad constitucional (doctrina de Fallos 278:108 y 300:893, entre otros) y que la modificación de las normas por otras posteriores no da lugar a cuestión constitucional alguna, pues nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a la inalterabilidad de los mismos (doctrina de Fallos 283:360; 315:879 y muchos más)”.

7) No resulta irrazonable la restricción al ejercicio del notariado por razón de la edad.

Corte Sup., 12/11/2002, F. 509. XXXVI, “Recurso de hecho, Franco, Blanca Teodora v. Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Gobierno” (Dictamen de la Procuración —Nicolás Eduardo Becerra—) (Voto unánime de Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi, Antonio Boggiano, Adolfo Roberto Vázquez).

“...No luce como irrazonable una restricción de esta naturaleza, tal como esta Procuración tuvo oportunidad de sostener respecto de la norma que impuso el cese a los profesores universitarios que cumplieren 65 años de edad, al dictaminar *in re* ‘Domínguez, Alberto Roberto v. UNR s/recurso de amparo’. Allí se expuso que no cabe asignarle a tal medida el carácter discriminatorio y proscriptivo que el actor le atribuye, dado que se trata de una limitación que se impone sobre la generalidad unánime del claustro, sin atender a diferencias personales de especie alguna y no obedece a ánimo persecutorio de ninguna índole, sino que está concedida al margen de su eventual grado de acierto, que no cabe aquí analizar, únicamente como una pauta en principio no irrazonable de organización de la carrera docente universitaria (a estos fundamentos el Tribunal se remitió ‘por razones de brevedad’ en sentencia del 15/10/1985, conf. Fallos 307:1963)”.

8) La norma que establece el límite de edad a los escribanos es irrazonable debido a su generalidad y falta de sustento racional.

Corte Sup., 12/11/2002, F. 509. XXXVI, “Recurso de hecho, Franco, Blanca Teodora v. Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Gobierno” (voto unánime de Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi, Antonio Boggiano, Adolfo Roberto Vázquez).

“...El art. 32, inc. 1º del decreto-ley 9020/1978, que dispone una suerte de pre-sunción *juris et de jure* de que quienes alcanzan la edad allí prevista se encuentran incapacitados para ejercer la función notarial, resulta arbitrario debido a su generalidad y su falta de sustento racional, además de vulnerar el derecho de trabajar y la garantía de igualdad ante la ley, consagrados en la Constitución Nacional y en tratados internacionales de jerarquía constitucional”.

9) Alcanzar la edad de 75 años no revela la ausencia de condiciones para cumplir la función encomendada.

Corte Sup., 12/11/2002, F. 509. XXXVI, “Recurso de hecho, Franco, Blanca Teodora v. Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Gobierno” (voto unánime de Julio S.

Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi, Antonio Boggiano, Adolfo Roberto Vázquez).

“Que la arbitrariedad de la norma en cuestión surge, en primer lugar, de que la limitación temporal del ejercicio de la profesión aludida no guarda adecuada proporción con la necesidad de tutelar el interés público comprometido, pues el solo hecho de alcanzar la edad de 75 años no revela la ausencia de condiciones para cumplir la función encomendada; y, por otra parte, porque si lo que se pretende es impedir el ejercicio de la actividad por quienes carezcan de condiciones para ello, esa finalidad está suficientemente resguardada en otras normas del decreto-ley 9020/1978, conforme a las cuales son inhábiles para el ejercicio de funciones notariales los incapaces y los que padezcan defectos físicos o mentales debidamente comprobados que a juicio del juez notarial importen un impedimento de hecho (art. 32, incs. 2º y 3º)”.

10) La norma que consagra el límite de edad viola las disposiciones de la Constitución Nacional y convenciones internacionales que garantizan el derecho a trabajar.

Corte Sup., 12/11/2002, F. 509. XXXVI, “Recurso de hecho, Franco, Blanca Teodora v. Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Gobierno” (voto unánime de Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi, Antonio Boggiano, Adolfo Roberto Vázquez).

“Que la disposición impugnada afecta el derecho de trabajar consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional y en las convenciones internacionales incorporadas a ella por su art. 75, inc. 22, en particular los arts. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, según el cual toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones dignas y a seguir libremente su vocación, en cuanto lo permitan las oportunidades existentes de empleo; 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, que determina que toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo y a la protección contra el desempleo; y 6º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por el que se reconoce el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona de tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido”.

11) El límite de edad para los escribanos viola la garantía de igualdad frente a otras profesiones.

Corte Sup., 12/11/2002, F. 509. XXXVI, “Recurso de hecho, Franco, Blanca Teodora v. Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Gobierno” (voto unánime de Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi, Antonio Boggiano, Adolfo Roberto Vázquez).

“Que asimismo la igualdad se ve alterada pues el legislador ha establecido, sin razón atendible, una discriminación en perjuicio de los escribanos que lleguen a la edad aludida, y no lo ha hecho respecto de otros profesionales con título universitario que ejercen funciones de relevancia social similar a la de aquéllos (por ejemplo, los abogados, los médicos, los ingenieros, etc.). Es que mientras no existen trabas para el ejercicio de las demás profesiones cualquiera que sea la edad que hayan alcanzado los profesionales, la limitación impuesta a los escribanos por el solo hecho

de llegar a los 75 años les impondría en la práctica una incapacidad de trabajar, ya que no es concebible que después de haber dedicado su vida a la actividad notarial tengan entonces que iniciar otra nueva y diferente para la cual obviamente no estarían preparados”.

12) El tratamiento del límite de edad en el caso de los escribanos es diferente al de la norma que dispone el cese de los profesores ordinarios de universidades nacionales.

Corte Sup., 12/11/2002, F. 509. XXXVI, “Recurso de hecho, Franco, Blanca Teodora v. Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Gobierno” (voto unánime de Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi, Antonio Boggiano, Adolfo Roberto Vázquez).

“...Es menester distinguir el problema planteado en autos del que motivó la causa de Fallos 307:1964, en la que se consideró válida la disposición de la ley 22.207 que establece el cese de los profesores de universidades nacionales a los 65 años de edad, pues —al margen de su acierto o error— regula una situación diversa: por una parte se refiere a un aspecto especial de la relación de empleo público y no al desempeño de una profesión, y, por otra, no establece una incapacidad absoluta sino que se refiere sólo a los profesores ordinarios y permite acceder a las de profesor emérito y profesor consulto a que se refieren los arts. 14 y 15 de la misma ley”.

13) Los escribanos públicos no pueden ser asimilados a los funcionarios o agentes públicos.

Corte Sup., 12/11/2002, F. 509. XXXVI, “Recurso de hecho, Franco, Blanca Teodora v. Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Gobierno” (voto unánime de Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi, Antonio Boggiano, Adolfo Roberto Vázquez).

“Que la situación de los escribanos públicos es diferente de quienes desempeñan un empleo público, pues si bien son asimilados a los funcionarios o agentes públicos en cuanto el Estado les ha delegado el ejercicio de relevantes funciones, no se encuentran sujetos a las potestades de organización de la administración estatal a que se hallan sometidos aquéllos. En efecto, si bien los escribanos ejercen una actividad privada regulada por razones de interés público, no por ello pertenecen a la estructura administrativa del Estado, de modo que su profesión está sujeta a reglamentación con el solo objeto de que la ejerzan dentro de límites de probidad, aptitud y rectitud”.

14) La función del escribano no presenta las notas características de la relación de empleo público.

Corte Sup., 12/11/2002, F. 509. XXXVI, “Recurso de hecho, Franco, Blanca Teodora v. Provincia de Buenos Aires - Ministerio de Gobierno” (voto unánime de Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi, Antonio Boggiano, Adolfo Roberto Vázquez).

“Que, en este sentido, esta Corte ha sostenido, a partir de una exégesis sistemática del estatuto jurídico del notariado, que si bien no caben dudas de que los escri-

banos cumplen como fedatarios una función pública, es evidente que no se presentan las notas características de la relación de empleo público, pues no existe dependencia orgánica respecto de los poderes estatales cuyas plantas funcionales no integran, no están sometidos al régimen de subordinación jerárquica que les es propio ni se dan a su respecto otras características de un vínculo permanente con la administración.

”En tales condiciones, caracterizó a los escribanos como profesionales del derecho afectados a una actividad privada, pues la concesión que les otorga el Estado no importa adjudicarles el rango de funcionarios públicos (Fallos 306:2030) y, en consecuencia, no están sujetos al discrecional poder con que cuenta el Estado para la organización administrativa”.

15) El principio de igualdad constituye una de las notas que caracterizan a la forma republicana de gobierno. Aplicación del precedente “Hooff”.

Corte Sup., 24/4/2006, D. 1765. XLI, “Originario, Díaz, Ruth Inés v. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (Dictamen del Procurador —Ricardo O. Bausset— al que adscriben en su disidencia Carlos S. Fayt y Eugenio R. Zaffaroni) (Votos mayoría Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay. Disidencia: Carlos S. Fayt, Eugenio R. Zaffaroni).

“En efecto, el planteamiento que se efectúa consiste en determinar si se encuentra violado el principio de igualdad ante la ley (art. 16), que reviste naturaleza federal, pues constituye una de las notas que caracterizan a nuestra forma republicana de gobierno y, por lo tanto, configura una cuestión que excede el concreto interés de las partes e involucra y afecta a toda la comunidad (confr. Competencia 516, XXXV *in re* ‘Pellegrino, Luis s/denuncia’, sentencia del 28/12/1999, y sus citas, y Fallos 320:1842 y 324:392).

”Así lo ha entendido V. E. en la causa H. 11, XXXIV, ‘Hoof, Pedro Cornelio Federico s/inconstitucionalidad’, del 7 de diciembre de 1999 (publicada en Fallos 322:3034), sustancialmente análoga a la presente, en la que se impugnaba también el art. 177 de la Constitución local pero por requerir para ser Juez de Cámara ‘haber nacido en territorio argentino o ser hijo de ciudadano nativo si hubiese nacido en país extranjero’ (igual criterio ha sido sustentado en Fallos 311:2272; 315:2956; 321:194, citados en aquella sentencia)”.

16) Cuando una provincia es parte la competencia es de manera originaria de la Corte Suprema, cualquiera sea la vecindad o nacionalidad de la actora.

Corte Sup., 24/4/2006, D. 1765. XLI, “Originario, Díaz, Ruth Inés v. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (Dictamen del Procurador —Ricardo O. Bausset— al que adscriben en su disidencia Carlos S. Fayt y Eugenio R. Zaffaroni) (Votos mayoría Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay. Disidencia: Carlos S. Fayt, Eugenio R. Zaffaroni).

“...Al ser parte una provincia en una causa de manifiesto contenido federal, considero que —cualquiera que sea la vecindad o nacionalidad de la actora (Fallos 317:473; 318:30 y sus citas y 323:1716, entre otros)— el proceso corresponde a la competencia originaria de la Corte”.

17) Las provincias por su autonomía tienen competencia privativa y excluyente para establecer los procedimientos y las condiciones para la elección y el nombramiento de sus funcionarios. Los jueces locales deben intervenir en las causas en que se ventilen dichos asuntos; los asuntos federales son susceptibles de adecuada tutela por el recurso extraordinario federal.

Corte Sup., 24/4/2006, D. 1765. XLI, "Originario, Díaz, Ruth Inés v. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (Votos mayoría Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Juan Carlos Maqueda, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay. Disidencia: Carlos S. Fayt, Eugenio R. Zaffaroni).

"...Este Tribunal ha tenido oportunidad de sostener, al compartir el dictamen que al respecto emitió en la ocasión la Procuración General, que las provincias en virtud de su autonomía tienen competencia privativa y excluyente para establecer los procedimientos y condiciones para la elección y nombramiento de sus funcionarios, por ser cuestiones que se rigen por la Constitución y leyes provinciales. Ello es así, en razón del respeto del sistema federal y de las autonomías antedichas, que requiere que sean los jueces locales los que intervengan en las causas en que se ventilen asuntos de esa naturaleza, sin perjuicio de que la índole federal que también puedan comprender esos pleitos sean susceptibles de adecuada tutela por la vía del recurso extraordinario regulado en el art. 14, ley 48 (Fallos 154:5; 310:2841; 311:1588 y 1597; 313:548; 323:3859 y sus citas; C.3581.XL 'Colegio de Abogados de Tucumán v. Tucumán, Provincia de s/acción de inconstitucionalidad', sentencia del 28/12/2006)".

5.2. Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

1) La mediana edad no constituye una circunstancia para justificar una desigualdad en el ingreso a la docencia.

Sup. Corte Bs. As., 19/2/2002, ac. 79.940, "Bricicño, Adela Lidia v. Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires. Amparo" (voto Dr. Negri —MA—) (Magistrados votantes. Dres. Negri, Pettigiani, Lázari, Ghione y Salas —MA—; Pisano, San Martín —MI—).

"La mediana edad para la actividad docente no constituye ninguna posible circunstancia de descalificación en las aptitudes, que pueda traducirse en una desigualdad justificada de tratamiento jurídico. Más aún, considero que una disposición limitativa sólo por razones de edad configura una distinción de trato ofensiva a su dignidad humana. Un docente en la etapa de madurez plena de la persona, se encuentra en condiciones óptimas para expresar toda su creatividad y experiencia en el ejercicio de su ministerio".

2) La limitación de edad para el ingreso a la docencia no permite presumir por sí sola la falta de idoneidad.

Sup. Corte Bs. As., 11/4/2007, B. 65.728, "Zunino, Ana María v. Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires. Amparo" (voto Dra. Kogan —SD—) (Magistrados votantes: doctores Kogan, de Lázari, Soria, Negri, Genoud).

“...La desigualdad de trato que la normativa impugnada consagra no guarda adecuada proporción con la necesidad de asegurar los fines que la educación pública persigue, pues la edad no revela por sí sola la falta de idoneidad para acceder al ejercicio de la docencia en los niveles referidos ni autoriza a presumir que resultará un obstáculo para la consecución de aquellos fines. Es más: la propia ley no lo considera así, en tanto por el juego de las excepciones que consagra permite el desempeño al frente de alumnos de docentes de mayor edad, aun en el caso del nivel inicial”.

3) Una disposición limitativa sólo por razón de la edad configura una distinción de trato ofensiva a la dignidad humana.

Sup. Corte Bs. As., 11/4/2007, B. 65.728, “Zunino, Ana María v. Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires. Amparo” (voto Dra. Kogan —SD—) (Magistrados votantes: Doctores Kogan, de Lázari, Soria, Negri, Genoud).

“Como esta Suprema Corte ha expresado, la mediana edad para la actividad docente no constituye ninguna posible circunstancia de descalificación en las aptitudes, que pueda traducirse en una desigualdad justificada de tratamiento jurídico. Una disposición limitativa sólo por razones de edad configura una distinción de trato ofensivo a la dignidad humana. Un docente en la etapa de madurez plena de la persona, se encuentra en condiciones óptimas para expresar toda su creatividad y experiencia en el ejercicio de su ministerio (doctr. causa Ac. 79.940, ‘Briceño’, citada)”.

4) El principio de igualdad se ve afectado por la limitación al ingreso a la docencia en razón de la edad.

Sup. Corte Bs. As., 11/4/2007, B. 65.728, “Zunino, Ana María v. Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires. Amparo” (voto Dra. Kogan —SD—) (Magistrados votantes: doctores Kogan, de Lázari, Soria, Negri, Genoud).

“El principio de igualdad se ve irremediamente afectado, pues si bien el legislador puede válidamente establecer un tratamiento desigual para quienes se encuentren en diferente situación, ello lo es a condición de que la distinción no aparezca como arbitraria o irrazonable. El hecho de que la limitación de marras se aplique a los docentes que poseen más de cincuenta años de edad sin una específica antigüedad en el ejercicio de la rama que pretenden titularizar demuestra que son inválidamente discriminados, frente a otros educadores más jóvenes con idéntica capacitación o aun en relación a otros de la misma edad que no ven imposibilitado el ingreso a la docencia como titulares. Fácilmente se constata que la desigualdad proviene de la norma que, en forma arbitraria, fijó una línea que divide a quienes tienen más o menos de cincuenta años, sin ningún fundamento plausible”.

5) Aplicación del precedente “Briceño”. La limitación en razón de la edad es discriminatoria.

Sup. Corte Bs. As., 11/4/2007, B. 65.728, “Zunino, Ana María v. Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires. Amparo” (voto Dra. Kogan —SD—) (Magistrados votantes: doctores Kogan, de Lázari, Soria, Negri, Genoud).

“He de recordar que esta Suprema Corte en la citada causa Ac. 79.940, ‘Briceño’, ha dicho que una limitación así, que no puede ser vencida siquiera con la acredi-

tación de la aptitud profesional y la idoneidad para el cargo, es francamente discriminatoria y contradice abiertamente el derecho a trabajar y a la igualdad ante la ley.

”En el caso *sub examine*, entiendo que carecen de entidad los argumentos brindados por la Administración demandada en el sentido de que la norma permite el ingreso a la docencia hasta la edad que fija como requisito para acogerse a los beneficios jubilatorios (conf. art. 24 inc. b del decreto 9650/1980, t.o. decreto 600/1994) y que el régimen de ingreso a la docencia está íntimamente vinculado con el previsional, a tal punto que un cambio en uno de ellos que no sea acompañado por la correlativa modificación en el otro determina el colapso del sistema educativo. Al respecto, creo atinente resaltar que la propia demandada sostiene que la norma de marras consagra diversas excepciones respecto al límite de edad (antes referidas), circunstancia que evidentemente desvirtúa lo alegado al respecto”.

6) La limitación del ingreso a la docencia por la edad resulta violatoria al principio constitucional de igualdad ante la ley y los derechos a trabajar y enseñar.

Sup. Corte Bs. As., 11/4/2007, B. 65.728, “Zumino, Ana María v. Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires. Amparo” (voto Dra. Kogan —SD—) (Magistrados votantes: doctores Kogan, de Lázari, Soria, Negri, Genoud).

“...La discriminación que efectúa el art. 57 inc. e, ley 10.579, modificada por la ley 12.770, al impedirle a la actora la posibilidad de ingresar a la docencia como maestra de grado titular EGB (primero y segundo ciclo), en razón de poseer más de cincuenta años de edad, carece de base razonable que la sustente y resulta violatoria del principio constitucional de igualdad ante la ley y de los derechos de trabajar y enseñar, consagrados en la Constitución nacional, como así también de otras disposiciones contenidas en nuestra Constitución provincial y en Tratados Internacionales que a ellas se han incorporado (arts. 14, 14 bis, 16 y 28 de la Constitución nacional y 11, 27, 103 de la Constitución provincial)”.

5.3. Jurisprudencia de las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires

1) Al disponer el límite en razón de la edad para ingresar a la docencia se produce discriminación sin razón atendible que lo justifique.

C. Cont. Adm. San Martín, 18/10/2005, causa 290/2005, “Ramírez Doda v. Dirección de Cultura y Educación s/amparo” (Magistrados votantes: Dres. Monti, Saulquin y Bezzi).

“...La igualdad se ve alterada pues el legislador ha establecido una discriminación en perjuicio de los docentes o aspirantes a serlo que lleguen a la edad aludida, respecto de los más jóvenes, sin razón atendible que la justifique”.

2) La limitación temporal para acceder a la docencia no guarda proporción con las funciones encomendadas.

C. Cont. Adm. San Martín, 22/11/2005, exp. 329/2005, “Vetrano, Delia Ester v. Provincia de Buenos Aires s/amparo” (Magistrados votantes: Saulquin, Bezzi, Monti).

“En estas condiciones, entiendo que la norma impugnada es inconstitucional porque la limitación temporal de la posibilidad de acceder a la titularidad en el cargo para los docentes no guarda proporción con las funciones encomendadas a aquéllos, pues el solo hecho de alcanzar la edad de 50 años no revela la ausencia de condiciones para cumplirlas. Por ello, esa disposición afecta el derecho de trabajar consagrado en los arts. 14 de la Constitución Nacional, 39 de la Constitución Provincial y en las convenciones internacionales de jerarquía constitucional, en particular, los arts. XIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”.

3) El límite de edad para ingresar a la docencia es inconstitucional por transgredir el derecho a trabajar, principio de igualdad y no discriminación.

C. Cont. Adm. La Plata, 21/3/2006, causa 2275, “González, Susana Ana v. Dirección General de Cultura y Educación s/amparo” (voto Dra. Claudia A. M. Milanta —MA—).

“...Hacer lugar al recurso de apelación deducido, revocar parcialmente la sentencia y acoger la pretensión de la actora declarando inconstitucional, en el caso, el requisito previsto por el art. 57, inc. e, del Estatuto del Docente (ley 10.579 y su modif. ley 12.770), por transgresión a los derechos de trabajar y al principio de igualdad y no discriminación (arts. 11, 27 y 39, Const. prov.; 14, 16 y 75, inc. 22, CN), dejar sin efecto el acto de aplicación de esa norma impugnado por la actora y ordenar a la demandada a que se abstenga de obstruir la inscripción de la amparista en el listado oficial de aspirantes al ingreso a la docencia, por razón de su edad”.

4) La restricción basada en la edad constituye una “categoría sospechosa”.

C. Cont. Adm. La Plata, 21/3/2006, causa 2275, “González, Susana Ana v. Dirección General de Cultura y Educación s/amparo” (voto Dra. Gustavo Daniel Spacarotel —OP—).

“En este aspecto, es menester destacarse que, toda restricción para el ejercicio normal de los derechos basada en cuestiones de sexo, raza, edad, religión, nacionalidad, política, constituirían ‘categorías sospechosas’. La expresión utilizada proviene de la jurisprudencia constitucional norteamericana: ‘La Corte Warren produjo sentencias importantes en las que se insistía sobre el tratamiento igualitario a aquellas personas que la sociedad habitualmente no trata de manera igual, en especial las minorías raciales, pero también los extranjeros, los ilegales y los pobres’; dicho enfoque adoptado por la Corte de Warren fue anticipado en una célebre nota de pie de página en ‘United States vs. Carolene Products Co. 1938. Ely, John Hart’, *Democracia y desconfianza, una teoría del control constitucional*, Siglo del Hombre, Ed. Universidad de los Andes, Colombia, 1997, p. 98, citado por Sebastián Schvarzman, suplemento de Derecho Constitucional LL octubre de 2002”.

5) El límite de edad constituye una violación al principio de no discriminación asociado en su faz negativa al de la igualdad.

C. Cont. Adm. La Plata, 21/3/2006, causa 2275, “González, Susana Ana v. Dirección General de Cultura y Educación s/amparo” (voto Dr. Gustavo Daniel Spacarotel —OP—).

“En autos es posible advertir una violación al principio de no discriminación, asociado a la faz negativa de la igualdad, toda vez que nuestra Carta Magna en su art. 16 sólo exige la idoneidad como requisito para la admisibilidad en el empleo; mientras que el art. 103 de la Constitución provincial consagra idéntico principio para la organización de la carrera administrativa.

”Desde este punto de vista la existencia de los límites temporales, y su aplicación a la especie traída, no encontraría una justificación valorativa razonable, es decir, no se responde debidamente al por qué de su existencia, más allá del recaudo de la idoneidad”.

6) El concreto interés en el pronunciamiento judicial cae en abstracto frente al incumplimiento del requisito de título habilitante además del de edad.

C. Cont. Adm. La Plata, 21/3/2006, causa 2275, “González, Susana Ana v. Dirección General de Cultura y Educación s/amparo” (Gustavo Juan De Santis —MI—).

“No aprecio así que, el espacio adjetivo del juicio de amparo constituya un marco propicio para una declaración de inconstitucionalidad que no podrá evitar el apartamiento de la amparista de la titularización docente, punto en el cual converge su interés concreto.

”La accionante también quedó marginada de ese acceso por las condiciones de su título”.

7) En cada caso deben apreciarse los componentes de razonabilidad que circundan a la regla del tope etario.

C. Cont. Adm. La Plata, 21/3/2006, causa 2275, “González, Susana Ana v. Dirección General de Cultura y Educación s/amparo” (Gustavo Juan De Santis —MI—).

“No comparto el criterio de aplicación, sin más, y en cualquier caso, de la doctrina judicial en la que se informan pues, las particulares circunstancias de cada caso imponen un criterio que contemple la apreciación de los componentes de razonabilidad que circundan a la regla del tope etario, frecuente, por otra parte, en otros estatutos de personal (ej. art. 2º, inc. b], ley 10.430, t.o. dec. 1869/1996).

”Confluyen en ella y, entre otras, circunstancias relacionadas con el progreso en la carrera, o las condiciones eventuales de pérdida de ese derecho con la situación de pasividad, a cuyo fin la edad no es un dato menor, ni puede ser juzgada dogmáticamente con prescindencia de toda referencia singular”.

8) La inconstitucionalidad del límite de edad llevaría a suprimir los topes mínimos y máximos de edad a cualquier ámbito de empleo sin computar condiciones de razonabilidad.

C. Cont. Adm. La Plata, 21/3/2006, causa 2275, “González, Susana Ana v. Dirección General de Cultura y Educación s/amparo” (Gustavo Juan De Santis —MI—).

“Por fin, he de destacar que una aplicación de la doctrina judicial, con la imprevista de axioma que infiero de los votos que me preceden, llevaría a suprimir, de las condiciones de ingreso a cualquier ámbito de empleo, los topes mínimos o máximos

de edad, mientras la persona sea capaz, sin computarse, jamás, aquellas condiciones de razonabilidad apuntadas.

”Así, a *prima facie*, no juzgo el contenido de la cláusula legal como caprichosamente discriminatorio.

”Su elucidación requiere de una mayor contradicción y con ello de un curso procesal de amplio acceso, del que el amparo carece”.

5.4. *Jurisprudencia de otras jurisdicciones*

1) El límite de edad para ingresar a la docencia viola la garantía de igualdad consagrada en la Constitución de la jurisdicción.

Trib. Sup. Just. Ciudad Bs. As., 21/11/2001, expte. 826/01 SAO, “Salgado, Graciela Beatriz v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (voto Dr. Guillermo Muñoz). Magistrados votantes: Dr. Guillermo A. Muñoz (presidente), Dra. Alicia E. Ruiz (vicepresidenta), Dr. Julio B. J. Maier (juez), Dr. José O. Casás (juez), Dra. Ana María Conde (jueza).

“El examen del sistema normativo resulta, pues, suficiente para demostrar que el límite fijado para el ingreso vulnera la norma general de igualdad contenida en el art. 11 de la CCBA”.

2) El límite de edad para ingresar a la docencia no puede superar la exigencia de justificación que exige el encuadrarse dentro de una “categoría sospechosa”.

Trib. Sup. Just. Ciudad Bs. As., 21/11/2001, expte. 826/01 SAO, “Salgado, Graciela Beatriz v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (voto Dr. Guillermo Muñoz). Magistrados votantes: Dr. Guillermo A. Muñoz (presidente), Dra. Alicia E. Ruiz (vicepresidenta), Dr. Julio B. J. Maier (Juez), Dr. José O. Casás (juez), Dra. Ana María Conde (jueza).

“A igual solución se podría arribar, si se enfoca la cuestión desde la perspectiva de las ‘categorías sospechosas’, como lo hizo la actora en la audiencia realizada el día...”.

3) El límite de edad para ingresar a la docencia no puede superar la exigencia de una mayor justificación que exige el excepcionar la garantía de igualdad bajo la construcción española de las cláusulas específicas prohibitivas o la declaración general de igualdad de la Constitución alemana.

Trib. Sup. Just. Ciudad Bs. As., 21/11/2001, expte. 826/01 SAO, “Salgado, Graciela Beatriz v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad” (voto Dr. Guillermo Muñoz). Magistrados votantes: Dr. Guillermo A. Muñoz (presidente), Dra. Alicia E. Ruiz (vicepresidenta), Dr. Julio B. J. Maier (juez), Dr. José O. Casás (juez), Dra. Ana María Conde (jueza).

“A similar conclusión conduciría, también, enfocar la cuestión desde el punto de vista de las cláusulas específicas prohibitivas de ciertas causas de discriminación contempladas en el art. 14 de la Constitución Española o en la Declaración General de igualdad previstas en el art. 3° de la Constitución Alemana”.

4) La idoneidad es el presupuesto esencial para el ingreso a un cargo público.

Trib. Sup. Just. Ciudad Bs. As., 21/11/2001, expte. 826/01 SAO, "Salgado, Graciela Beatriz v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (voto Dra. Ana María Conde). Magistrados votantes: Dr. Guillermo A. Muñoz (presidente), Dra. Alicia E. Ruiz (vicepresidenta), Dr. Julio B. J. Maier (juez), Dr. José O. Casás (juez), Dra. Ana María Conde (jueza).

“La idoneidad es, entre nosotros, el presupuesto esencial para el desempeño de cargos públicos y no se ha justificado en autos que la limitación establecida en la norma obedezca a tal criterio constitucional de admisibilidad”.

5) El límite mínimo o máximo de edad no es irrazonable en sí mismo siempre que respete los valores constitucionales y respete la garantía de igualdad.

Trib. Sup. Just. Ciudad Bs. As., 21/11/2001, expte. 826/01 SAO, "Salgado, Graciela Beatriz v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (voto Dra. Ana María Conde). Magistrados votantes: Dr. Guillermo A. Muñoz (presidente), Dra. Alicia E. Ruiz (vicepresidenta), Dr. Julio B. J. Maier (juez), Dr. José O. Casás (juez), Dra. Ana María Conde (jueza).

“No es de por sí irrazonable que se establezcan límites de edad para el ejercicio de una actividad, sean éstos mínimos o máximos; siempre que ellos respondan a una finalidad admisible dentro del esquema constitucional de valores y sean aplicados con igual criterio a todos los sujetos comprendidos en el ámbito de actuación de la norma. En el caso que evaluamos, la desigualdad de trato aludida en el párrafo precedente enerva la entidad argumental de los fundamentos a los que obedecería la norma que, según la Ciudad, se encontrarían en la necesidad de alcanzar compatibilidad generacional y biológica entre los alumnos y el docente. No puede comprenderse, ni se ha explicado, cómo la antigüedad docente puede tener efectos sobre la brecha generacional o la evolución biológica de las personas a punto de tornarla irrelevante cuando, en términos objetivos, no lo sería”.

6) Los órganos estatales tienen el deber de remover los obstáculos que limiten la igualdad e impidan el desarrollo pleno de las personas.

Trib. Sup. Just. Ciudad Bs. As., 21/11/2001, expte. 826/01 SAO, "Salgado, Graciela Beatriz v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (voto Dr. José O. Casás). Magistrados votantes: Dr. Guillermo A. Muñoz (presidente), Dra. Alicia E. Ruiz (vicepresidenta), Dr. Julio B.J. Maier (juez), Dr. José O. Casás (juez), Dra. Ana María Conde (jueza).

“En principio, y en términos generales, impedir el acceso a la carrera docente por razones exclusivamente de edad, se opone a reglas que gozan de jerarquía constitucional y que no sólo prohíben dictar normas que establezcan distinciones discriminatorias, sino que imponen a los órganos estatales el deber de remover los obstáculos de cualquier orden que limiten la igualdad e impidan el desarrollo pleno de las personas (conf. este Tribunal, sentencia recaída en la causa 482/00, ‘Sandez, Carlos Armando v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad’, del 29/11/2000)”.

7) En algunos supuestos, la edad constituye un límite objetivo para realizar determinadas actividades.

Trib. Sup. Just. Ciudad Bs. As., 21/11/2001, expte. 826/01 SAO, "Salgado, Graciela Beatriz v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (voto Dr. José O. Casás). Magistrados votantes: Dr. Guillermo A. Muñoz (presidente), Dra. Alicia E. Ruiz (vicepresidenta), Dr. Julio B. J. Maier (juez), Dr. José O. Casás (juez), Dra. Ana María Conde (jueza).

“Sin embargo, estimo conveniente poner de resalto que, en mi concepto, la realidad demuestra que existen determinados supuestos en los que la edad en sí misma, y no la ley que consagra la restricción, se convierte en un límite objetivo para poder desplegar actividades que requieren plenitud física, propia de la juventud (Corte Sup., *in re* ‘Liliana Inés Belfiore v. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires’, sentencia del 18/11/1986, Fallos 308:1726)”.

8) En el caso se produce una situación de desigualdad al imponer el límite de edad para el ingreso y no para el desempeño de la docencia.

Trib. Sup. Just. Ciudad Bs. As., 21/11/2001, expte. 826/01 SAO, "Salgado, Graciela Beatriz v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (voto Dr. José O. Casás). Magistrados votantes: Dr. Guillermo A. Muñoz (presidente), Dra. Alicia E. Ruiz (vicepresidenta), Dr. Julio B. J. Maier (juez), Dr. José O. Casás (juez), Dra. Ana María Conde (jueza).

“Las condiciones puntualizadas en la ordenanza —restricción etaria sólo para el ingreso a la educación pública inicial, y ausencia de previsiones en igual sentido para el desempeño, que podría conducir a que el rol educativo fuera cumplido por agentes, incluso, con una edad mucho más avanzada— conducen a aceptar favorablemente el cuestionamiento constitucional que se agita en la acción declarativa”.

6. Idoneidad y discapacidad

6.1. Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

1) Una persona discapacitada se encuentra legitimada para reclamar ante la justicia el reconocimiento del derecho al ingreso a la carrera administrativa, lo que no implica reconocer su designación en un cargo.

Sup. Corte Bs. As., 5/4/2006, B. 62.599, "R., L. N. v. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de la Producción). Demanda contencioso administrativa" (juez Negri —OP—).

“En la especie, la demandante se encuentra legitimada para promover la acción contencioso administrativa en tanto alega que se ha vulnerado su derecho al ingreso a la carrera administrativa y esta situación, de orden jurídico administrativo, forma parte del derecho de empleo público y como tal de naturaleza administrativa. Cuestión diferente es la de determinar si le asiste o no razón a la actora para obtener una designación”.

2) De acuerdo con las circunstancias de hecho de la causa, el acto por el cual se rechaza la solicitud de ingreso de un discapacitado, justificado en restricciones reglamentarias, se encuentra viciado por carecer de motivación.

Sup. Corte Bs. As., 5/4/2006, B. 62.599, "R., L. N. v. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de la Producción). Demanda contencioso administrativa" (juez Negri —OP—).

"Pienso que ante la existencia de la porción reservada por la ley 10.592 y teniendo en cuenta la prueba incorporada en autos —que al menos acredita infracción al cupo del 4% en una dependencia—, a lo que debe añadirse tanto la existencia de una propuesta de designación como la acreditación de la aptitud psicofísica de la accionante, el fundamento expuesto en los actos impugnados para denegar el nombramiento de la señora R. —existencia de restricciones reglamentarias— deviene vacuo, y por tanto incurso en falta de motivación ya que el decreto 2705/1999 incorporó a 257 agentes".

3) Se reconoce el derecho a un discapacitado como aspirante a la cobertura de un cargo.

Sup. Corte Bs. As., 5/4/2006, B. 62.599, "R., L. N. v. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de la Producción). Demanda contencioso administrativa" (juez Negri —OP—).

"Por todo lo expuesto, juzgo que debe hacerse lugar parcialmente a la demanda, anularse los actos impugnados, reconocer el derecho de la señora R. como aspirante a la cobertura del cupo fijado por el art. 8º, ley 10.592 y condenar a la accionada a que, teniendo en cuenta los restantes requisitos fijados por la ley 10.592 y en cuanto no sean incompatibles con las premisas señaladas por la ley 10.430, dicte uno nuevo ajustado a las pautas fijadas en la presente".

4) La regulación legal que asigna cupos a las personas discapacitadas permite reclamar en sede judicial su reconocimiento y tutela.

Sup. Corte Bs. As., 5/4/2006, B. 62.599, "R., L. N. v. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de la Producción). Demanda contencioso administrativa" (juez Pettigiani —OP—).

"Finalmente, y en sentido análogo, puede mencionarse la obligación que corresponde al Estado provincial de promover la inserción social y laboral de las personas con discapacidad establecida en la Constitución local luego de la reforma del año 1994 (art. 36, inc. 5º).

"De lo hasta aquí expuesto, se observa que la Provincia de Buenos Aires contempló específicamente el acceso de personas con discapacidad a la Administración Pública y, en tal sentido, le otorgó preferencias concretas a través de la reserva de cupos de ingreso. Todo ello en consonancia con los preceptos constitucionales antes mencionados que establecen la obligación estatal de remover los obstáculos que limitan de hecho la igualdad entre los hombres y de promover para todos el acceso efectivo al goce de los derechos personales.

”Dicha circunstancia pone de manifiesto la inatendibilidad del planteo formulado por la Fiscalía de Estado en torno a la ausencia de legitimación de la actora, ya que el plexo normativo aplicable en la especie revela la existencia de una situación jurídica subjetiva con la entidad suficiente para reclamar por vía judicial su reconocimiento y tutela”.

5) La persona discapacitada reclamante no tiene derecho *per se* a acceder al cargo, sí a requerir la operatividad de la garantía que exige respetar el cupo para personas discapacitadas.

Sup. Corte Bs. As., 5/4/2006, B. 62.599, “R., L. N. v. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de la Producción). Demanda contencioso administrativa” (juez Roncoroni —OP—).

“Esta condición, en mi parecer, la coloca sin duda dentro de los ciudadanos con tutela constitucional preferente a los fines de lograr su inserción laboral, a cuyo fin las normas reglamentarias han determinado la necesidad de reservar un número de vacantes en las plantas de personal de la Administración [art. 124, ley 11.758], lo que si bien no da derecho *per se* a la accionante a requerir directamente su designación por la mera existencia de una vacante en los planteles básicos, sí la legitima para requerir la operatividad de la garantía, permitiendo que entre los diversos nombramientos que se efectúen se cumpla con el porcentual de designaciones reservado para personas con capacidad diferente, para lograr así aquel objetivo priorizado por el constituyente.

”Siendo ello así y habiéndose producido diversos nombramientos que demuestran la flexibilización del pretense congelamiento de vacantes, corresponde se contemple nuevamente la situación, conjuntamente con la de otros aspirantes en iguales condiciones, si los hubiera”.

6) La Administración debe respetar el cupo para personas discapacitadas en la cobertura de vacantes posteriores a la sentencia.

Sup. Corte Bs. As., 5/4/2006, B. 62.599, “R., L. N. v. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de la Producción). Demanda contencioso administrativa” (juez Soria —OP—).

“Por tanto, y sin renunciar a la inveterada doctrina de esta Suprema Corte por la que se reconoce que los cargos públicos no han sido creados para el empleado o funcionario sino en razón del servicio (cfr. doct. causa B. 57.517, ‘Devia’, sent. de 26/10/2005), coincido con la solución que propicia el doctor Negri en el ap. IX de su voto, en el sentido de reconocer el derecho de la actora como aspirante a la cobertura del cupo fijado por el art. 8º, ley 10.592, condenando a la accionada a que —constatada la concurrencia de los demás requisitos fijados por dicha norma y los que resulten compatibles previstos en la ley 10.430— dicte un nuevo acto ajustado a las pautas de la presente decisión, en cualquier caso que con fecha posterior a esta sentencia, resuelva cubrir vacantes en la Administración Pública provincial”.

6.2. *Jurisprudencia de los juzgados Contencioso Administrativos de la provincia de Buenos Aires*

1) Una persona discapacitada tiene derecho a cubrir un cargo en la Administración Pública previo examen de idoneidad en los términos de la ley 10.592.

Juzg. Cont. Adm. La Plata, n. 1, 8/6/2007, "T. M. J. M. y otro/a v. Ministerio de Salud s/amparo" (juez Arias).

“Condenar a la demandada a incorporar al Sr. J. M. T. H., para cubrir el cargo de camillero en el Hospital Zonal General de Agudos ‘Gobernador Domingo Mercante’ de José C. Paz, previa realización del examen de idoneidad previsto por la ley 10.592, a cuyo fin, se fija el plazo de veinte (20) días, bajo apercibimiento de lo dispuesto en los arts. 23, ley 7166, 8° ter, ley 10.592 (según ley 13.508) y 163 de la Constitución Provincial”.

6.3. *Jurisprudencia de otras jurisdicciones*

1) Se dispone ordenar, en caso de cargo vacante, la cobertura en un plazo de sesenta días por personas discapacitadas a través del mecanismo concursal.

Trib. Sup. Just. Buenos Aires, 5/10/2005, "Kuzis, Fernando v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires".

“Por mayoría declara mal concedido el recurso de inconstitucionalidad quedando firme la sentencia de primera instancia confirmada en Cámara que había ordenado que en caso de que exista un cargo vacante para el que se requiera título de contador en alguna dependencia donde no se encuentre cubierto el cupo establecido en el art. 43, CCABA —lo que habrá de surgir del informe ordenado en el pto. I— deberá el Poder Ejecutivo, en el plazo de 60 días, llamar a concurso para cubrir la vacante, el que estará limitado a personas con necesidades especiales y deberá ser publicitado ampliamente a través de medios de difusión oral y escrito, indicando claramente las labores que se realizarán. A tal efecto deberá, previamente, dictar todas las normas reglamentarias que resulten necesarias para su implementación, de lo que informará al juzgado en el plazo de 45 días”.

2) Una persona discapacitada tiene derecho a cubrir una vacante en la Administración Pública como personal contratado hasta que se realicen los concursos respectivos.

Juzg. Cont. Adm. y Trib. Buenos Aires, n. 1, 30/11/2005, expte. 12372/0, "Marecos, Julio César v. GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)".

“En consecuencia, a la luz de los extremos de hecho probados en autos, las normas aplicables, y los antecedentes administrativos, considero que la demanda es procedente, dado que existe por parte del Gobierno una omisión ilícita, que transgrede de manera manifiesta disposiciones legales y constitucionales vigentes, en términos del art. 14, CCABA, y no sólo en la teoría sino incluso ante la realidad concreta, pues surge en forma clara de autos la necesidad de cubrir puestos de enfermería en varias dependencias, y para los cuales el actor, con aval de documentación

emanada del propio Gobierno, estaría capacitado (conf. fs.18/19). A la hora de dar forma a la sentencia de condena deben considerarse tanto la pretensión sustantiva de la demanda como las demás prescripciones también obligatorias del art. 43 CCABA y de la ley 1502. Ergo, se ordenará al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que, hasta tanto se realicen concursos que permitan el ingreso de enfermeros a la Planta Permanente del Hospital Santojanni, proceda a incluir al actor, con carácter prioritario, entre los primeros contratos que suscriba para cubrir esos puestos, previa evaluación de su idoneidad (art. 5° y Cláusula Transitoria, ley 1502), sin perjuicio de su derecho a participar en esos futuros concursos en las condiciones previstas por las normas vigentes (art. 43, CCABA y ley 1502). A fin de asegurar el debido cumplimiento de la sentencia, se requerirá al Gobierno que informe, dentro de los diez (10) días, la actual planta de personal de enfermería, permanente, transitorio o contratado, que labora en la citada unidad asistencial, y las previsiones de incorporación de ese tipo de personal, por cualquier medio, durante el ejercicio 2006”.

3) Una persona discapacitada tiene derecho a cubrir una vacante en la Administración Pública como personal contratado hasta que se realicen los concursos respectivos previa evaluación de idoneidad.

C. Cont. Adm. y Trib. Ciudad Bs. As., sala 2ª, 30/8/2006, expte. 12372/0, “Marecos, Julio César v. GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)” (jueces Daniele, Centanaro, Russo).

“Las razones expuestas persuaden de modificar la sentencia apelada, acordándole al actor la posibilidad de acceder en forma prioritaria a un puesto en la Ciudad, teniendo especialmente en cuenta su formación como Auxiliar de Enfermería acreditada en autos, previa evaluación de su idoneidad, hasta tanto concluyan los concursos públicos de antecedentes para designar auxiliares de enfermería en dependencia de la Ciudad, cumpliendo con el cupo legalmente establecido. Al respecto el GCBA deberá informar en el plazo de treinta días al juez de grado las medidas concretas efectuadas para dar cumplimiento a lo ordenado”.

7. Idoneidad y aptitud moral

7.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

1) La Cámara de Diputados puede valorar la idoneidad física, técnica y moral de los electos.

Corte Sup., 13/7/2007, B.903 XL REX, “Bussi, Antonio Domingo v. Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/incorporación a la Cámara de Diputados” (dictamen del procurador Esteban Righi al que adhieren Elena I. Highton de Nolasco, Enrique Santiago Petracchi —disidencia—) (Magistrados votantes: doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco —en disidencia—, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia—, Juan Carlos Maqueda —en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni —según su voto—, Carmen M. Argibay).

“En síntesis, estimo que las atribuciones conferidas por el art. 64 de la Constitución Nacional a las Cámaras del Congreso incluye la facultad de realizar un juicio sobre las calidades constitucionalmente exigidas para acceder al cargo de legislador nacional.

”Ese juicio abarca la evaluación de la idoneidad física, técnica y moral de los electos, además de los requisitos relativos a la ciudadanía, edad y residencia e integra el ‘debido proceso electoral’, garantía innominada de la democracia representativa.

”En el presente caso, la Cámara de Diputados de la Nación ha llevado adelante dicho juicio, aplicando las pautas éticas derivadas de la Constitución Nacional y cumpliendo las normas del derecho internacional de los derechos humanos, sin que se advierta en tal proceder extralimitación en el ejercicio de los poderes que la Constitución le asigna”.

2) La Cámara de Diputados sólo puede revisar la legalidad de los títulos de los diputados electos y la autenticidad de los diplomas.

Corte Sup., 13/7/2007, B.903 XL REX, “Bussi, Antonio Domingo v. Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/incorporación a la Cámara de Diputados” (Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos S. Fayt, Carmen M. Argibay —MA—) (Magistrados votantes: doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco —en disidencia—, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia—, Juan Carlos Maqueda —en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni —según su voto— Carmen M. Argibay).

“En este sentido, cabe precisar que los conflictos vinculados a la etapa previa a la elección, así como los que tienen relación con el acto eleccionario en sí mismo, son materias sometidas a la Justicia. Por ello, el control de los requisitos constitucionales de los candidatos para diputados de la Nación se efectúa de modo previo y ante el Poder Judicial de la Nación. Una vez aprobado el diploma, éste puede ser presentado ante la Cámara, que es ‘juez’ de ese título conforme al art. 64 de la Constitución Nacional. De tal modo, es claro que la facultad de la Excma. Cámara de Diputados sólo puede referirse a la revisión de la legalidad de los títulos de los diputados electos y la autenticidad de los diplomas, esto es, si fueron regularmente emitidos por la autoridad competente”.

3) La Cámara de Diputados no tiene habilidad constitucional para examinar la habilidad moral anterior a la elección; sin norma expresa no puede presumirse.

Corte Sup., 13/7/2007, B.903 XL REX, “Bussi, Antonio Domingo v. Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/incorporación a la Cámara de Diputados” (Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos S. Fayt, Carmen M. Argibay —MA—) (Magistrados votantes: doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco —en disidencia—, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia—, Juan Carlos Maqueda —en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni —según su voto—, Carmen M. Argibay).

“Esta interpretación es coherente y armónica dentro de la Constitución. En efecto, el art. 66 de la Carta Magna, al fijar la competencia de la Cámara para dictar su reglamento, establece que puede remover a sus miembros por inhabilidad física o moral sobreviniente. Es decir que no hay ninguna habilitación constitucional para examinar la habilidad moral anterior a la elección y no habiendo ninguna norma expresa no puede presumirse.

”En este sentido, el derecho es un límite al poder, lo que impide toda interpretación extensiva de las facultades de las Cámaras, las que para actuar legítimamente requieren de una norma de habilitación (Fallos 32:120, entre otros). La libertad se vería amenazada si los poderes ejercieran facultades no concedidas. Si hay algo que ha consagrado la Constitución, y no sin fervor, es la limitación del poder del gobierno. La Constitución ha establecido, inequívocamente, un sistema de poderes limitados (conf. Fallos 318:1967)”.

4) La idoneidad en el caso de los legisladores es valorada por el pueblo; en el caso del acceso a la Administración Pública puede ser ponderada por un jurado.

Corte Sup., 13/7/2007, B.903 XL REX, “Bussi, Antonio Domingo v. Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/incorporación a la Cámara de Diputados” (Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos S. Fayt, Carmen M. Argibay —MA—) (Magistrados votantes: doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco —en disidencia—, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia— Juan Carlos Maqueda —en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni —según su voto—, Carmen M. Argibay).

“Que uno de los argumentos fundamentales del señor Procurador General se basa en el art. 16 de la Constitución Nacional, que establece que todos los habitantes de la Nación son iguales ante la ley y ‘admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad’. De ello deduce que los constituyentes entendieron que la admisión en la función pública sólo debe aceptarse en las personas que sean idóneas y que ello es condición necesaria incluso en aquellos supuestos en los que el arribo al cargo sea por vía electoral.

”Esta Corte no comparte este razonamiento.

”En el presente caso no se discute la exigencia de idoneidad, sino precisar quién está facultado para valorar el cumplimiento de ese requisito.

”En los supuestos de acceso a la Administración Pública se ha declarado constitucionalmente admisible el establecimiento de jurados que determinen si el postulante es idóneo, pero no es igual para quien accede al cargo por la vía electoral. En este caso es el pueblo el que elige a sus representantes quien valora la idoneidad y no la Cámara de Diputados de la Nación, porque el régimen electoral establece justamente el procedimiento adecuado para impugnaciones que permitan a los electores valorar la idoneidad”.

5) La Cámara no puede sustituir los efectos de la condena penal por apelaciones a las calidades morales del sujeto.

Corte Sup., 13/7/2007, B.903 XL REX, “Bussi, Antonio Domingo v. Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/incorporación a la Cámara de Diputados” (Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos S. Fayt, Carmen M. Argibay —MA—) (Magistrados votantes: doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco —en disidencia—, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia—, Juan Carlos Maqueda —en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni —según su voto—, Carmen M. Argibay).

“Que los graves hechos que imputan al diputado electo deben ser motivo de un proceso judicial, porque todos los ciudadanos tiene la garantía del debido proceso. No hay una incapacidad de derecho para las personas que hayan tenido una actuación histórica determinada, ya que el impedimento deviene, necesariamente, de una condena judicial por un delito.

”Las consecuencias que se derivan del estado de inocencia no podrían ser obviadas mediante el recurso de sustituir los efectos de la condena penal, por apelaciones a las calidades morales del sujeto”.

6) Una interpretación correcta del art. 36 de la Constitución Nacional y de los tratados sobre derechos humanos cuando establecen sanciones de carácter penal. Se requiere el cumplimiento de un proceso judicial.

Corte Sup., 13/7/2007, B.903 XL REX, “Bussi, Antonio Domingo v. Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/incorporación a la Cámara de Diputados” (Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos S. Fayt, Carmen M. Argibay —MA—) (Magistrados votantes: doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco —en disidencia—, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia—, Juan Carlos Maqueda —en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni —según su voto—, Carmen M. Argibay).

“Estas afirmaciones permiten afirmar que una interpretación correcta del art. 36 de la Constitución Nacional y de los tratados sobre derechos humanos, cuando establecen sanciones de carácter penal, se requiere el cumplimiento de un proceso judicial. En este aspecto, el dictamen de la Comisión de Peticiones, Poderes y Reglamento (carpeta, cuerpo III, fs. 711/742) aclaró que el fundamento del rechazo del diploma sólo respondía a la participación activa reconocida y probada que el diputado electo tuvo con el terrorismo de Estado (art. 36, Constitución Nacional) y específicamente al encuadre de su conducta en las Convenciones sobre Genocidio y Tortura (art. 75, inc. 22, Constitución Nacional). Esta Corte ha sido clara respecto de la persecución de los autores de los delitos de lesa humanidad, pero es necesario reiterar que ello debe ser compatible con el debido proceso.

”Ningún ciudadano puede ser privado del derecho a ser sometido a proceso y a defenderse ante un juez imparcial”.

7) La interpretación exegética e histórica de la inhabilidad moral tal como la prevé el art. 66, CN, está referida a la inhabilidad mental o psíquica.

Corte Sup., 13/7/2007, B.903 XL REX, “Bussi, Antonio Domingo v. Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/incorporación a la Cámara de Diputados” (Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos S. Fayt, Carmen M. Argibay —MA—) (Magistrados votantes: doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco —en disidencia—, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia—, Juan Carlos Maqueda —en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni —según su voto—, Carmen M. Argibay).

“Tal deducción no es totalmente válida o, por lo menos resulta dudosa, dado que el art. 64 se conforma con la mayoría absoluta para juzgar la validez de los títulos de los diputados, en tanto que el art. 66, para separarlos por ‘inhabilidad moral’, requiere una mayoría calificada de dos tercios.

”Pero incluso admitiendo *ad argumentandum* la equivalencia y, por ende, la deducción precedente, no puede obviarse una cuestión de fondo, que impone —por razones exegeticas e históricas— entender que la ‘inhabilidad moral’ que menciona este artículo es alternativa a ‘inhabilidad física’ y, por ende, conforme a la terminología de la época, está referida a lo que hoy se denomina ‘inhabilidad mental o psíquica’. Se trata de las viejas ‘facultades del alma’ o ‘del espíritu’, es decir, ‘facultades morales’ con las que la psiquiatría precientífica hacía referencia al correcto ejercicio del juicio crítico como síntesis adecuada de la actividad consciente”.

8) La Cámara de Diputados no puede ingresar a la moral individual o personal del diputado en virtud de la reserva del art. 19, CN.

Corte Sup., 13/7/2007, B.903 XL REX, “Bussi, Antonio Domingo v. Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados” (Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos S. Fayt, Carmen M. Argibay —MA—) (Magistrados votantes: doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco —en disidencia—, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia—, Juan Carlos Maqueda —en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni —según su voto—, Carmen M. Argibay).

“Que, tampoco puede entenderse que ‘inhabilidad moral’ tenga otro contenido, referido a la moral individual o personal del diputado, porque en tal caso la Constitución incurriría en la contradicción de violar la reserva del art. 19 de su propio texto, quebrando la infranqueable línea que separa el pecado del ilícito y negando de ese modo una de las mayores —sino la mayor— conquista de la modernidad”.

9) La Cámara de Diputados sólo puede evaluar su comportamiento frente a la moral pública general ante un comportamiento escandaloso del diputado directamente dirigido a ofender la dignidad de la Cámara.

Corte Sup., 13/7/2007, B.903 XL REX, “Bussi, Antonio Domingo v. Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados” (Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos S. Fayt, Carmen M. Argibay —MA—) (Magistrados votantes: doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco —en disidencia—, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia—, Juan Carlos Maqueda —en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni —según su voto—, Carmen M. Argibay).

“Debe igualmente descartarse que ‘inhabilidad moral’ se refiera a la moral pública en general, pues si bien ésta queda excluida del art. 19, depende en buena medida de juicios subjetivos de valor, lo que se excluiría sólo cuando un comportamiento escandaloso del diputado esté directamente dirigido a ofender o denigrar la dignidad de la Cámara, siempre que éste asuma formas por demás groseras, sin que incluso en este aspecto quepa incurrir en excesos de sensibilidad”.

10) La Cámara de Diputados no puede evaluar la conducta del diputado con base en la ética republicana por ser una valoración subjetiva cuya utilización es riesgosa para la democracia.

Corte Sup., 13/7/2007, B.903 XL REX, “Bussi, Antonio Domingo v. Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/ incorporación a la Cámara de Diputados”

(Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos S. Fayt, Carmen M. Argibay—MA—) (Magistrados votantes: doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco—en disidencia—, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi—en disidencia—, Juan Carlos Maqueda—en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni—según su voto—, Carmen M. Argibay).

“Que finalmente resta considerar la posibilidad, ensayada en el dictamen del señor Procurador General de la Nación, de entender la ‘inhabilidad moral’ en referencia a la ética republicana del diputado. Sin duda se trataría de un concepto bastante difuso y, en consecuencia, riesgoso, puesto que la conducta republicana es interpretada de diversa manera y, por ende, producto de una valoración subjetiva que, apenas se intenta objetivar, directamente desemboca en la ideología o concepción del mundo y de la política que tenga quien la enuncia. Un diputado que responda a una ideología que propugne el colectivismo, el estatismo o sus antípodas, o bien quien crea que la actual división de poderes es imperfecta y pretenda modificarla por los cauces constitucionales o legales, puede ser objeto de un juicio de valor contrario a la ética republicana, según quien sea y qué valores sostenga quien emite el juicio, en virtud del cual bien podría considerarlo incurso en ‘inhabilidad moral’.

”La sola mención de esta posibilidad indica la inconveniencia de receptor la construcción de una inhabilidad parlamentaria elaborada sobre la base de una ética republicana, concepto que si bien es legítimo, no por ello deja de ser, precisamente, ético, y como tal, se asienta en buena medida en el campo opinable de las ideologías, con grave riesgo para la democracia, en especial si se trata de apoyar sobre ella nada menos que el título de un representante del Pueblo”.

11) El examen sobre la inhabilidad moral realizado por la Cámara de Diputados es exclusivo y excluyente para el Poder Judicial.

Corte Sup., 13/7/2007, B.903 XL REX, “Bussi, Antonio Domingo v. Estado Nacional (Congreso de la Nación - Cámara de Diputados) s/incorporación a la Cámara de Diputados” (Ricardo Luis Lorenzetti, Carlos S. Fayt, Carmen M. Argibay—MA—) (Magistrados votantes: doctores Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco—en disidencia—, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi—en disidencia—, Juan Carlos Maqueda—en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni—según su voto—, Carmen M. Argibay).

“Que las consideraciones formuladas por los integrantes de la Cámara de Diputados de la Nación, respecto a la incorporación del diputado electo Antonio Domingo Bussi, sobre su inhabilidad moral para desempeñar tan eminente función en razón de los hechos imputados, no pueden ser revisadas por esta Corte —y por ningún tribunal— porque su examen constituye una competencia exclusiva y excluyente atribuida a cada cámara por el art. 64 de la Constitución Nacional”.

7.2. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

1) La sanción de inhabilidad absoluta sólo puede aplicarse garantizando el debido proceso y la doble instancia.

Sup. Corte Bs. As., 23/10/2007, A. 69.396, “Molina, Mariano Gabriel. Impugnación. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” (voto de Héctor Negri) (Magistrados votantes: Negri, Pettigiani, Kogan, Hitters, de Lazzari, Domínguez, Natiello).

“Contrariamente a lo que el recurrente afirma, una declaración que conduzca a inhabilitar para siempre a alguien constituye un acto de una trascendencia no sólo institucional sino también personal y en esas condiciones debe asegurarse al impugnado un juicio ante el juez natural, con todas las garantías del debido proceso, la posibilidad de una doble instancia y una definición sobre la base de pruebas que tendrán que ser apreciadas rigurosamente (art. 18 de la Constitución Nacional).

”La ampliación del criterio de idoneidad que la reforma constitucional ha introducido, reclama, correlativamente, un inmenso cuidado en la decisión. Si una impugnación se resolviera sobre parámetros flexibles, se podría crear una doble condición de ciudadanos con o sin derechos a los empleos públicos, a partir de decisiones meramente administrativas”.

2) Existe una correlación entre inhabilitación y pena penal.

Sup. Corte Bs. As., 23/10/2007, A. 69.396, “Molina, Mariano Gabriel. Impugnación. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” (voto de Héctor Negri) (Magistrados votantes: Negri, Pettigiani, Kogan, Hitters, de Lazzari, Domínguez, Natiello).

“Y en ese sentido pienso que la correlación entre inhabilitación y pena penal que propone la Junta Electoral es la que mejor aleja el peligro de un exceso.

”No parece posible en un caso en donde el pedido de inhabilitación se funda exclusivamente en hechos susceptibles de ser perseguidos penalmente, inhabilitar a quien no ha sido condenado por ellos.

”De todos modos y otra vez, si fuese viable el pedido autónomo de inhabilitación, el mismo debería recorrer las instancias judiciales ordinarias para que tanto acusación como defensa pudiesen hacer valer sus respectivas posiciones”.

3) La semejanza en la plataforma fáctica con los acontecimientos imputados penalmente implicaría una intromisión jurisdiccional con procesos judiciales terminados.

Sup. Corte Bs. As., 23/10/2007, A. 69.396, “Molina, Mariano Gabriel. Impugnación. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” (voto de Pettigiani) (Magistrados votantes: Negri, Pettigiani, Kogan, Hitters, de Lazzari, Domínguez, Natiello).

“La semejanza entre la plataforma fáctica que soporta las oposiciones a la candidatura mencionada, con los acontecimientos imputados penalmente al mismo, respecto de los que fuera sobreseído, enervan cualquier posibilidad de análisis sobre la efectiva ocurrencia de tales extremos, aun —como se pretende— sobre la base de un análisis de concreción de tales eventos mediante criterios de probabilidad o razonabilidad atenuados, sin que ello importe —atento el estrecho marco valorativo traído a esta causa— un preclaro avasallamiento de las garantías constitucionales del postulante, y a la vez, una intromisión jurisdiccional irrespetuosa de los procesos judiciales tramitados”.

4) Los electores deben valorar la idoneidad de los postulantes a cargos electivos. Cita del precedente “Bussi” de la Corte Suprema

Sup. Corte Bs. As., 23/10/2007, A. 69.396, “Molina, Mariano Gabriel. Impugnación. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” (voto de Hitters) (Magistrados votantes: Negri, Pettigiani, Kogan, Hitters, de Lazzari, Domínguez, Natiello).

“Luego de descartar que la Cámara Baja tuviera tal competencia una vez culminado el acto comicial (interpretando así los límites al poder reglamentario y de análisis de los diplomas que determinan los arts. 64 y 66 de la Constitución Nacional), señaló allí el cimero Cuerpo —en lo que aquí interesa— que aun cuando se sostuviera que la idoneidad es un requisito para los cargos electivos, sería el Pueblo de la Nación el juez de esa calidad. Agregando que ‘no se discute la exigencia de idoneidad, sino precisar quién está facultado para valorar el cumplimiento de ese requisito’ (consid. 8º)”.

5) Los hechos imputados deben ser juzgados respetando la garantía del debido proceso.

Sup. Corte Bs. As., 23/10/2007, A. 69.396, “Molina, Mariano Gabriel. Impugnación. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” (voto de Hitters) (Magistrados votantes: Negri, Pettigiani, Kogan, Hitters, de Lazzari, Domínguez, Natiello).

“En otro orden de consideraciones, notándose aquí una relación directa con el *sub judice*, señaló ese Tribunal que ‘los graves hechos que imputan al diputado electo [aquí, al candidato a Gobernador] deben ser motivo de un proceso judicial, porque todos los ciudadanos tienen la garantía del debido proceso. No hay una incapacidad de derecho para las personas que hayan tenido una actuación histórica determinada, ya que el impedimento deviene, necesariamente, de una condena judicial por un delito’ (fallo cit., consid. 9º).

”Las consecuencias que se derivan del estado de inocencia no podrían ser obviadas mediante el recurso de sustituir los efectos de la condena penal, por apelaciones a las calidades morales del sujeto’ (id.)”.

6) Para aplicar la sanción prevista en el art. 36, CN, debe cumplirse con un proceso judicial. Cita del precedente “Bussi” de la Corte Suprema

Sup. Corte Bs. As., 23/10/2007, A. 69.396, “Molina, Mariano Gabriel. Impugnación. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” (voto de Hitters) (Magistrados votantes: Negri, Pettigiani, Kogan, Hitters, de Lazzari, Domínguez, Natiello).

“...Puede concluirse que uno de los argumentos fundamentales tenidos en cuenta por la mayoría de la Corte a la hora de interpretar la sanción prevista en el art. 36 de la Carta Nacional, estuvo constituido por la aseveración de que la existencia de hechos graves como los que originan la impugnación que diera origen a estos actuados, debe ser motivo de un proceso judicial revestido de las garantías respectivas (arts. 18, CN; 8º, 25 y concs. Conv. Americana de Derechos Humanos)”.

7) Junto con los ilícitos penales hay ilícitos civiles de naturaleza constitucional.

Sup. Corte Bs. As., 23/10/2007, A. 69.396, “Molina, Mariano Gabriel. Impugnación. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” (voto de de Lazzari) (Magistrados votantes: Negri, Pettigiani, Kogan, Hitters, de Lazzari, Domínguez, Natiello).

“Es que, así como junto a los ilícitos penales reconocemos los ilícitos civiles, también a la par de la antijuricidad específica del derecho represivo hay una antijuricidad en lo que hace a las bases más primarias del derecho. En efecto, en la materia

que nos ocupa cabe reconocer la existencia de ilicitudes o ilegalidades de naturaleza constitucional, que se definen en términos de transgresiones al deber de respetar las obligaciones emergentes de la Constitución, los pactos y tratados internacionales, y que se configuran cuando se constata el desconocimiento y la violación de los derechos fundamentales reconocidos en las normas que conforman el bloque de constitucionalidad”.

8) El quebrantamiento del art. 36, CN, puede producirse de una manera más extensa que por la existencia de condenas penales.

Sup. Corte Bs. As., 23/10/2007, A. 69.396, “Molina, Mariano Gabriel. Impugnación. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” (voto de de Lazzari) (Magistrados votantes: Negri, Pettigiani, Kogan, Hitters, de Lazzari, Domínguez, Natiello).

“Asiste razón al recurrente, entonces, cuando señala el quebrantamiento del art. 36 de la Constitución Nacional en su relación armónica e integral con otras normas de la misma Carta Magna y de los tratados que ingresan por la vía de su art. 75, inc. 22. Porque ese conjunto global posee un sentido propio mucho más amplio y extenso que la mera constatación acerca de la existencia de condenas penales. Constituye formidable herramienta para la autopreservación del orden jurídico basado en el sistema democrático. En conjunción con el requisito de ‘idoneidad’ del art.16 desemboca en lo que el recurrente denomina estándar del fuerte compromiso ético con las instituciones democráticas y el respeto a los Derechos Humanos a la luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del debido ejercicio de la función estatal de contralor del proceso eleccionario. La violación que en definitiva constato radica en que se ha atribuido a ese plexo un significado reducido y parcial como es la tantas veces recordada ausencia de condena. En mi opinión, este último ingrediente conforma uno y sólo uno de los datos que necesariamente debían verificarse”.

9) Puede evaluarse la solvencia moral de los candidatos de naturaleza electiva, debiendo la Junta Electoral, para ello, respetar la garantía del debido proceso.

Sup. Corte Bs. As., 23/10/2007, A. 69.396, “Molina, Mariano Gabriel. Impugnación. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” (voto de Hitters) (Magistrados votantes: Negri, Pettigiani, Kogan, Hitters, de Lazzari, Domínguez, Natiello).

“...Nuestro ordenamiento jurídico constitucional cuenta con principios y normas que procuran y aseguran su autodefensa. La propia Constitución de Buenos Aires brinda claro ejemplo al respecto. Al regular lo concerniente a la designación de los jueces ha organizado el Consejo de la Magistratura. Pues bien, en la tarea de selección que es propia de este organismo se ha privilegiado la solvencia moral, la idoneidad y el respeto por las instituciones democráticas y los derechos humanos (art. 175). Sostengo que esta disposición es receptora de las bases esenciales que han quedado esbozadas precedentemente. Como principio, por tanto, ha de recibir atención también en relación a los otros poderes del Estado.

”En función de cuanto se lleva dicho, por las especiales características que presenta la causa no resulta posible materializar en este ámbito el juzgamiento positivo que enuncia el inc. 2º del art. 289 del Código Procesal en lo Civil y Comercial. Deberán volver los autos a su origen para que, integrado el órgano con decisores

hábiles y en el marco del recordado debido proceso, tenga lugar el examen de idoneidad del candidato impugnado de conformidad al sentido que se atribuye en este voto a las normas involucradas, cuya violación se ha constatado. Con costas por su orden en atención a las peculiaridades del caso (art. 68, 2º párrafo, Cód. Procesal)”.

10) El control de idoneidad moral está en cabeza de los votantes.

Sup. Corte Bs. As., 23/10/2007, A. 69.396, “Molina, Mariano Gabriel. Impugnación. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley” (voto de Domínguez) (Magistrados votantes: Negri, Pettigiani, Kogan, Hitters, de Lázari, Domínguez, Natiello).

“El impugnante de autos en su carácter de sufragante tiene la oportunidad de hacer valer su reproche ético a la candidatura aspirada por parte de quien considera inhabilitado. No media por consiguiente afectación constitucional a su respecto —y sin perjuicio de la vía que hubiera correspondido seguir en mi criterio para canalizar su disconformidad— corresponde desestimar el presente recurso de inaplicabilidad de ley”.

7.3. Jurisprudencia de la Cámara Nacional Electoral

1) En la aplicación del principio de idoneidad no puede desconocerse el principio de inocencia. Este principio puede desvirtuarse con sentencia condenatoria, aun si ella no se encontrara firme.

C. Nac. Electoral, 14/9/2006, expte. 4207/06, fallo 3741/06, “Patti Luis Abelardo s/promueve acción de amparo v. Cámara de Diputados de la Nación”.

“Que, sentado ello, cabe señalar que la verificación efectuada en el marco de los arts. 60 y 61 del Código Electoral Nacional no se limita a la constatación de las condiciones formales previstas, en este caso, por el art. 48 de la Constitución Nacional, sino que —de conformidad con lo expuesto por esta Cámara en Fallos 3275/03— incluye también el requisito de la idoneidad (art. 16, CN). A este respecto, vale destacar que este paradigma no puede importar desconocer el principio de inocencia (cf. art. 18, CN). En tal sentido, Burdeau ha señalado que ‘la regla enunciada por la Declaración [de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, de Francia, de 1789, en su art. 9º, según la cual todo hombre es presumido inocente hasta que haya sido declarado culpable] debiera estar escrita en todo tribunal, sobre todo durante los períodos de crisis política, en que la pasión o un resentimiento, algunas veces legítimo, puedan hacer olvidar a los jueces la presunción de inocencia de los individuos llamados a comparecer ante ellos’ (cfr. Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1980, t. 6, p. 98).

”Por esta razón el Tribunal ha entendido que, para desvirtuar el mencionado principio, se requiere al menos el dictado de una sentencia condenatoria por un juez competente, aun si ella no se encontrara firme (cfr. Fallos C. Nac. Electoral 3275/03), aspecto controvertido por el Procurador General de la Nación *in re*, p. 211 XL, ‘Partido Nuevo, distrito Corrientes’, que se halla pendiente de resolución ante la Corte Suprema”.

2) Aplicación del art. 23, inc. 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como límite a la reglamentación del derecho a acceder en condiciones de igualdad a la función pública en su país.

C. Nac. Electoral, 14/9/2006, expte. 4207/06, fallo 3741/06, "Patti, Luis Abelardo s/promueve acción de amparo v. Cámara de Diputados de la Nación".

“Que la Constitución Nacional ha incorporado tratados internacionales de Derechos Humanos (art. 75, inc. 22) entre los que se destacan —en lo que a la protección de los derechos políticos se refiere— la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece en el art. 23 que ‘[t]odos los ciudadanos deben gozar de los siguientes derechos y oportunidades: a) de participar en la dirección de los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos; b) de votar y ser elegidos en elecciones periódicas auténticas, realizadas por sufragio universal e igual y por voto secreto que garantice la libre expresión de la voluntad de los electores, y c) de tener acceso, en condiciones generales de igualdad, a las funciones públicas de su país’, y, en el inc. 2° de dicho artículo, que tales derechos pueden ser reglamentados exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental o *condena por juez competente en proceso penal*”.

8. El domicilio como requisito de idoneidad

8.1. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires

1) El concepto de nacionalidad pasa de ser un atributo que el Estado le reconoce a la persona como un derecho humano.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2007, A. 69.395, "Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley" (voto Dra. Kogan) (Magistrados votantes: doctores Kogan, Pettigiani, de Lazzari, Hitters, Negri, Domínguez, Natiello).

“En ese sentido la doctrina de la Corte Suprema de la Nación, ha expresado que ‘...en la evolución del concepto de nacionalidad aquella postura se ha ido abandonando y que las concepciones en boga tienden no sólo a ver en la nacionalidad un atributo que el Estado le reconoce a la persona sino, principalmente, como un derecho humano de ella...’ (causa ‘Padilla, Miguel M. s/presentación’, sent. del 10/4/2007)”.

2) Para resolver la situación de desigualdad generada por los requisitos exigidos para acceder al cargo de gobernador cabe recurrir a la doctrina de las “clasificaciones sospechosas”.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2007, A. 69.395, "Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley" (voto Dra. Kogan) (Magistrados votantes: doctores Kogan, Pettigiani, de Lazzari, Hitters, Negri, Domínguez, Natiello).

“Tal como hiciera referencia en la causa A. 69.391 ‘Apoderado del MOPOBO, apod. del MID y apod. del Partido Demócrata Conservador Provincia de Buenos Aires, v. H. Junta Electoral Pcia. Bs. As. Recurso extraordinario de inaplicabilidad

de ley', corresponde acudir a los criterios interpretativos de la doctrina de las 'clasificaciones sospechosas'. Al respecto, la constitucionalista María Angélica Gelli, explica que el origen de esta clasificación se remonta a la jurisprudencia estadounidense, al impugnar la desigualdad de tratamiento en virtud de factores vinculados, entre otros, al sexo, raza y nacionalidad. Refiere además que '...los requisitos para alcanzar cargos electivos en los poderes del Estado se exigen aun en las Repúblicas democráticas. Las condiciones pueden estar ligadas a la idoneidad para el puesto, conforme lo precisa el art. 16 de la Constitución Nacional o, incluso, estar relacionada con las categorías sospechosas de entrañar una discriminación, en general no aceptada como criterio de diferenciación en el ejercicio de los derechos... esas limitaciones para postularse a los cargos electivos de mayor jerarquía deben ser razonables y, en las sociedades donde el pluralismo constituye un valor, mínimas...' (*Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, 2ª ed. ampliada y actualizada, La Ley, 2003, ps. 137 y 673)".

3) La inclusión en una categoría sospechosa produce tres efectos fundamentales: suspende la presunción de constitucionalidad de las leyes, invierte la carga justificatoria y somete esta carga a un escrutinio judicial estricto.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2007, A. 69.395, "Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley" (voto Dra. Kogan) (Magistrados votantes: doctores Kogan, Pettigiani, de Lázzari, Hitters, Negri, Domínguez, Natiello).

"En ese orden, se consideró que '...la inclusión de alguna de tales categorías [sospechosas] produce tres efectos fundamentales: a) suspende la presunción de constitucionalidad de las leyes; b) opera la inversión de la carga justificatoria, por lo cual es el Estado [los recurrentes, en el caso en examen] el [los] que debe[n] demostrar que la distinción consagrada legislativamente, no obstante ser una de aquellas que la doctrina ha calificado como sospechosa, está justificada; c) también opera el sometimiento de esa justificación a un estándar de escrutinio judicial estricto...' (Trib. Sup. Just., 21/11/2001, 'Salgado, Graciela Beatriz v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad')".

4) En el análisis de los tratados internacionales no aparece la exigencia de residencia como cláusula no permitida al reglamentar el acceso a los cargos públicos.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2007, A. 69.395, "Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley" (voto Dra. Pettigiani) (Magistrados votantes: doctores Kogan, Pettigiani, de Lázzari, Hitters, Negri, Domínguez, Natiello).

"Del plexo de garantías extendidas que reseñamos, como aplicables al subexamen, concluyo que no aparece como una cláusula no permitida en el marco de los derechos humanos reglamentar el acceso a los cargos electivos por razones de residencia".

5) Interpretación dinámica. Las cláusulas constitucionales tienen que interpretarse conforme a las circunstancias actuales.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2007, A. 69.395, "Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley" (voto Dra. Pettigiani) (Magistrados votantes: doctores Kogan, Pettigiani, de Lázzari, Hitters, Negri, Domínguez, Natiello).

“Una interpretación dogmática de dicha norma podría a la luz de las circunstancias actuales no resultar razonable teniendo en cuenta los fines que se tuvieron en miras al sancionarla.

”Es que observo que el enunciado literal de la cláusula adquiere pleno sentido o, más preciso aún, posibilitaría arribar al logro que intentaba conseguir el convencional, con carácter absoluto, si nos afincamos en una realidad de nuestro país muy distinta a la presente, donde entre otras muchas consideraciones los medios de comunicación y también los de transporte no tenían las características que nuestras generaciones conocen. Hoy los satélites, la informática, en suma la tecnología desarrollada permiten acelerar y profundizar el conocimiento hasta la minuciosidad en determinados casos”.

6) Las posibilidades de acceso al conocimiento han cambiado sustancialmente tanto para el candidato como para los electores.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2007, A. 69.395, “Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley” (voto Dra. Pettigiani) (Magistrados votantes: doctores Kogan, Pettigiani, de Lazzari, Hitters, Negri, Domínguez, Natiello).

“Indudablemente la posibilidad de los electores de llegar a un acabado conocimiento del candidato, como primordialmente la de que éste logre aprehender las problemáticas que presenta la comunidad, han sufrido cambios sustanciales, si se la coteja con las existentes a la época de sanción de la cláusula constitucional”.

7) La exigencia de asociar la residencia para quien no nació en la provincia con el ejercicio de la ciudadanía para lograr un conocimiento mutuo entre candidato y electores en el caso aparece irrazonable.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2007, A. 69.395, “Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley” (voto Dra. Pettigiani) (Magistrados votantes: doctores Kogan, Pettigiani, de Lazzari, Hitters, Negri, Domínguez, Natiello).

“Si bien la norma puede aparecer en principio adecuada para lograr el fin último perseguido, que no es otro que el candidato sea conocido por la gente y que a su vez éste conozca la problemática provincial, no aparece tan nítido el cumplimiento del subprincipio de necesidad, pues la solución elegida que no permite disociar aquella residencia sustitutiva de la falta de ser de origen local con el ejercicio de la ciudadanía, hace que en el supuesto que nos ocupa dicho recaudo aparezca irrazonable atento que se ha demostrado un ejercicio ininterrumpido de la última aunado a un compromiso con la dirección de los asuntos públicos”.

8) La contigüidad de domicilio hace que la presunción de falta de conocimiento carezca aún más de fundamento.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2007, A. 69.395, “Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley” (voto Dra. Pettigiani) (Magistrados votantes: doctores Kogan, Pettigiani, de Lazzari, Hitters, Negri, Domínguez, Natiello).

“No está de más sopesar que la contigüidad del domicilio al que se había mudado el señor Scioli —Ciudad Autónoma de Buenos Aires— con la provincia, hace

que la presunción de falta de conocimiento de la problemática y coyuntura local que subyace en la norma carezca aún más de fundamento, pues tal conocimiento hubiese sido tan accesible para el mismo como lo hubiera sido de seguir viviendo en el anterior domicilio provincial —Ramos Mejía—. No pueden soslayarse los intensos desplazamientos que existen entre los habitantes de la ciudad capital de la República y los contornos de ella, el llamado conurbano bonaerense, que concentra una enorme proporción de la población de la provincia de Buenos Aires”.

9) En el caso concreto ha quedado demostrado que se ha cumplido con el requisito de conocimiento del postulante por los electores como presupuesto querido al establecer el requisito limitativo.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2007, A. 69.395, “Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley” (voto Dra. Pettigiani) (Magistrados votantes: doctores Kogan, Pettigiani, de Lázari, Hitters, Negri, Domínguez, Natiello).

“Desde la otra perspectiva, el conocimiento de la gente hacia el postulante, hacen que en el caso dada la exposición de su trayectoria personal, con una acentuada presencia en ámbitos tan amplios como el deportivo y el empresarial a la vez que en el manejo de la cosa pública (que lo llevó a ocupar la segunda Magistratura del país), se encuentren largamente cumplidos los presupuestos que el constituyente pretendió resguardar”.

10) Desde una perspectiva técnico jurídica, la nacionalidad se proyecta sobre las libertades civiles, mientras la ciudadanía comprende también los derechos políticos.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2007, A. 69.395, “Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley” (voto Dr. De Lázari) (Magistrados votantes: doctores Kogan, Pettigiani, de Lázari, Hitters, Negri, Domínguez, Natiello).

“En rigor, desde la perspectiva exclusivamente técnico jurídica parece más adecuado remitirlos a nociones disímiles en tanto describen y abarcan distintas realidades. La nacionalidad se proyecta sobre las libertades civiles mientras que la ciudadanía, además de comprender aquéllas, lo hace también sobre los derechos políticos”.

11) El ejercicio de ciudadanía ininterrumpida equivale a ejercicio de derechos políticos.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2007, A. 69.395, “Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley” (voto Dr. de Lázari) (Magistrados votantes: doctores Kogan, Pettigiani, de Lázari, Hitters, Negri, Domínguez, Natiello).

“...A los fines de emitir mi voto, aceptaré como premisa que cuando la Constitución exige para ser gobernador, a aquellos candidatos que no hubiesen nacido en territorio bonaerense, *cinco años de domicilio en la Provincia con ejercicio de ciudadanía no interrumpida*, el elemento ‘ejercicio de ciudadanía no interrumpida’ equivale lisa y llanamente a ejercicio de los derechos políticos”.

12) El ejercicio de la ciudadanía puede materializarse en cualquier parte del país en virtud de lo dispuesto en el art. 8° de la Constitución Nacional.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2007, A. 69.395, "Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley" (voto Dr. De Lazzari) (Magistrados votantes: doctores Kogan, Pettigiani, de Lazzari, Hitters, Negri, Domínguez, Natiello).

"El problema reside en esclarecer si ese ejercicio de los derechos políticos debe tener lugar dentro mismo de la Provincia, o por el contrario se trata de una actividad que indiferenciadamente es posible materializar en cualquier otra parte del ámbito nacional. Y aquí ya no puedo acompañar a los recurrentes. Hay una razón fundamental, que proviene de la Constitución Nacional, pues según su art. 8° *los ciudadanos de cada provincia gozan de todos los derechos, privilegios e inmunidades inherentes al título de ciudadano en las demás*. De allí que si el señor Scioli ha concretado su condición de ciudadano, en el lapso estipulado, dentro del país —sobre lo que no hay controversia—, el título que en tal carácter inviste es válido para todas y cada una de las provincias argentinas. Naturalmente, el dato de haberlo hecho en la capital de la República (hoy Ciudad Autónoma de Buenos Aires, art. 129 de la Constitución Nacional) es irrelevante en lo concerniente a ese ejercicio efectivo de la ciudadanía".

13) No puede hablarse de ciudadanía provincial ya que es única para todo el país.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2007, A. 69.395, "Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley" (voto Dr. Hitters) (Magistrados votantes: doctores Kogan, Pettigiani, de Lazzari, Hitters, Negri, Domínguez, Natiello).

"Como pauta liminar quiero dejar sentado que según mi criterio no podemos hablar de una 'ciudadanía provincial'; la misma es única para todo el país. En palabras de Bidart Campos '...en nuestro derecho constitucional no hay nacionalidad ni ciudadanías provinciales...' (Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional*, t. I-A, Ediar, p. 620)".

14) El recaudo de ciudadanía debe ser interpretado en el sentido más favorable a la libertad.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2007, A. 69.395, "Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley" (voto Dr. Hitters) (Magistrados votantes: doctores Kogan, Pettigiani, de Lazzari, Hitters, Negri, Domínguez, Natiello).

"Las reflexiones previas permiten considerar que frente a las diversas opiniones existentes acerca de la definición del recaudo de 'ciudadanía' contemplado en el art. 121, inc. 3°, como límite al ejercicio del derecho político a ser elegido y participar en la dirección de los asuntos públicos (art. 23, Convención Americana de Derechos Humanos; 25, Pacto de Derechos Civiles y Políticos), debe estarse a la opción hermenéutica más favorable a la libertad".

15) Ejercer la ciudadanía no implica sólo ejercer derechos políticos.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2007, A. 69.395, "Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley" (voto Dr. Domínguez) (Magistrados votantes: doctores Kogan, Pettigiani, de Lazzari, Hitters, Negri, Domínguez, Natiello).

“A esta misma conclusión llego al abordar la cuestión sobre el ejercicio ininterrumpido de la ciudadanía, así que tal como se resalta en lo decidido por la mayoría de la Honorable Junta Electoral (considerandos de 8° a 11), ejercer la ciudadanía no implica solamente el ejercicio de los derechos políticos”.

16) El concepto de ciudadanía no es de incumbencia provincial sino su ejercicio.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2007, A. 69.395, “Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley” (voto Dr. Natiello) (Magistrados votantes: doctores Kogan, Pettigiani, de Lazzari, Hitters, Negri, Domínguez, Natiello).

“Y, habiendo quedado establecido que el candidato impugnado ha participado en la actividad política de nuestro país en su calidad de ciudadano, es decir, ha ejercido sus derechos políticos, superando con creces el plazo constitucionalmente exigido, la norma del art. 8° citada despeja toda duda sobre el punto, puesto que, se desprende claramente de la misma que todo lo inherente al concepto de ciudadanía no es de incumbencia provincial, ni por ende, lo es su ejercicio”.

9. Restricciones al requisito de la idoneidad por profesar ideas políticas

9.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (período no democrático)

1) Es razonable la reglamentación del requisito de idoneidad para acceder al empleo público que exige que no se profese una ideología contraria a los principios básicos de la Constitución Nacional.

Corte Sup., 21/12/1970, Fallos 278:287, “Fernández de Palacios, Rita Micaela s/recurso” (Magistrados votantes: Eduardo A. Ortiz Basualdo, Roberto E. Chute, Marco Aurelio Risolia —por su voto—, Luis Carlos Cabral, Margarita Argúas).

“El requisito de la idoneidad para la admisibilidad en los empleos públicos es susceptible de ser reglamentado. En tal sentido, no puede reputarse discriminación odiosa o arbitraria que el Estado exija de sus servidores que no profesen ideologías contrarias a los principios básicos de la Constitución Nacional”.

2) Es constitucional la restricción de derechos a quien tiene ideología comunista de la misma manera que lo es la privación del derecho de actuar en política.

Corte Sup., 21/12/1970, Fallos 278:287, “Fernández de Palacios, Rita Micaela s/recurso”. (Magistrados votantes: Eduardo A. Ortiz Basualdo, Roberto E. Chute, Marco Aurelio Risolia —por su voto—; Luis Carlos Cabral, Margarita Argúas).

“Así como es constitucional la privación del derecho de actuar en política imputada a una agrupación comunista, debe admitirse la validez de la restricción de otros derechos respecto de personas que realicen actividades comprobadas de indudable motivación ideológica comunista, aun cuando esas actividades hayan sido anteriores a la sanción de la ley 17.401. Ello siempre y cuando no se trate de verdaderas penas y exista indudable relación entre la prohibición y el mal que se procura evitar.

Los derechos afectados por las inhabilidades previstas en los arts. 6° y 7° de dicha ley guardan estricta proporción y vinculación con el peligro que se procura conjurar, ya que no es irrazonable ni excesivo que se prohíba a los comunistas la entrada al país si son extranjeros, ocupar cargos públicos, etcétera”.

10. Idoneidad y acceso al cargo por vínculo de parentesco

10.1. Jurisprudencia de otras jurisdicciones

1) La idoneidad no se presume y debe ser probada.

Corte Sup. Just. Santa Fe, 29/12/2004, “Keaodeelert, Petchsamorn v. Municipalidad de Coronda” (Magistrados votantes: Rodolfo L. Vigo, María A. Gastaldi, Rafael F. Gutiérrez, Mario L. Netri, Eduardo G. Spuler).

“...La idoneidad, como condición constitucional para el acceso a la función pública, no puede surgir de ninguna presunción *iuris et de iure*. Debe ser probada de conformidad con normas legales (Diez, ob. cit., t. III, p. 370)”.

2) La norma que dispone el ingreso de un familiar directo del agente fallecido es inconstitucional por contraponerse al art. 16, CN.

Corte Sup. Just. Santa Fe, 29/12/2004, “Keaodeelert, Petchsamorn v. Municipalidad de Coronda” (Magistrados votantes: Rodolfo L. Vigo, María A. Gastaldi, Rafael F. Gutiérrez, Mario L. Netri, Eduardo G. Spuler).

“...El art. 130, ley 9286 ha establecido un deber a cumplir por la Administración municipal que contraría claramente otro deber que surge de manera expresa de una norma de jerarquía superior como es el art. 16 de la Carta Magna. Es que el deber de exigir la debida acreditación de la idoneidad está impuesto por la norma constitucional a todos los niveles y estamentos del Estado, comprendiendo en esta noción tanto al Estado federal como a las provincias y los municipios; y la norma provincial contiene un mandato expreso dirigido a la Administración municipal en orden a omitir dicha exigencia por la sola circunstancia de existir una relación de parentesco directo entre el aspirante a ingresar y un agente fallecido”.

3) La exigencia de acceso a los cargos públicos sin otra condición que la idoneidad no excluye la presencia de otros requisitos siempre que no creen privilegios.

Corte Sup. Just. Santa Fe, 29/12/2004, “Keaodeelert, Petchsamorn v. Municipalidad de Coronda” (Magistrados votantes: Rodolfo L. Vigo, María A. Gastaldi, Rafael F. Gutiérrez, Mario L. Netri, Eduardo G. Spuler).

“...Cabe recordar que la Corte Suprema tradicionalmente ha sostenido que ‘el art. 16 de la CN, en cuanto declara que todos los habitantes son admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad, no excluye la facultad de la ley para establecer condiciones de admisibilidad a los empleos, distintas de la competencia de las personas, siempre que ellas por su propia naturaleza no creen un privilegio’ (Fallos 307:2106 y 238:183)”.

4) El sistema de provisión de cargos públicos por herencia ha desaparecido en los Estados republicanos.

Corte Sup. Just. Santa Fe, 29/12/2004, "Keaodeelert, Petchsamorn v. Municipalidad de Coronda" (Magistrados votantes: Rodolfo L. Vigo, María A. Gastaldi, Rafael F. Gutiérrez, Mario L. Netri, Eduardo G. Spuler).

“Lo cierto es que el sistema de proveer cargos públicos por herencia hállase en pugna con las ideas dominantes en las democracias, pudiendo decirse que ha desaparecido en los Estados republicanos (Marienhoff, ob. cit. t. III-B, p. 81, con cita de Jèze, *Principios generales del derecho administrativo*, t. II, vol. II, p. 19)”.

CAPÍTULO VI

LOS DERECHOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS BONAERENSES

I. PRESENTACIÓN

1. Hacia una nueva visión sobre los derechos de los trabajadores públicos

Desde una visión tradicional del derecho administrativo se limitó el alcance de los derechos de los empleados y funcionarios públicos, por considerar que las ventajas personales de las que dichos trabajadores gozan no constituyen en todos los casos derechos subjetivos, teniendo por ello diferente validez jurídica. Así obtienen una menor protección jurídica aquellas situaciones calificadas como intereses legítimos o simples expectativas.

Villegas Basavilbaso dice al respecto: “En cuando a la validez jurídica de esos derechos o intereses es superfluo decir que pueden jurídicamente ser modificados en el futuro. Una regulación ulterior puede no sólo destruir los intereses que la ley (*latu sensu*) anterior había creado, sino también los mismos derechos. En el derecho público, y, por consiguiente, en el derecho administrativo, no existe de una manera absoluta derechos irrevocablemente adquiridos. Las ventajas personales inherentes a una función o empleo pueden, en cualquier momento, ser modificadas o suprimidas, sin que los titulares tengan derecho a formular objeciones jurídicas”¹.

Con posterioridad a la emisión de esta opinión se sucedieron trascendentales modificaciones en nuestro sistema jurídico que, a partir de la incorporación del nuevo art. 14 en la Constitución Nacional y las posteriores reformas realizadas en las Cartas nacional y bonaerense en 1994, vinieron a limitar la potestad modificatoria de los derechos de los trabajadores públicos por parte de la Administración, en tanto empleadora, ya que se reconoció el principio de prohibición de regresividad en materia de derechos sociales dispuesto en diversos tratados internacionales de derechos humanos incorporados por dichos constituyentes a nuestro ordenamiento jurídico interno.

Explica Christian Courtis que cuando nos referimos a regresividad normativa estamos haciendo referencia a la extensión de los derechos concedidos por una norma y para determinar que una norma es regresiva es preciso compararla con la norma

¹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, t. III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, p. 469.

que ésta ha modificado o sustituido y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior².

Así, la Corte Suprema, al analizar en autos "Aquino"³ la constitucionalidad de la ley que reemplazó el sistema de indemnización por accidentes y enfermedades de trabajo, sostuvo que la norma impugnada, que derogó el sistema que permitía al obrero elegir entre un régimen de responsabilidad objetiva y tarifada y un régimen de indemnización plena, violaba el principio de prohibición de regresividad al adoptar una medida que restringe deliberadamente el derecho a una compensación plena⁴.

Es por todo lo hasta aquí dicho que proponemos una lectura en clave de progresividad de los derechos de los trabajadores del Estado.

2. Enumeración legislativa de los derechos de los empleados públicos bonaerenses

En este capítulo analizaremos los derechos enumerados en el art. 19 de la Ley de Empleo Público de la Provincia de Buenos Aires (en adelante LEPBA), que fueron desarrollados en los arts. 20 a 77 del citado texto legal⁵.

Así, la ley reconoce al agente que reviste en planta permanente los siguientes derechos: a) estabilidad, b) retribuciones, c) compensaciones, d) subsidios, e) indemnizaciones, f) carrera, g) licencias y permisos, h) asistencia sanitaria y social, i) renuncia, j) jubilación, k) reincorporación, l) agremiación y asociación, m) ropas y útiles de trabajo, n) capacitación, o) menciones, p) retiro voluntario, q) pasividad anticipada, r) licencia decenal.

Como cuestión previa debemos detenernos en los destinatarios o sujetos activos de este amplio listado de derechos ya que el título que precede al art. 19 refiere al personal de planta permanente y recordemos que el art. 15, al clasificar las plantas de personal, distingue en su inc. 1º entre personal de planta permanente con estabilidad y sin estabilidad.

El personal de planta temporaria se encuentra regulado en los arts. 111 a 12f, haciendo mención a los derechos de estos empleados el art. 118, que indica cuáles de los derechos del art. 19 les son atribuidos.

Aclarada esta cuestión corresponde que pasemos a desarrollar los derechos enumerados en la ley; para ello dividiremos el capítulo en los siguientes temas: derecho a la estabilidad y a la carrera administrativa; derecho a una remuneración justa; derechos sociales; derechos previsionales y derechos colectivos.

² COURTIS, Christian (comp.), *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 4.

³ Corte Sup., 21/9/2004, "Aquino, Isacio v. Cargo Servicios Industriales SA s/accidentes ley 9688".

⁴ ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Christian, *El umbral de la ciudadanía. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2006.

⁵ D'OVIDIO, Victoria M., "Derechos de los empleados públicos bonaerenses", en BASTONS, Jorge L. (dir.), *Empleo público*, Platense, La Plata, 2006, ps. 547 y ss.

II. DERECHO A LA ESTABILIDAD

1. Concepto

El derecho a la estabilidad de los empleados públicos fue incorporado por el constituyente nacional de 1957, en reedición de su establecimiento en la Constitución de 1949, como una garantía específica y exclusiva de los trabajadores del Estado, no extensible a los empleados del sector privado⁶.

Este derecho ha sido reconocido tanto por la Constitución Nacional como por su par bonaerense, siendo el texto del art. 14 bis de la nombrada en primer lugar, el siguiente: “El trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador: ...estabilidad del empleado público”. Por su parte, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires (en adelante, Const. prov.), en su art. 103, inc. 12, dispuso que la Legislatura organizara la carrera administrativa con base, entre otros principios, a la estabilidad en el cargo.

La Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, aprobada por la IX Conferencia Internacional Americana de Bogotá en 1948, establece en su art. 24: “Los empleados públicos tienen derecho a ser amparados en la carrera administrativa, de modo que se les garantice, mientras cumplan sus deberes, la permanencia en el empleo, el derecho al ascenso y los beneficios de la seguridad social. El empleado tiene también el derecho a ser amparado por una jurisdicción especial contencioso administrativa, y en caso de sanción, el de defensa dentro del procedimiento respectivo”.

La estabilidad del empleado público fue definida por Ricardo Mercado Luna al sostener que consiste en la facultad de conservar el cargo y gozar de los derechos estatutarios —referidos en particular a la carrera administrativa— mientras una causal legal no determine la extinción del vínculo o altere la relación funcional creada en virtud del empleo público⁷.

Como veremos a continuación, el nacimiento de este derecho surgió cuando, en la lucha contra el sistema del despojo, en la que el partido triunfador en las elecciones desconocía los derechos de los agentes públicos, se levantó la bandera de la estabilidad del empleado estatal⁸.

2. Antecedentes constitucionales

Luego de la toma del poder tras el golpe de Estado de 1955, el presidente de facto general Pedro Eugenio Aramburu, el 17 de diciembre de 1956 mediante decreto 22.237, creó la Comisión de Estudios Constitucionales, cuya misión era ordenar y estudiar los antecedentes vinculados a la reforma de la Constitución de 1853 y colaborar en todo lo referente a la futura convención reformadora. Esta Comisión estuvo integrada por los doctores Juan A. González Calderón y Sebastián Soler, siendo secretarios los doctores Jorge Tristán Bosch y Carlos M. Bidegain. Entre los objetivos

⁶ ZIULU, Adolfo G., “La estabilidad del empleo público en la Constitución Nacional”, en BASTONS, Jorge L. (dir.), *Empleo público*, cit., p. 83.

⁷ MERCADO LUNA, Ricardo, *Estabilidad del empleado público*, Astrea, Buenos Aires, 1974, p. 23.

⁸ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 811.

de la reforma de la Carta Magna se encontraba la inclusión de los derechos sociales, propios de las constituciones modernas⁹.

El Dr. González Calderón propuso como enmienda del texto constitucional de 1853: "Art. 16. Intercalar después del segundo apartado lo que sigue: Después de dos años de permanencia en el servicio público, los empleados y funcionarios no podrán ser removidos sin justa causa, en mérito del sumario administrativo correspondiente, con debida probanza de su incompetencia o inconducta"¹⁰.

El 12 de abril de 1957 se convocó a la Convención Nacional Constituyente a realizarse en la ciudad de Santa Fe. Un sector de los convencionales constituyentes, integrantes del partido radical, impugnaron el proceso de reforma sin éxito y se retiraron del recinto de sesiones para no volver al seno de la Convención reformadora¹¹.

La Comisión Central de la Convención Constituyente tuvo a su cargo la redacción definitiva del despacho que culminó con la sanción de la única reforma al texto constitucional aprobada por la Convención, la del nuevo art. 14, el 25 de octubre del año 1957.

En la Convención Constituyente del año 1957 confrontaron dos posturas referidas a la conveniencia de la incorporación de este derecho en el art. 14 bis, CN, a reformar.

El convencional González Bergez se manifestó en contra de dicha incorporación argumentando que la relación jurídica del empleado con el Estado constituye un contrato administrativo y no un contrato civil o de trabajo. Propuso la incorporación de un inciso nuevo dentro del art. 67, CN, que debería redactarse de la siguiente forma, refiriéndose a las facultades del Poder Legislativo nacional: "Organizar la carrera administrativa de los empleados y funcionarios de la Nación sobre bases de acceso por idoneidad, estabilidad, escalafón y responsabilidad"¹².

Esta postura fue rechazada por los siguientes argumentos: 1. los empleados públicos constituyen una categoría especial de trabajadores, pero son trabajadores (convencional Corona Martínez); 2. no es posible dejar reservada exclusivamente a la ley esa garantía constitucional porque puede ser cercenada por otra ley, de manera que pueden los azares de la política transformar esa garantía y dejar totalmente desamparado al empleado público (convencional Crespo); 3. la estabilidad consagrada no sólo se limita a la protección contra el despido, sino que tiene mayor amplitud en cuanto ella se vincula a la justicia en el ingreso, al escalafón; en definitiva, a la garantía de la defensa frente a la posibilidad de la cesantía (convencional Ricci)¹³.

En defensa del derecho a la estabilidad, es oportuno recordar las palabras del convencional Darío F. Miró, quien desde una mirada más amplia, manifestó en el recinto que: "el beneficio de la estabilidad redundará no sólo a favor de los servidores de la Administración Pública, sino del propio Estado y de los administrados. El empleado se encuentra expuesto a la cesantía, al traslado por el capricho de los

⁹ Esta Comisión publicó siete volúmenes con el título general de *Materiales para la reforma constitucional*.

¹⁰ *Materiales para la reforma constitucional*, t. II, ps. 17, 98 y 99.

¹¹ DEVEALL, Mario L. (dir.), *Tratado de derecho del trabajo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 223.

¹² Una redacción similar adoptó la Constitución de la Provincia de Buenos Aires en su art. 103, inc. 12.

¹³ *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1957*, t. 2, p. 1492.

superiores, o si se salva de ello, al despido sin indemnización alguna ni respeto por la antigüedad al primer cambio del equipo gobernante. Esta situación trae como consecuencia la falta de eficiencia en la función pública, ya que el Estado no puede contar con un personal perfeccionado, dado la renovación del personal y la repetición del aprendizaje por cada nuevo empleado...”¹⁴.

3. Su regulación en la ley de empleo público provincial¹⁵

La ley 10.430 define en su art. 20 a la estabilidad como “el derecho del personal permanente a conservar el empleo y el nivel escalafonario alcanzado y sólo se perderá por las causas que este estatuto determine, así como también la permanencia en la zona donde desempeñare las tareas o funciones asignadas, siempre que las necesidades de servicio lo permitan”.

Es de destacar las especiales referencias de la norma respecto de los alcances de la estabilidad en la provincia de Buenos Aires, incluyendo el derecho a permanecer en el cargo o puesto de trabajo, a mantener el nivel escalafonario en el que el agente hubiere adquirido la estabilidad, así como a permanecer en la zona geográfica donde cumpliera sus funciones.

Agrega el decreto reglamentario que “el agente que hubiera accedido en forma definitiva a cargo con estabilidad, no podrá ser trasladado sino a cargo de igual clasificación escalafonaria que exija similares requisitos y guarde relación con el cargo que ocupa el mismo”.

A continuación, la ley regula lo referente al traslado, el pase temporario o comisión, la reserva de cargo y la reubicación.

3.1. El traslado

Respecto del traslado, refiere el art. 21 de la norma que cuando las necesidades propias del servicio, debidamente justificadas, o de reorganización de la jurisdicción o de las distintas áreas del gobierno lo requieran, podrá disponerse el pase y/o traslado del agente dentro del ministerio u organismo donde preste servicios o a otro ministerio u organismo, siempre que con ello no se afecte el principio de unidad familiar. A los fines del presente artículo se establece que el principio de unidad familiar queda afectado cuando el agente deba desplazarse diariamente a más de sesenta kilómetros de su lugar habitual de residencia.

La norma exige, para habilitar el traslado del agente, que las necesidades propias del servicio, o de reorganización de la Administración se hallen debidamente justificadas. La exigencia de una suficiente motivación del traslado es la que permite al agente conocer los concretos hechos que desencadenaron su pase a otro sector, pudiendo, si entiende que corresponde, impugnar administrativa o judicialmente el acto administrativo que lo dispuso.

¹⁴ *Diario de Sesiones de la Convención Nacional Constituyente de 1957*, t. 2, p. 1345.

¹⁵ ASSANTE, Karina, “El derecho a la estabilidad del empleado público en la provincia de Buenos Aires”, en BASTONS, Jorge L. (dir.), *Empleo público*, cit., p. 495.

La reglamentación establece a este respecto que el acto administrativo que disponga el traslado deberá cumplimentar los requisitos del art. 108, ley de procedimiento administrativo, o la norma que lo reemplace. El citado artículo del vigente decreto-ley 7647 dispone que todo acto administrativo final deberá ser motivado y tendrá una relación de hechos y fundamentos de derecho. Si bien la remisión técnicamente no era necesaria, las pautas culturales de la Administración Pública provincial recomiendan, en ciertos casos como el presente, recordar la obligatoriedad de motivar suficientemente las decisiones administrativas que afectan derechos, aun a costa de ser reiterativos. Como lo explica Hutchinson, esta norma pretende garantizar el principio constitucional de publicidad de los actos de gobierno, propio de un Estado de Derecho democrático, evitando a su vez que el particular se encuentre en una situación de indefensión¹⁶.

En cuanto a la pauta objetiva elegida por el legislador para delimitar la afectación al principio de unidad familiar, consideramos que, además de ser excesiva, no tiene en cuenta las particularidades que pueden transformar la distancia en una considerable pérdida del tiempo del agente. Por ejemplo, difiere mucho realizar un viaje de una distancia de sesenta kilómetros, por una autopista que hacerlo dentro de una gran urbe como puede ocurrir en el Gran Buenos Aires, ya que el tiempo utilizado para recorrer la misma distancia no es igual. También se debe valorar el medio utilizado por el empleado para trasladarse a su trabajo, su accesibilidad, disponibilidad y regularidad. En este razonamiento, y a fin de no afectar el principio de unidad familiar que pretende proteger la norma, se debió establecer una unidad de medida temporal que no ocupe una porción significativa del tiempo libre que el trabajador público dedica a su vida privada y familiar.

Finalmente, el decreto reglamentario dispone que, tratándose de traslado por razones de salud, se dará intervención a la Dirección de Reconocimientos Médicos. La recomendación de cambio de tarea no implica la modificación de la situación de revista. Agrega la reglamentación que, en todos los casos, para que se disponga el traslado será necesaria la existencia de vacante en el plantel básico respectivo y la conformidad de las jurisdicciones o reparticiones intervinientes.

Estas disposiciones nos permiten inferir que existen dos tipos de traslados: aquellos que fueran dispuestos por el empleador, en los que el derecho del agente se concentra en delimitar las facultades de la Administración para ordenar el pase, y los traslados que fueran con la necesaria conformidad del agente o solicitados por éste, llamados por la ley reubicaciones, que se encuentran regulados en el art. 24 del texto legal analizado.

3.2. Los pases temporarios o comisiones

Pasemos ahora a la regulación que la ley hace en su art. 22 respecto de los pases temporarios o comisiones. Dice allí la norma que la comisión consiste única y exclusivamente en el pase temporario del agente de su lugar de trabajo a otro, por razones de servicio determinadas por autoridad competente, realizando las mismas o simila-

¹⁶ HUTCHINSON, Tomás, *Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Astrea, Buenos Aires, 1995, ps. 406 y ss.

res tareas que cumplía en el organismo de origen. No pudiendo exceder el término de noventa días por año calendario, salvo expresa conformidad del agente.

Aquí también se exige al empleador que justifique el pase en comisión con la existencia de concretas razones de servicios, determinadas expresamente en el acto administrativo que dispone el traslado temporal. Asimismo, impone un límite temporal anual que no podrá ser superado por la Administración provincial sin la expresa conformidad del trabajador.

Este pase temporario o comisión genera en el agente el derecho a percibir compensaciones dinerarias en concepto de viáticos y movilidad, según lo establece, como veremos más adelante, el art. 27, Ley de Empleo Público.

3.3. La reserva de cargo

Dispone la norma en análisis, en su art. 23 que, al agente que haya sido designado para desempeñar cargos superiores o cargos directivos, nacionales, provinciales o municipales o electivos y asesores sin estabilidad, le será reservado el cargo de revista durante todo el tiempo del mandato o función.

En la reglamentación se establece que la reserva del cargo con estabilidad será determinada por el Poder Ejecutivo, siendo requisito indispensable para ello que el interesado formule una solicitud expresa, acompañando la certificación correspondiente.

Agrega el decreto reglamentario que la reserva del cargo se prolongará hasta un período máximo de treinta días desde la fecha en que el agente cese en el cargo que la motivó; salvo para el caso de quienes fueren designados en cargos de asesor de gabinete en los términos del art. 113 de la ley, que deberán reintegrarse inmediatamente de producido su cese.

3.4. La reubicación

Como vimos, a diferencia del traslado regulado en el art. 21, la reubicación refiere el derecho del agente a solicitar una modificación de su lugar de trabajo. Así, el art. 24 establece que la reubicación es el traslado del agente a otro organismo o dependencia, cuando razones de servicio lo hagan necesario, con conformidad del agente o a solicitud de él siempre que no afecte el funcionamiento normal de la dependencia.

En una segunda parte, y luego de definir la reubicación, el artículo en análisis regula el caso de la disponibilidad absoluta del agente prevista en la ley para los casos en que se dispongan reestructuraciones que impliquen la supresión de organismo o dependencias o la eliminación de cargos o funciones.

Continúa diciendo el art. 24 que el personal cuyo cargo hubiera sido eliminado y se halle en disponibilidad absoluta conforme el art. 11, deberá ser reubicado, en el tiempo que al efecto fije el Poder Ejecutivo con prioridad absoluta, en cualquier vacante de igual clase, si reúne las condiciones exigidas para ella. En el ínterin no prestará servicios, percibiendo la totalidad de las retribuciones y asignaciones que le correspondan. Si la reubicación no precediere o no resultare posible, cumplido el plazo de disponibilidad, se operará el cese en forma definitiva, en cuya oportunidad será de aplicación lo previsto en el art. 30, inc. b).

Como ya dijimos, esta norma recepta principalmente en su primera parte el derecho del agente a solicitar el traslado de su cargo a otra repartición u organismo y así dispone su decreto reglamentario que cuando razones fundadas así lo justifiquen y las necesidades del servicio lo permitan, con informe del superior inmediato, podrá accederse a la solicitud de traslado de aquellos agentes que así lo soliciten. Agrega que si el traslado se solicitara por motivos de salud, se procederá en la forma prevista en el art. 21 de esta reglamentación, es decir, dándole intervención a la Dirección de Reconocimientos Médicos.

La segunda parte de la reglamentación establece lo atinente a la reubicación del personal que se halle en situación de disponibilidad absoluta, exigiendo que en dichos casos se deberá efectuar con intervención del organismo sectorial de personal. Cuando ello no resultare posible dentro del cuadro de personal al que pertenecía, se dará cuenta al organismo central de administración de personal en procura de su ubicación en otro cuadro de personal.

Establece también la reglamentación un catálogo de circunstancias que se deberán considerar a la hora de efectuar una reubicación. Estas situaciones son: a) agente del sexo femenino que tenga por lo menos un familiar a cargo o sea sostén del hogar, b) agentes que tengan familiares a cargo, dando prioridad a los de mayor número, c) agentes que tengan impedimento físico que disminuya considerablemente sus posibilidades de trabajo, d) antigüedad en la Administración Pública provincial y en otros servicios computables para la obtención de beneficios provisionales y e) el promedio de las calificaciones obtenidas.

Como se observa de su lectura, la norma dispone una fuerte discriminación positiva a favor de la mujer trabajadora y en general considera cuestiones sociales y asistenciales de los agentes a reubicar por sobre cuestiones vinculadas con los méritos de los empleados que disputan el mantenimiento de un lugar en la Administración Pública.

Agrega el decreto reglamentario que las funciones que se asignen al agente reubicado deberán guardar relación con el cargo que ocupaba y en la fijación de destino no podrá verse afectado el principio de unidad familiar. A efectos de evaluar la afectación de la unidad familiar se puede recurrir a la ya vista regulación que la ley efectuó en el art. 21 y su reglamentación.

Refiere el reglamento que el agente que al ser declarado en disponibilidad absoluta se hallara en uso de licencia por razones de enfermedad, deberá continuar en el goce de ésta hasta tanto la Dirección de Reconocimientos Médicos le otorgue el alta. En tales casos, la tramitación de las respectivas licencias se efectuará por intermedio del organismo sectorial de personal.

En cuanto a las licencias sin goce de sueldo o con goce parcial de éste concedidas con anterioridad, la reglamentación dispone que mantendrán su vigencia hasta la expiración del término acordado, sin opción de su limitación por parte del interesado, aun cuando el agente sea declarado en disponibilidad absoluta.

Por último refiere el decreto que el agente que, encontrándose en disponibilidad absoluta, se le dictamine su incapacidad psicofísica, será dado de baja, sin que obste su situación de disponibilidad.

4. Alcances. Jurisprudencia

4.1. Conceptualización jurisprudencial

La estabilidad del empleado público es el derecho equivalente al que protege al trabajador privado contra el despido arbitrario. Ha dicho la Cámara Nacional del Trabajo, sala 6ª, en autos “Fariás, Angélica v. Instituto de Obra Social para el Personal de los Ministerios de Bienestar Social y Trabajo” que “en todo contrato por tiempo indeterminado, sea en el régimen público o en el privado, la estabilidad es un derecho constitucionalmente protegido y en este sentido el art. 14 bis, CN, prevé, con carácter genérico, la protección contra el despido arbitrario y, para los empleados públicos, el derecho a la estabilidad que se satisface con el otorgamiento de un resarcimiento equitativo”¹⁷.

El voto del Dr. Negri, magistrado integrante de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, nos da una conceptualización del derecho a la estabilidad que consideramos representativa de la opinión de dicho tribunal, al decir que “el derecho a la estabilidad en el empleo constituye un derecho fundamental del agente público que consiste en el derecho a no ser privado o separado del empleo o cargo, y puede ser propia o impropia, siendo la primera aquella que no puede ser reemplazada por una indemnización y que sólo desaparece por causas no previstas en la ley. En cambio la impropia o relativa, es la que puede ser reemplazada por una indemnización”¹⁸.

4.2. Derecho de carácter operativo no absoluto

En cuanto al carácter programático u operativo de este derecho constitucional la Corte Suprema, en autos “García, Raúl y otros v. Provincia de Santa Fe”, se inclinó por su aplicación directa, sin necesidad del dictado de una norma legal efectivizante, enfatizando que, en su recto sentido, la norma que asegura la estabilidad de los empleados públicos proscribela ruptura inmotivada del vínculo y es así susceptible de autónomo acatamiento por las autoridades administrativas¹⁹.

Tanto antes como después de la reforma constitucional bonaerense del año 1994, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires sostuvo la operatividad de este derecho, al decir que “el derecho a la estabilidad en el empleo es una garantía inmediatamente operativa consagrada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional y, aun antes, por el art. 90 de la Constitución de la Provincia, que proscribela ruptura inmotivada del vínculo”²⁰.

¹⁷ Publicado en DT 1998-B-1503.

¹⁸ Sup. Corte Bs. As., 27/5/1997, B-55.064, “Gullini, Marcelo y otros v. Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos s/demanda contencioso administrativa”.

¹⁹ Corte Sup., Fallos 261:361. En igual sentido, Corte Sup.; Fallos 269:230, 234. Este criterio fue reiterado por la Corte en la causa “Madorrán” que se analizará *ut supra* en extenso.

²⁰ Sup. Corte Bs. As., 27/2/1990, B-49.741, “Rival, Marcelo v. Municipalidad de San Isidro s/demanda contencioso administrativa”. En el mismo sentido, 24/11/1987, B-48.994, “Bongiovani y sus acumulados v. Municipalidad de Tres de Febrero s/demanda contencioso administrativa”. Luego de la reforma constitucional provincial reiteró el criterio en 3/5/2000, ac. 70.779, “Miguel, Elba Noemí v. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/indemnización por despido injustificado”; 25/10/2000, ac. 74.511, “Ucar, José Gerónimo v. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/despido injustificado”.

Más allá de la operatividad del derecho consagrada por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, el tribunal estableció en su doctrina que respecto del derecho a la estabilidad en el empleo público la norma reglamentaria del art. 14 bis de la Constitución Nacional no consagra un derecho absoluto, sino que establece un derecho subjetivo debilitado que debe ceder frente al interés público. Dijo la Corte: “La garantía de estabilidad en el empleo no constituye un derecho absoluto sino relativo, perdiendo su cabal sentido cuando se los desvincula de los demás aspectos de la relación jurídica y, en especial de la carrera administrativa”²¹.

Así, en autos “Sacomani” dijo la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: “El derecho a la estabilidad en el empleo público no es absoluto, pues admite restricción cuando el interés público así lo exige. De allí que la Administración Pública no se encuentra obligada a mantener perpetuamente a un agente público en un cargo si en tal posición la prestación no resulta indispensable para el servicio”²².

4.3. *La estabilidad de los agentes nombrados irregularmente*

Los nombramientos irregulares son aquellos que se han efectuado sin dar cumplimiento a los requisitos dispuestos por el ordenamiento jurídico, alterando los fines de las normas que tienden a garantizar el ingreso por idoneidad que justifica tanto el derecho a la estabilidad como a la carrera administrativa.

En líneas generales, son irregulares los nombramientos efectuados en transgresión de lo establecido en la ley 10.430, habiendo considerado la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que también se encuentran viciados aquellos en los que el ingreso del agente no se produce en una categoría correspondiente a la clase inicial que involucra a la función a cubrir o cuando se efectúa directamente en un cargo jerárquico²³.

Es jurisprudencia pacífica de esa Corte que las designaciones irregulares no otorgan el derecho a permanecer en el empleo y pueden ser dejadas sin efecto por la sola comprobación de la existencia del vicio en el nombramiento, sin que el mero transcurso del tiempo pueda ser útil para su subsanación²⁴. Así no resultaría afectado el derecho a la estabilidad de un agente estatal cesanteado, cuando su nombra-

²¹ Sup. Corte Bs. As., 7/7/1992, B-50.449, “Pinto, Carlos v. Municipalidad de Lomas de Zamora s/demanda contencioso administrativa”. Igual criterio, 11/6/1991, B-50.863, “Vera, Laura E. v. Municipalidad de La Plata s/demanda contencioso administrativa”.

²² Sup. Corte Bs. As., 8/6/2005, B-59.134, “Sacomani, Eduardo Omar v. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud) s/demanda contencioso administrativa”. Dijo la Corte en autos “Cambiaso, Dora Miryam v. Municipalidad de Gral. Alvarado s/demanda contencioso administrativa” que “el empleado o funcionario es para el empleo o la función y por ello la Administración Pública no se encuentra obligada a mantener perpetuamente a un agente público en un cargo si el mismo no es indispensable para el servicio pues el derecho a la estabilidad no es absoluto, sino un derecho subjetivo debilitado que, como tal, se abate cuando el interés público lo exige”, 9/6/1992, B-52.052.

²³ Sup. Corte Bs. As., 10/6/1997, B-52.049, “Ghedini, Sergio Andrés v. Municipalidad de Morón s/demanda contencioso administrativa”; 17/2/1998, B-57.348, “Baldovino, Armando F. v. Municipalidad de Azul s/demanda contencioso administrativa”; 29/12/1997, B-54.753, “Bajcura, Ana Inés v. Municipalidad de Moreno s/demanda contencioso administrativa”.

²⁴ Sup. Corte Bs. As., 16/7/1991, B-51.854, “Boades, Graciela Josefa v. Municipalidad de Tigre s/demanda contencioso administrativa”; 29/2/2000, B-51.566, “De Santis, Gerardo v. Municipalidad de Lomas de Zamora s/demanda contencioso administrativa”.

miento fue irregular, dado que aquélla es una garantía formal que ampara sólo a las designaciones que se relacionan con la carrera administrativa o regulares²⁵.

En autos "Grabois" dijo la Corte: "Si la irregularidad de la designación que impidió al accionante adquirir estabilidad en el empleo, resulta del incumplimiento de la norma estatutaria que rige el ingreso de los agentes a sus respectivos cargos, no pueden invocarse derechos subjetivos al amparo de la idoneidad personal acreditada con prueba rendida en autos. Ello así porque la adquisición de los derechos resulta del proceso impuesto por la normativa aplicable en el que, además pueden participar otros profesionales de análoga idoneidad"²⁶.

4.4. *La estabilidad de las designaciones interinas o provisorias*

Como ya vimos en el capítulo de esta obra referido al ingreso, según el art. 6°, LEPBA, todo nombramiento es provisional hasta tanto el agente adquiere estabilidad, luego de cumplidos los seis meses de servicio activo.

Transcurrido el citado plazo, sin que la Administración proceda a manifestar su oposición fundada y notificarla, el agente adquiere el derecho constitucional a la estabilidad en el empleo público al que accedió. Esta adquisición opera en forma automática por el simple transcurso del plazo dispuesto legalmente para efectivizar la estabilidad. La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dijo: "El empleado que se ha desempeñado por un prolongado lapso, y durante el cual ha cumplido dos veces el período de prueba, bien puede considerar a tal transcurso del tiempo, como ingrediente natural de una estabilidad en el empleo así alcanzada"²⁷.

Tiene establecido dicha Corte que las designaciones con carácter interino o provisorio no generan estabilidad en el empleo, pudiendo ser limitadas por la autoridad competente por razones discrecionales de servicio en virtud de su precariedad²⁸.

4.5. *La estabilidad del personal de planta temporaria*

En el contexto de las políticas de flexibilización laboral importadas como recetas infalibles del mercado, fue una práctica común, durante la pasada década del 90, entre las administraciones provinciales y municipales, recurrir a figuras contractuales sin estabilidad para cubrir las plantas de personal de sus organizaciones. Estas modalidades han sido sistemáticamente atacadas por aquellos agentes que, luego de una continuidad laboral a fuerza de sucesivas contrataciones anuales o semestrales, se encuentran con la decisión imotivada de no renovación del convenio, implicando en la práctica un despido injustificado que pone fin a esa relación.

²⁵ Sup. Corte Bs. As., 23/6/1987, B-49.776, "De Lillo, Romualdo Pascual v. Municipalidad de Almirante Brown s/demanda contencioso administrativa"; 14/6/1994, B-49.987, "Alfaro, Martín y otros v. Municipalidad de Lomas de Zamora s/demanda contencioso administrativa".

²⁶ Sup. Corte Bs. As., 3/3/1992, B-51.891, "Grabois, Hugo A. v. Municipalidad de Tigre s/cesantía".

²⁷ Sup. Corte Bs. As., 29/2/2000, B-51.566, "De Santis, Gerardo v. Municipalidad de Lomas de Zamora s/demanda contencioso administrativa".

²⁸ Sup. Corte Bs. As., 13/5/1988, B-49.818, "Batinic, Bejan v. Municipalidad de Vicente López s/demanda contencioso administrativa"; 31/5/1998, B-49.821, "Materi, Aníbal v. Municipalidad de Vicente López s/demanda contencioso administrativa".

La mayoría de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha mantenido un claro criterio en contra de la posibilidad de adquirir el derecho a la estabilidad por parte de los agentes, por el sólo paso de los años y los contratos sucesivos.

En autos "Iori", la mayoría del Tribunal, siguiendo el voto del Dr. Daniel Soria, dijo: "Por su condición jurídica de agente de planta temporaria, la actora no ha podido consolidar una relación de empleo estable ni aspirar a ejercer un derecho a ella por transformación de la preexistente situación de revista. Por tal razón, deviene impropio contar el tiempo de servicios que ha prestado bajo tal régimen, a los fines de pretender modificar la naturaleza de su situación estatutaria"²⁹.

La postura reseñada fue aplicada en autos "Taglia", al decir el juez Pettigiani que "en el marco establecido por su condición jurídica de agente de planta temporaria, la actora no ha podido consolidar una relación de empleo estable ni aspirar a ejercer un derecho a ella por transformación de la preexistente situación escalafonaria. Es decir que, en el caso, el mero transcurso del tiempo no puede trastocar por sí la situación de revista de quien ha ingresado como empleado transitorio y no ha sido transferido a otra categoría por acto expreso de la Administración"³⁰.

Una postura contraria a la expuesta, sostenida en minoría por el magistrado Negri, considera que el lapso trabajado por un agente en calidad de temporario es útil a los efectos de adquirir derecho a permanecer en su respectivo empleo, ya que estas designaciones generan una situación que resulta asimilable a la del personal estable.³¹ Advierte que, si bien no cabe duda que el derecho a la estabilidad en el empleo no posee el carácter de absoluto, sus normas reglamentarias no pueden llegar a alterarlo, lo que sucede con su aniquilamiento sustancial.

En autos "Batista", este magistrado afirmó, también en minoría, que "si se trata de una relación de empleo que resulta asimilable a la del personal de planta permanente con estabilidad mereciendo sucesivas designaciones como personal mensualizado, en virtud de lo cual surge que la conducta municipal se manifiesta como un ejercicio abusivo de sus facultades para designar agentes temporariamente frustrando ilegítimamente el derecho a la estabilidad, corresponde ordenar la reincorporación del agente"³².

Otro de los argumentos para negar tal derecho consiste en afirmar que existe por parte del agente un conocimiento y sometimiento al régimen laboral que no le garantiza la estabilidad, no procediendo su posterior reclamación por ir en contra de sus propios actos. Así dijo la Corte: "Si el agente se sometió voluntariamente y sin reservas a un régimen estatutario que no le garantizaba la estabilidad en su empleo

²⁹ Sup. Corte Bs. As., 18/2/2004, B-57.741, "Iori, Mirta Leonor v. Municipalidad de Avellaneda s/demanda contencioso administrativa". Antecedentes en igual sentido: 10/9/2003, B-57.700, "Montes de Oca, Beatriz y otro v. Municipalidad de Magdalena s/demanda contencioso administrativa"; 1/3/2006, B-61.215, "Zocchi, Sonia v. Municipalidad de Castelli s/demanda contencioso administrativa".

³⁰ Sup. Corte Bs. As., 2/5/2007, B-57.107, "Taglia, Rosana Patricia v. Municipalidad de Avellaneda s/demanda contencioso administrativa".

³¹ Sup. Corte Bs. As., 11/8/1987, B-49.890, "Villalba"; 31/5/1988, B-50.547, "Zaragoza"; 1/3/2006, B61.215, "Zocchi"; 10/8/2005, B-61.533, "Díaz"; 2/12/1997, B-56.750, "Baez"; 10/9/2003, B-57.700, "Montes de Oca"; 11/4/1995, B-54.512, "Pertusi", entre otras.

³² Sup. Corte Bs. As., 12/5/1998, B-54.753, "Batista, María v. Municipalidad de Moreno s/demanda contencioso administrativa".

—personal contratado temporariamente— no puede reclamar los derechos emergentes de esa garantía de estabilidad sin violentar el principio que impide a un sujeto contravenir sus propios actos anteriores, libres y jurídicamente relevantes”³³.

Explica Mairal³⁴, citando a Enneccerus, que a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esta conducta interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe.

Consideramos que en estos casos los contratados no actuaron con la libertad que presume el presente tribunal, no pudiendo ser aplicable a una relación de tamaña disparidad la aplicación de la teoría de los actos propios que habilita el rechazo de pretensiones contradictorias con la conducta pasada del pretensor, cuando afectan la buena fe o vulneran la confianza que terceros depositaron sobre dicha conducta previa.

El objetivo buscado por la teoría de los propios actos puede ser doble: por un lado, persigue la sanción de la mala fe, impidiendo la contradicción que encubre un comportamiento éticamente reprobable y, por el otro, amparar las apariencias jurídicas, descalificando la defraudación de las expectativas de los terceros. Dice Mairal: “El fundamento de la doctrina de los propios actos aparece así bifurcado. Por una parte, se invocan en su apoyo los principios de buena fe, lealtad y probidad, poniendo así de resalto consideraciones valorativas que parecerían enfocar la intención de las partes. Por la otra se sostiene que la conducta produce efectos independientemente de la intención del actor, ya que debe protegerse la confianza que los terceros puedan haber depositado en la apariencia creada por tal conducta: de allí la necesidad de hablar, en estos casos, de buena fe objetiva, entendida como lealtad de conducta en las relaciones con los otros sujetos, y que resulta vulnerada por la sola discordancia entre la apariencia creada y la ulterior pretensión de quien le dio origen, más allá de sus motivos, intenciones u otros procesos mentales”³⁵.

Es asentado el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires sobre la estabilidad de los agentes de planta temporaria, afirmando, a este respecto, que “el personal de planta temporaria (agentes mensualizados y jornalizados) se halla incorporado a un régimen de excepción que los aparta de las normas generales aplicables a los agentes públicos regidos por el respectivo estatuto, no poseyendo más estabilidad en el empleo que la que surge del acto de designación”³⁶.

³³ Sup. Corte Bs. As., 26/2/1991, B-50.208, “Deheza, Hipólito v. Municipalidad de Esteban Echeverría s/demanda contencioso administrativa”.

³⁴ MAIRAL, Héctor A, *La doctrina...*, cit.

³⁵ MAIRAL, Héctor A, *La doctrina de los propios actos y la Administración Pública*, Depalma, Buenos Aires, 1988, p. 14.

³⁶ Sup. Corte Bs. As., 31/5/1988, B-50-547, “Zaragoza, Jacinta v. Municipalidad de H. Yrigoyen s/demanda contencioso administrativa”; 16/11/1993, B-51.827, “Palacios, Stella Maris v. Municipalidad de Brandsen s/demanda contencioso administrativa”; 11/4/1995, B-54.512, “Pertusi, Rodolfo Raúl v. Municipalidad de La Plata s/demanda contencioso administrativa”; 11/8/1987, B-49.890, “Villalba, Abel v. Municipalidad de Esteban Echeverría s/demanda contencioso administrativa”; 2/12/1997, B-56.750, caratulada “Baez, Juan Ignacio v. Municipalidad de la Costa s/demanda contencioso administrativa”; 12/5/1998, B-54.753, “Batista, María Luisa v. Municipalidad de Moreno s/demanda contencioso administrativa”; 31/8/1999, B-57.364, “Capuano, Olga v. Municipalidad de Olavarría s/demanda contencioso administrativa”.

4.6. *La estabilidad frente a los beneficios previsionales*

El conflicto entre el derecho a la estabilidad y el derecho a la jubilación de los empleados estatales entra en conflicto cuando un agente retirado, que se encuentra beneficiado con un haber previsional, ingresa a desarrollar tareas en la Administración Pública.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho: “Dentro de los límites establecidos a la estabilidad administrativa —impuesto como una razonable coordinación entre el interés privado y el interés público en la renovación de los cuadros de la Administración— se incluye el fijado temporalmente a ese derecho en función de la posibilidad en que se halla el agente de obtener un beneficio previsional. Por ello, carece de andamio la pretensión de gozar de estabilidad en el empleo, y paralelamente, percibir un beneficio previsional”³⁷.

La ley 11.184 prorrogó el plazo de emergencia administrativa, financiera y económica de la totalidad de los organismos bonaerenses y estableció un régimen de reconversión administrativa para la provincia de Buenos Aires, buscando racionalizar las estructuras del Estado y optimizar recursos y servicios. En este contexto reguló en su título II lo concerniente a los recursos humanos, disponiendo la facultad de la provincia de reasignar personal y crear un régimen jubilatorio de excepción, un régimen de pasividad anticipada y un sistema de retiro voluntario.

El régimen de pasividad anticipada establece la posibilidad para aquellos agentes a los que les resten menos de dos años para estar en condiciones de obtener la jubilación ordinaria, de cesar su obligación de prestar servicios pasando automáticamente a situación de pasividad con goce parcial de haberes.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, respecto de este régimen, consideró que es una facultad del legislador sustituir el derecho a la estabilidad por un régimen especial de pasividad creado por ley. Así dijo: “El régimen de la pasividad anticipada como el retiro voluntario son instituciones específicas destinadas a lograr la finalidad que la ley 11.184 establece en su art. 2º, aplicables a los supuestos de los agentes que no se hallen en condiciones de jubilarse, pues, en tales casos, el organismo que hubiere adherido a la ley se encuentra facultado para disponer su cese a los fines previsionales. En ambos supuestos la Administración sustituye el derecho a la estabilidad mediante la percepción de un haber disminuido hasta que el agente se encuentre en condiciones de jubilarse o bien, en el caso del retiro voluntario, una indemnización por la extinción de la relación de empleo que no puede reanudarse hasta pasados cinco años. Para acogerse a los beneficios aludidos es menester gozar del derecho a la estabilidad”³⁸.

La ley 11.685 dispuso declarar de interés provincial la reorganización de las estructuras administrativas y la racionalización y el ordenamiento eficaz de los recursos humanos de las municipalidades de la provincia. Esta norma faculta a las comunas bonaerenses a disponer del personal, en el ejercicio del poder de policía de emergencia, en forma tal de redimensionar racionalmente sus estructuras y planteles. Al igual que su predecesora, incorpora a la relación de empleo público municipal

³⁷ Sup. Corte Bs. As., 20/9/1988, I-1232, “Zaitegui, Julio s/inconstitucionalidad del decreto 4306/1984”.

³⁸ Sup. Corte Bs. As., 29/12/1997, B-54.817, “Bajcura, Ana Inés v. Municipalidad de Moreno s/demanda contencioso administrativa”.

la jubilación obligatoria, un régimen de pasividad anticipada y un sistema de retiro voluntario.

En relación con el régimen de esta ley dijo la Corte: “La indemnización prevista por la ley 11.685 importa sustituir el derecho a la estabilidad del agente público cuando se configuran las circunstancias previstas en la norma, es decir, cuando se produce la extinción de la relación de empleo, ya sea por el régimen del retiro voluntario; de pasividad anticipada y cuando el agente se halle en condiciones de obtener un beneficio jubilatorio. Tales pautas son aplicables, también, a quienes gocen de un beneficio jubilatorio. No resulta aceptable entender que quien se encuentra gozando de un beneficio jubilatorio pueda obtener otra prestación sustitutiva del derecho a la estabilidad”³⁹.

4.7. Los traslados frente al derecho a la inamovilidad

Aquí veremos el criterio del Máximo Tribunal provincial sobre los límites de las facultades de organización de la Administración Pública frente al derecho a la estabilidad; en el caso, analizando si tal garantía puede verse menoscabada por la decisión de la autoridad competente de trasladar al agente a otra función u organismo.

La estabilidad del agente estatal no acarrea necesariamente la inamovilidad en el cargo, ya que la primera garantía hace referencia a la permanencia en el empleo; en cambio, la segunda atañe al lugar físico donde la función será desarrollada por el empleado público. Así ha dicho la Suprema Corte: “En principio, y salvo el supuesto de cargos cuya índole no admite el ejercicio en otro lugar, no puede sostenerse la inamovilidad de los agentes públicos ante la innegable facultad que tiene la Administración para trasladarlos”⁴⁰.

Sí es un requisito esencial la especial motivación del acto que determina un traslado de personal. En palabras de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: “El acto impugnado carece de fundamentación adecuada pues no satisface los recaudos que sobre el particular exige el ordenamiento legal para legitimar el traslado del personal, ya que está en juego la garantía constitucional de la estabilidad del empleo público”⁴¹.

En la misma causa luce la opinión del ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, Dr. Daniel Soria, para quien: “Dada la inexistencia de identidad predicable entre la estabilidad del empleado público (permanencia en el empleo) y la inamovilidad en el cargo (lugar donde la función o empleo serán ejercidos), en principio, y salvo supuesto de funciones dotadas de cierta singularidad, los traslados de personal no producen *per se* menoscabo al derecho consagrado en el art. 103, inc. 12 de la Constitución (cfr. arts. 103, inc. 3º, y 144, Const. prov.). Mas, desde

³⁹ Sup. Corte Bs. As., 11/6/2003, B-57.780, “Stefancik, Andrés v. Municipalidad de General Pueyrredón s/demanda contencioso administrativa”.

⁴⁰ Sup. Corte Bs. As., 9/3/1999, B-57.002, “González, Graciana Ester v. Municipalidad de La Matanza s/demanda contencioso administrativa”.

⁴¹ Sup. Corte Bs. As., 8/6/2005, B-59.134, “Sacomani, Eduardo Omar v. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud s/demanda contencioso administrativa)”.

luego, ello supone un ejercicio legítimo de las amplias potestades de organización con que cuenta la Administración Pública”⁴².

5. La estabilidad propia e impropia luego de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Madorrán”

Existen dos formas de entender el derecho a la estabilidad del empleo público: una, considerando que implica el derecho que se reconoce al trabajador de continuar en su empleo hasta cuando pueda y quiera hacerlo (estabilidad propia); y la otra, que permite la separación del agente de su cargo, transformándose en un derecho indemnizatorio (estabilidad impropia).

La Corte federal dispuso que el derecho a la estabilidad, al igual que los demás derechos que consagra la Ley Fundamental, no es absoluto y debe ejercerse de conformidad con las leyes que lo reglamentan y en armonía con los demás derechos individuales y atribuciones estatales establecidos con igual jerarquía por la Constitución Nacional⁴³.

También sentó como criterio jurisprudencial que la estabilidad del empleado público no importa un derecho absoluto a la permanencia en la función sino el derecho a una equitativa indemnización cuando, por razones que son de exclusiva incumbencia, el Poder Legislativo decide suprimir un empleo o el Poder Ejecutivo resuelve remover a un empleado sin culpa de este último⁴⁴.

Esta doctrina judicial ha sido criticada por varios autores, pero, al decir de María Castellucci: “...Una atenta lectura de los fallos del Alto Tribunal en relación al tema permite advertir que la posibilidad de sustituir el derecho a la estabilidad (o a la permanencia en el cargo por una indemnización) sólo resulta viable en la medida en que una ley lo disponga, vale decir, que el Poder Ejecutivo no puede disponer *per se* el cese incausado de los agentes públicos y reconocer el derecho a una indemnización a favor de éste, sosteniendo, si bien en un aislado fallo que en el contrato de empleo o de función pública debe ser nota esencial la estabilidad propia”⁴⁵.

Esta tradición jurisprudencial de la Corte Suprema fue modificada sustancialmente con el dictado, el 3 de mayo de 2007, de la sentencia en la causa “Madorrán, Marta Cristina v. Administración Nacional de Aduanas s/reincorporación”⁴⁶.

En el caso, el Máximo Tribunal limitó la cuestión a resolver al análisis del régimen de un convenio colectivo de trabajo que disponía una indemnización frente a la ruptura de la relación y su compatibilidad con la estabilidad del empleado público dispuesta en el art. 14 bis de la Constitución Nacional (consid. 3°).

Reseña el Tribunal el origen en el constitucionalismo social de la protección del trabajador, tanto público como privado, haciendo hincapié en la diferente protección que la norma establece para el primero, mediante la “estabilidad del empleado público”, y para el trabajador privado, a través de la “protección contra el despido

⁴² Sup. Corte Bs. As., 8/6/2005, B-59.134, “Sacomani, Eduardo Omar v. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Salud s/demanda contencioso administrativa)”.

⁴³ Corte Sup., Fallos 254:169; 270:299.

⁴⁴ Corte Sup., Fallos 272:99 y 120; 274:397; 280:311; 283:340.

⁴⁵ CASTELLUCCI, María T., “La situación de los empleados temporarios frente a la estabilidad consagrada constitucionalmente”, RAP, año I, nro. 6, Buenos Aires, septiembre de 2003, p. 9.

⁴⁶ Corte Sup., M. 1488.XXXVI.

arbitrario" (consid. 4°). Así dijo: "Esto último es así pues, si bien es cierto que el art. 14 bis, comprende al trabajo 'en sus diversas formas', lo cual entraña tanto al que se desarrolla dentro del campo de la actividad privada como de la pública, no lo es menos que los dos períodos normativos antes destacados encuentran su explicación precisamente en distinguir entre los mentados ámbitos, para los cuales se prevé un diferente grado de estabilidad en el empleo".

Afirma que no procede interpretar que la estabilidad que se garantiza a los trabajadores del Estado (propia) pueda ser suplida por una indemnización que proteja al agente contra el despido arbitrario (impropia), pues en ese caso el constituyente habría redactado un artículo de la Carta Magna, referido a un derecho fundamental, en forma repetitiva y superflua. Aun si todavía existieran dudas razonables sobre su interpretación, considera la Corte Suprema que es aplicable el principio que reza *in dubio pro justitia socialis* (consid. 5°).

La vulnerabilidad del derecho a la estabilidad desconoce la intención de los constituyentes de eliminar la disposición de los cargos administrativos como botón de guerra, obstaculizando además los fines para los cuales existen las instituciones donde los agentes se desempeñan, y deteriorando la función pública (consid. 6°).

Luego de estas consideraciones históricas previas afirma el Tribunal: "La llamada estabilidad propia resulta el medio que guarda mejor correspondencia con los propósitos constitucionales últimamente recordados. Sustituir la reinstalación que pretende el agente injustificada o incausadamente segregado por una indemnización, dejaría intacta la eventual repetición de las prácticas que la reforma de 1957 quiso evitar, con sus notorios y contraproducentes efectos, e introduciría, a la vez, una evidente carga sobre la bolsa estatal" (consid. 7°).

Ahora, esta estabilidad propia beneficia también al Estado empleador, ya que, si el empleado fue seleccionado cumpliendo el requisito de idoneidad requerido por el art. 16, CN, debiera ser de interés público contar con un trabajador capacitado. Para el caso que no cumpla con el requisito de idoneidad para desarrollar la función de su cargo, justificará el cese mediante el procedimiento dispuesto legalmente.

En cierta forma, la Corte vincula de manera rígida la garantía de estabilidad con el ingreso del agente mediante un proceso de selección que garantice su idoneidad en cumplimiento del art. 16, CN.

Luego, recuerda la sentencia la protección internacional de los trabajadores a través de la incorporación de tratados de derechos humanos; éstos impulsan la progresividad en la efectividad de esos derechos y reconocen el principio *pro homine* y la dignidad del trabajador (consid. 8°).

Analiza la Corte la aparente oposición entre la estabilidad propia (art. 14 bis, CN) y las facultades del Poder Ejecutivo de nombrar y remover a sus empleados (art. 99, incs. 1° y 7°, CN), considerando que estas últimas deben ser armonizadas con el respeto a aquella estabilidad y que es constitucional la atribución del Poder Judicial de imponer a la Administración la obligación de reincorporar a un agente ilegalmente exonerado o dejado de lado por ésta (consid. 9°).

Interpreta que la relatividad del derecho a la estabilidad justifica la posibilidad de desvincular a empleados públicos cuando existan causas razonadas y justificadas para hacerlo, para concluir que "la estabilidad del empleado público preceptuada por el art. 14 bis de la Constitución Nacional significa, a juicio de esta Corte y dentro del contexto en cuestión, que la actora no pudo válidamente ser segregada de su empleo

sin invocación de una causa justificada y razonable, de manera que su reclamo de reinstalación resulta procedente” (consid. 11).

6. La estabilidad sindical

La ley 23.551 establece en los arts. 47 a 52 de su capítulo XII todo lo atinente a la tutela sindical.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha declarado su incompetencia para entender en causas en las que se encuentre afectada la especial protección dispuesta por la Ley de Asociaciones Sindicales. Así ha dicho: “El conocimiento y decisión acerca de la pretensión sustentada en la garantía de estabilidad sindical, fundamentada en la ley 23.551 (y ley 22.105), no son propios de la competencia que esta Corte tiene transitoriamente atribuida sobre la materia contencioso administrativa habida cuenta la índole laboral —no administrativa— de los derechos consagrados por las normas de tutela sindical insertas en esas leyes —que no forman parte del derecho público local—, aun cuando se las invoque en el marco de relaciones de empleo público”⁴⁷.

Así, consideró la mayoría en autos “Faraci” que si la relación de empleo adoptó la modalidad establecida para la planta temporaria “prolongándose a través de sucesivos decretos de mensualización, el dependiente carece de acción para reclamar la reinstalación en su puesto de trabajo sin estabilidad con sustento en la ley sindical pues, dicha regulación específica de la ley 23.551 no puede tener el efecto mágico de transformar un vínculo jurídico agotado como personal de planta temporaria en agente de planta permanente, siendo que en ese aspecto son de aplicación las normas de derecho público administrativo antes citadas”.

III. EL DERECHO A LA CARRERA ADMINISTRATIVA

1. Concepto

El derecho a la carrera administrativa en nuestra provincia ha sido reconocido expresamente mediante su inclusión en el texto constitucional que, al regular las atribuciones del Poder Legislativo, dispuso que le corresponde a este poder: “Organizar la carrera administrativa con las siguientes bases: acceso por idoneidad, escalafón, estabilidad, uniformidad de sueldos en cada categoría e incompatibilidades” (art. 103, inc. 12, Const. prov.).

El concepto de carrera administrativa, en la visión del constituyente, abarca desde el ingreso del agente por idoneidad, pasando por la estabilidad y el escalafón, hasta la uniformidad de sueldos en cada categoría e incompatibilidades. El originario derecho al ascenso, producto de la estructura piramidal del Estado, fue progresivamente ampliado hasta llegar a concepciones abarcativas de varias situaciones que se presentan durante la relación de empleo público y que buscan proteger un desarrollo formal y material dentro de las funciones del trabajador estatal.

⁴⁷ Sup. Corte Bs. As., 12/9/2001, B-63.027, “Zacarías, Daniel v. Municipalidad del Partido de Gral. Pueyrredón s/acc. de reinst. cuestión de comp.”, I; 31/10/2001, B 63.167, “Durringer, Norberto v. Banco de la Provincia de Bs. As. s/indemnización por despido. Cuestión de competencia art. 6° CCA”.

Es por ello que los efectos de la constitucionalización de este derecho se reflejan en diferentes circunstancias y etapas de la relación de empleo público, comenzando en su inicio a través de la exigencia de procedimientos de selección que garanticen la mayor idoneidad del elegido y finalizando en la concreción de la igualdad de remuneración con los pares de categoría.

En este punto, considerando que los requisitos de idoneidad para el ingreso como el derecho a la estabilidad ya fueron analizados y que las garantías de protección de la igualdad salarial serán vistas más adelante, nos detendremos en el desarrollo del núcleo duro de este derecho, esto es, la posibilidad de correr la carrera y avanzar dentro de los distintos niveles en que se divide jerárquica y retributivamente la Administración Pública.

Como lo explica Bartolomé Fiorini, el empleado público adquiere tal estado jurídico a partir de su designación, implicando su ubicación dentro del escalafón (grupo, clase y categoría) y el reconocimiento del efectivo ejercicio de las funciones que se le han investido en el cargo. En sus palabras: "El derecho a la carrera es la posibilidad de gozar de todas las situaciones que reconoce el estatuto, distinguiéndose el ascenso dentro de los distintos grados y situaciones establecidas en el escalafón que es un elemento de carácter sustancial, puesto que rige en los estatutos y contratos colectivos estatales"⁴⁸.

2. La carrera administrativa en la ley de empleo público provincial⁴⁹

2.1. Definición legal

Define la ley 10.430 al derecho constitucional en cuestión diciendo, en su art. 31, que la carrera del agente será la resultante del progreso en su ubicación escalafonaria, mediante el cambio a los distintos niveles y el acceso a las funciones tipificadas como ejecutivas en los términos de la reglamentación.

La norma reglamentaria del derecho a la carrera administrativa no ha tomado la amplia conceptualización realizada por el constituyente, limitándose a reglamentar el derecho de los trabajadores públicos a avanzar por los andariveles escalafonarios establecidos por la ley. Esto no quiere decir que el derecho a la carrera administrativa, tal como fuera establecido en la Constitución bonaerense, no sea operativo. Por el contrario, el resto de sus alcances se hallan implícitos en el sistema creado por la ley.

Las disposiciones rectoras de este concepto limitado de carrera administrativa fueron incluidas en el siguiente artículo de la ley, al decir que ésta se regirá por las disposiciones del escalafón sobre la base del régimen de calificaciones, antecedentes y requisitos que aquél y su reglamentación determinen.

Agrega el legislador en el propio art. 32 que el personal permanente tiene derecho a igualdad de oportunidades para optar a cubrir cada uno de los niveles previstos. Puede a tal fin postularse por sí para la cobertura de vacantes en el nivel inmediato superior al que revista y solicitar la apertura del concurso respectivo dentro de los

⁴⁸ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*.... cit., ps. 808 y ss.

⁴⁹ DE SANTIS, Gustavo J., "Derecho a la carrera administrativa", en BASTONS, Jorge L. (dir.), *Empleo público*. cit., p. 603.

plazos previstos; participar con miras a una mejor capacitación en cursos de perfeccionamiento general o específico, externos o internos a la Administración Pública provincial, cuya aprobación servirá como antecedente para la cobertura de las vacantes y acompañar aquellos elementos de juicio que a su criterio resulten de mayor utilidad a los efectos de su correcta evaluación.

2.2. El concurso público como forma de ascenso en la carrera administrativa

Aquí el derecho a la carrera administrativa y sus manifestaciones se vinculan con los ya vistos: principio de idoneidad para el acceso a los cargos y empleos públicos y procedimiento de selección de las personas que cubrirán un cargo vacante. Podemos decir que, en principio y desde un punto de vista teórico, existe la posibilidad de una contradicción o conflicto entre la obligación de la Administración de contratar a la persona que acredite mayor idoneidad para cubrir el cargo vacante y el derecho del empleado público a desarrollar su carrera dentro de la repartición accediendo a un cargo de mayor jerarquía y salario. La ley garantiza el derecho a ascender en la escala jerárquica mediante el límite impuesto al ingreso de nuevos agentes en su art. 4º, al disponer que deberán efectuarse por el nivel inferior o cargo de menor jerarquía.

Como ya vimos en el capítulo referido al ingreso, la selección del agente público debe realizarse mediante procedimientos concursales que garanticen la idoneidad de la persona seleccionada. A fin de garantizar este derecho, la ley prevé en su art. 33 la posibilidad de impugnación del concurso, aun cuando este derecho a impugnar una decisión que afecta sus intereses está especialmente reconocido en la Constitución provincial (art. 15) y reglamentado en la ley de procedimientos administrativos (capítulo XIII del dec.-ley 7647).

La ley de empleo público establece en la norma referida que todo agente podrá impugnar y/o solicitar la revisión de los concursos para la cobertura de vacantes que se hubieren llevado a cabo en su jurisdicción cuando éstos evidenciaren vicios de nulidad por el incumplimiento de las pautas fijadas en el presente régimen y su reglamentación, dentro del plazo de cinco días hábiles de haberse notificado el resultado de aquéllos.

Una primera interpretación exegética de esta norma impone considerar que cualquier incumplimiento de las pautas fijadas por la ley de empleo público y su reglamentación, en lo referido a la realización de concursos, acarrea la nulidad del proceso de selección.

El decreto reglamentario dispone que este recurso deberá ser fundado e interpuesto ante el órgano que dictó el acto atacado, que deberá resolverlo en el plazo de diez días hábiles y salvo medidas para mejor proveer, la decisión causará ejecutoria.

De la articulación de la ley y su reglamento se puede interpretar que el recurso previsto es el de revocatoria, ya que el órgano ante el que se interpone es el mismo del cual emanó el acto y el competente para resolver la impugnación.

Los recursos administrativos son procedentes para atacar actos emitidos por la Administración Pública, constituyendo además una garantía para los ciudadanos, pues mediante tales impugnaciones se manifiesta la disconformidad con la decisión del Estado que repercute desfavorablemente en la esfera del afectado. Por otra parte,

considerando que son la antesala obligatoria de la impugnación judicial, deben ser vistos como un privilegio de la Administración.

Héctor Escola, luego de analizar las definiciones doctrinarias de los recursos administrativos, destaca como uno de sus elementos diferenciales la impugnación de un acto administrativo, cumplida en vía administrativa, con el objeto de que se confirme, modifique o revoque el acto impugnado⁵⁰.

El hecho de que una ley especial, como lo es la que regula la relación de empleo público provincial, se aparte del régimen general de la ley de procedimientos administrativos nos conduce a comparar ambas regulaciones.

La primera gran diferencia es el plazo para impugnar la decisión administrativa, siendo manifiestamente menor la cantidad de días que brinda la ley de empleo (cinco días) que la prevista en el régimen general (diez días en el art. 89, dec.-ley 7647). La pregunta que se impone es cómo se debe interpretar esta reducción del plazo general a la mitad, a la luz del ya analizado principio de progresividad reconocido constitucionalmente en el art. 39 de la Constitución provincial.

2.3. La ley 13.714 de suspensión de las normas de la ley de empleo público referidas a la cobertura de vacantes

La norma que analizamos en este punto fue producto de un proyecto de ley consensuado entre los representantes del Estado provincial y de los gremios, en el marco de los trabajos, para implementar los mecanismos de negociaciones colectivas de trabajo dispuestas mediante la ley 13.453, cuyos contenidos y alcances veremos más adelante. El objetivo buscado fue resolver, mediante la implementación de un procedimiento de selección, una práctica administrativa en la que se paralizaran los concursos para cubrir los cargos vacantes debido a la omisión por parte de la Administración de realizar las evaluaciones y calificaciones que exige la ley para seleccionar a los agentes que cubrirán los cargos. La necesidad de cubrir los cargos vacantes sin alterar el normal desenvolvimiento de los servicios en las distintas reparticiones administrativas y evitar interinatos prolongados motivó la sanción de esta ley.

En su art. 1º dispone la suspensión, a partir del 1 de enero de 2007 y por el término de un año, de las normas contenidas en la ley 10.430, que se opongan a la presente y al solo efecto de la cobertura de cargos vacantes, agregando en su segundo artículo que las vacantes que se produzcan en el término referido, cualquiera sea su causa, en cargos de los diversos agrupamientos de personal de la ley citada, con excepción del jerárquico, podrán cubrirse con carácter de titular, mediante el procedimiento de selección que se establezca por vía reglamentaria. A esos fines, podrán postularse los agentes que reúnan los requisitos exigidos para la cobertura del cargo, con independencia del agrupamiento, clase y categoría en que revistan. Por último, en su tercer artículo, establece que la ley será reglamentada por el Poder Ejecutivo, dentro de los treinta días a partir de su publicación.

⁵⁰ ESCOLA, Héctor J., *Tratado general de procedimiento administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 253. Ver ABERASTURY, Pedro - DANIELIAN, Miguel, *Procedimientos administrativos*, La Ley, Buenos Aires, 1996.

2.4. Evaluación y calificación de los empleados públicos provinciales

En su art. 34, la ley de empleo público establece que el personal será evaluado por lo menos anualmente en forma permanente e integral, cualitativa y cuantitativamente. La reglamentación establecerá las normas y el procedimiento a seguir para el cumplimiento de lo normado en este artículo.

El decreto reglamentario dispone que a los efectos de la evaluación se tendrán en cuenta las disposiciones del decreto 4608/1993 o normas que lo sustituyan.

Con relación a la calificación del personal inactivo, regla el art. 35 de la ley que el Poder Ejecutivo fijará el procedimiento a seguir para determinar la calificación que corresponda a aquellos agentes que por distintas circunstancias no desempeñan los cargos de los cuales son titulares.

El decreto reglamentario refiere que a los agentes que reserven cargo en virtud de lo establecido por los arts. 23 y 109 de la ley les será asignado el último puntaje que hubieren obtenido por el desempeño en su cargo de reserva. En el caso de no contar con éste, se le consignará, como puntaje definitivo en ese cargo, la medida aritmética resultante del proceso calificadorio para el agrupamiento en que revista de la jurisdicción a la cual pertenece.

Continúa la reglamentación diciendo que los agentes que revisten en actividad pero sin prestación de servicios por estar en uso de licencia por enfermedad con goce parcial o total de haberes, licencia especial con goce de haberes, para estudios y/o actividades culturales, con goce de haberes, incorporación a las Fuerzas Armadas o de seguridad, en uso de licencia por accidente de trabajo o enfermedad profesional, serán calificados conforme al criterio utilizado en el párrafo anterior.

Las obligaciones del Estado vinculadas con la evaluación y calificación de los empleados públicos provinciales no han sido cumplidas por la Administración bonaerense, impidiendo con esta omisión el efectivo ejercicio del derecho a la carrera administrativa por parte de los trabajadores públicos.

Esta realidad ha sido expresamente reconocida en los fundamentos de la ley 13.714, al decir el legislador que "se ha meritado la circunstancia que en los últimos años no se hayan podido llevar a cabo los procesos de calificación del personal, constituyendo un obstáculo para la realización de los concursos tendientes a la cobertura de cargos".

3. La estructura escalafonaria de la Administración Pública provincial

3.1. Escalafón: agrupamientos, clases y grados

La ley establece, en su art. 134, una división general del escalafón en seis agrupamientos: servicio, obrero, administrativo, técnico, profesional y jerárquico.

El art. 135 dispone que cada agrupamiento tiene un escalafón que se desarrolla en forma vertical, integrando clases y grados, para luego definirlo en el siguiente artículo como el conjunto de clases y grados que integran la carrera del agente y que éste puede alcanzar en su desarrollo.

Las clases y los grados son definidos en el art. 137. Las primeras constituyen niveles de complejidad establecidos con base en distintos factores determinados para la evaluación de tareas y responsabilidades asociadas con su ejercicio, conducción de personal y manejo de técnicas. Los segundos constituyen subdivisiones de las

clases y definen las distintas instancias que conforma la complejidad de clase a la que pertenecen, en forma creciente, en el ejercicio de la tarea, responsabilidad y autoridad.

Al desarrollar cada agrupamiento, la ley en estudio, en primer lugar, define los agentes comprendidos, para luego desarrollar el escalafón, describiendo las tareas y funciones correspondientes a cada clase. Veamos:

3.1.1. Personal de servicio

El agrupamiento del personal de servicio comprende a los agentes que realizan tareas vinculadas con la custodia y limpieza de edificios, instalaciones y demás bienes y a los que presten atención a los otros agentes, público en general y/o cualquier otra labor afin (art. 141).

El escalafón de personal de servicio está compuesto por cinco clases y catorce grados, agrupados de la siguiente forma jerárquica:

— Clase A: comprende a los agentes que ocupan el cargo de supervisor general e incluye los siguientes grados: I, II y III.

— Clase 1: comprende a los agentes que ocupen el cargo de intendente en los respectivos planteles básicos. Su desempeño implica la responsabilidad de supervisor de personal e incluye los siguientes grados: IV, V y VI.

— Clase 2: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evaluación están presentes, en su conjunto, en un grado elevado, requiriendo su desempeño una adecuada especialización y cierto grado de decisión e incluye los siguientes grados: VII, VIII y IX.

— Clase 3: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evaluación están presentes, en su conjunto, en un grado medio, requiriendo su desempeño cierta especialización, pero sujeto a control y orientación e incluye los siguientes grados: X, XI y XII.

— Clase 4: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evaluación están presentes, en su conjunto, en un grado mínimo, no requiriendo su desempeño especialización, siendo de carácter rutinario y sujetas a permanente control y orientación e incluye los siguientes grados: XIII y XIV.

3.1.2. Personal obrero

El agrupamiento del personal obrero, según lo dispone el art. 143, comprende a los agentes que realizan tareas para cuyo desempeño se requieren conocimientos prácticos específicos de oficios, así como también al personal, que sin reunir estos requisitos, secunda a aquellos para la obtención de un resultado que compete al área.

El escalafón de este agrupamiento está compuesto por cinco clases y quince grados, agrupados de la siguiente forma jerárquica:

— Clase A: comprende al personal de máxima formación y desarrollo en su oficio en condiciones de planificar, supervisar y controlar el trabajo de operarios de un mismo oficio o varios oficios en la materialización de proyectos o trabajos definidos. Debe estar en condiciones de tomar decisiones en forma independiente sustentado en su formación y en las directivas recibidas e integrado por los siguientes grados: I, II y III.

— Clase 1: comprende al personal que prepara, distribuye, dirige y controla a un grupo de operarios de un mismo oficio, con base en la interpretación de planos, croquis y/o instrucciones recibidas de sus superiores, y que debe poseer conocimientos y experiencias en su oficio en grado tal que le permita su aplicación a los trabajos a su cargo, de manera que los resultados se ajusten a los requerimientos. Colabora con sus superiores en la programación de los trabajos a ejecutar. Es responsable de la supervisión del personal a su cargo, de la correcta ejecución de los trabajos, de la conservación de máquinas y útiles de trabajo y del normal abastecimiento de materiales y elementos indispensables para la realización de las tareas. Debe, además, orientar y enseñar la forma correcta de realización de los trabajos y ejecutar las tareas administrativas inherentes a su cargo. Incluye los siguientes grados: IV, V y VI.

— Clase 2: reúne las tareas en las cuales los factores determinantes para su evaluación están presentes, en su conjunto, en un grado elevado requiriendo su desempeño el dominio de las normas técnicas aplicables al oficio e implicando la realización de cualquier trabajo del oficio con criterio propio, por interpretación de planos o bajo instrucción superior y la responsabilidad de supervisión de personal de menor nivel. Incluye los siguientes grados: VII, VIII y IX.

— Clase 3: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evaluación están presentes, en su conjunto, en un grado medio, implicando su desempeño la colaboración inmediata con las clases superiores y la realización de todas las tareas simples para las que no se necesita haber completado su formación dentro del oficio. Los ocupantes de esta clase deben poseer conocimientos básicos y prácticos en su especialidad y ligera iniciativa, pues sigue una práctica corriente uniforme en los trabajos de rutina, debiendo tomar decisiones con criterio propio, con base en las instrucciones que recibe para solucionar los imprevistos que en el desarrollo de las tareas se puedan presentar. Incluye los siguientes grados: X, XI y XII.

— Clase 4: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evaluación están presentes, en su conjunto, en un grado mínimo, requiriendo su desempeño el aporte de un esfuerzo con la atención y habilidad necesarias y sujeto a control y orientación. Constituye la etapa inicial del aprendizaje de un oficio, lo que implica la realización de los trabajos complementarios del oficio e incluye los siguientes grados: XIII, XIV y XV.

3.1.3. Personal administrativo

El agrupamiento del personal administrativo, según lo dispone el art. 145 de la ley, comprende a los agentes que realizan tareas de transferencia, manejo y/o evaluación de información en sus distintas diversificaciones, importancia y responsabilidad.

El escalafón de personal de este agrupamiento está compuesto por cinco clases y catorce grados, agrupados de la siguiente forma jerárquica:

— Clase A: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evolución están presentes, en su conjunto, en un grado máximo, implicando su desempeño un elevado grado de autonomía y especialización, conducción de grupos de trabajo, planeamiento de actividades conducentes a la ejecución de proyectos y operación de nuevas tecnologías, aplicadas al desarrollo de actividades administrativas. Incluye los siguientes grados: I, II y III.

— Clase 1: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evolución están presentes, en su conjunto, en un grado máximo, implicando su desempeño un alto grado de autonomía, la programación, coordinación y supervisión de determinados trabajos y la responsabilidad por los resultados obtenidos e incluye los siguientes grados: IV, V y VI.

— Clase 2: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evaluación están presentes, en su conjunto, en un grado elevado, implicando su desempeño un alto grado de autonomía, programación, control y supervisión de determinados trabajos, resultados y procedimientos aplicados a su ejecución e incluye los siguientes grados: VII, VIII y IX.

— Clase 3: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evolución están presentes, en un grado alto, requiriendo su desempeño conocimiento específico, criterio formado y cierta iniciativa y grado de autonomía y decisión sujetos a orientación e incluye los siguientes grados: X, XI y XII.

— Clase 4: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evaluación están presentes, en su conjunto, en un grado mínimo, implicando la realización de tareas simples y/o de rutina, auxiliares de trabajos complejos que se efectúan en el sector, sujetos a frecuente control y orientación. Incluye los siguientes grupos: XIII y XIV.

3.1.4. Personal técnico

El agrupamiento del personal técnico comprende, según lo especifica el art. 147, LEPBA, a los agentes con título, diploma o certificado de carácter técnico de enseñanza secundaria o técnica y al personal con base teórico práctica y competencia necesaria para secundar a aquéllos en la obtención del resultado que compete al área o sector.

El escalafón de personal de este agrupamiento está compuesto por cinco clases y catorce grados, agrupados de la siguiente forma jerárquica:

— Clase A: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evaluación están presentes, en su conjunto, en un grado máximo, implicando su desempeño un completo conocimiento de los desarrollos técnicos más recientes así como su implementación en situaciones laborales de la Administración. Deben estar en condiciones de planificar, supervisar y establecer pautas de control para el funcionamiento de grupos operativos técnicos en proyecto y actividades específicas. Incluye los grados I, II y III.

— Clase 1: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evaluación están presentes, en su conjunto, en un grado máximo, implicando su desempeño el dominio total de los conocimientos de su especialidad y la evaluación de los resultados obtenidos y la supervisión del personal. Incluye los siguientes grados: IV, V y VI.

— Clase 2: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evaluación están presentes, en su conjunto, en un grado elevado, requiriendo su desempeño un alto conocimiento de la especialidad o implicando la responsabilidad de supervisión de este agrupamiento de menor nivel. Se integra con los grados VII, VIII y IX.

— Clase 3: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evaluación están presentes, en su conjunto, en un grado medio, requiriendo su desempeño conocimiento específico y aplicación de normas técnicas con cierto grado de autonomía. Incluye los grados X, XI y XII.

— Clase 4: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evaluación están presentes en su conjunto, en un grado mínimo, implicando su desempeño la colaboración en tareas técnicas simples del sector, conocimientos básicos de la especialidad y aplicación de normas técnicas elementales y la realización de tareas semirrutinarias que se realizan de acuerdo con la práctica y uso pero conforme con normas y métodos preestablecidos. Además, efectuar las tareas administrativas complementarias de trabajos técnicos. Incluye los grados XIII y XIV.

3.1.5. Personal profesional

El agrupamiento del personal profesional comprende a los agentes con título de nivel universitario, debidamente matriculado en el colegio o consejo profesional respectivo, que realicen actividades propias de su profesión.

El decreto reglamentario dispone que en aquellos casos en los cuales no exista colegio o consejo profesional, no se exigirá al agente la acreditación de matrícula.

El escalafón de personal de este agrupamiento está compuesto por cinco clases y catorce grados, agrupados de la siguiente forma jerárquica:

— Clase A: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evaluación están presentes, en su conjunto, en un grado máximo, requiriendo el más alto nivel de conocimientos de la profesión. Implica un adecuado nivel de conducción de grupos operativos de profesionales de una misma profesión o de varias profesiones en la ejecución de proyectos, capacidad de planificar, supervisar y controlar la aplicación de conocimientos profesionales. El personal de esta clase debe estar en condiciones de operar las más recientes tecnologías operativas y administrativas y propender a su utilización por parte de la Administración Pública provincial. Incluye los grados I, II y III.

— Clase 1: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evaluación están presentes, en su conjunto, en un grado máximo, requiriendo el más alto nivel de conocimiento de la profesión e implicando gran autonomía en su realización, supervisión y coordinación de tareas, orientación y asesoramiento sobre procedimientos a personal de menor nivel y a autoridades superiores, en materia de su especialidad. Incluye los siguientes grados: IV, V y VI.

— Clase 2: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evaluación están presentes, en su conjunto, en un grado elevado, requiriendo su desempeño un acabado conocimiento de su profesión e implicando la supervisión de procesos, coordinación de tareas, orientación de su ejecución y control de resultados y formas de procedimientos y se integra con los grados VII, VIII y IX.

— Clase 3: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evaluación están presentes, en su conjunto, en un grado medio, debiendo efectuarse bajo directivas generales, pero pudiendo implicar coordinación de tareas de personal de este agrupamiento de menor nivel. Incluye los grados X, XI y XII.

— Clase 4: reúne las tareas en las cuales los factores determinados para su evaluación están presentes en su conjunto, en un grado mínimo, requiriendo su de-

sempañó la aplicación sólo de los conocimientos básicos de la profesión, sujeta a supervisión. Incluye los grados XIII y XIV.

3.1.6. Personal jerárquico

El art. 151, LEPBA, establece que el agrupamiento del personal jerárquico comprende a los agentes que se desempeñen como titulares de los distintos niveles orgánicos de la estructura de la Administración Pública provincial. Incluye, asimismo, a aquellos que, habiéndose desempeñado en el carácter antes señalado no se encuentren en el ejercicio de la función pero permanecen ubicados en las categorías salariales pertenecientes a dicho agrupamiento y al personal que reviste o se ha ubicado conforme a las previsiones del art. 166. Este grupo de agentes constituye el sector de apoyo del agrupamiento personal jerárquico y percibirá la bonificación por disposición permanente a que se refiere el art. 25, inc. h), con las condiciones que reglamentariamente se establezcan, sin perjuicio de las demás retribuciones que pudieren corresponderle con ajuste a la presente ley.

En el artículo siguiente la ley define su escalafón clasificando en cargos y categorías salariales: oficial principal 1 —categoría 24—, oficial principal 2 —categoría 23—, oficial principal 3 —categoría 22— y oficial principal 4 —categoría 21—.

Dentro de las funciones jerárquicas, la ley prevé en su art. 153 las tareas de subdirector, ocupadas por el cargo de oficial principal 1, y las labores de jefe de departamento, correspondiendo para tal función los cargos de oficial principal 2, 3 y 4.

El régimen legal regula en forma especial en su art. 154 las causales del cese en las funciones jerarquizadas de jefe de departamento o subdirector, siendo éstas la renuncia, la supresión del organismo o dependencia, la calificación insuficiente y la sanción de suspensión por treinta días surgida de un sumario administrativo.

3.2. Cargos y planteles

Según lo delimita el art. 138 de la ley de empleo público, el cargo constituye la definición de los requisitos, conocimientos, características especiales, tareas y responsabilidades asociados con su ejercicio. Agrega que los cargos y el nomenclador de cargos que los incluye serán aprobados por el Poder Ejecutivo.

El decreto reglamentario dispone que el nomenclador de cargos será elaborado por el organismo central de administración de personal con intervención del Consejo Asesor de Personal y elevado al Poder Ejecutivo para su aprobación. Agrega que el organismo central de administración de personal queda facultado para producir incorporaciones o modificaciones a fin de evitar vacíos administrativos, previa intervención del Consejo Asesor de Personal.

En su art. 139, la ley establece que el plantel básico es la dotación de personal cuantitativa y cualitativamente necesaria para la consecución de las misiones y para el ejercicio de las funciones inherentes a ésta. Los planteles básicos se ajustarán anualmente al presupuesto aprobado, previa intervención del organismo central de personal y del Consejo Asesor de Personal.

En el siguiente artículo se regulan los cuadros de personal, al disponer que a la gobernación, a cada ministerio, organismo de la Constitución, entidades autárquicas

y/o descentralizadas, corresponderá un cuadro de personal que se constituirá con todos los cargos necesarios para su funcionamiento.

Entre las disposiciones generales de la ley de empleo público, el art. 166 legisla lo relativo a las estructuras orgánico funcionales provinciales al disponer que serán aprobadas por el Poder Ejecutivo y deberán integrarse con los sectores imprescindibles para la adecuada prestación de servicios. Agrega la norma que, además de los cargos de conducción superior, contarán solamente con los previstos para el agrupamiento jerárquico, no pudiéndose incluir intermedios ni equivalentes cualesquiera fuere su denominación.

La Ley de Ministerio 13.175⁵¹ establece en su art. 1° que el gobierno de la provincia de Buenos Aires estará compuesto por los siguientes ministerios: Gobierno; Economía; Justicia; Seguridad; Asuntos Agrarios; Producción; Salud; Infraestructura, Vivienda y Servicios Públicos; Desarrollo Humano y Trabajo. En su art. 27 dispone que asistirán al gobernador en su gestión administrativa la Secretaría General, la Secretaría de Prensa y Comunicación Social, la Secretaría de Derechos Humanos, Secretaría de Turismo y Deporte y la Secretaría de Política Ambiental.

4. Autoridad de aplicación

La ley de empleo público establece que la norma será aplicada por un organismo centralizado en articulación técnica con los organismos de personal de los ministerios, entidades autárquicas y demás dependencias.

Así, en su art. 122 la norma crea el Organismo Central de Administración de Personal, que será parte integrante de la Secretaría de la Gobernación a la que por Ley Orgánica de Ministerios le compete, y de él dependerán los organismos que sustancian los sumarios administrativos y efectúan los reconocimientos médicos; además, en la respectiva estructura orgánico-funcional deberán preverse las dependencias necesarias para el cumplimiento de sus misiones y funciones. Éstas, en tanto órgano asesor del gobernador y como integrante central del sistema de empleo público, están enumeradas en el art. 123 de la ley⁵².

⁵¹ Publicada el 30/3/2004 en BO 24.904.

⁵² Art. 123: "Compete al Organismo Central de Administración de Personal:

"1. Como órgano asesor del Gobernador:

"a) Proponer los medios e instrumentos para el ejercicio de las facultades del titular del Poder Ejecutivo en materia de administración de personal.

"b) Realizar, en forma permanente, estudios e investigaciones técnicas en la materia de su competencia.

"2. Como órgano central del Sistema:

"a) Orientar, coordinar y controlar el cumplimiento de la legislación sobre personal de la Provincia.

"b) Coordinar, supervisar y asistir el funcionamiento de los Organismos Sectoriales de Personal, manteniendo la efectiva articulación de los mismos dentro del sistema.

"c) Estudiar, elaborar y proponer normas estatutarias y escalafonarias y las políticas salariales para el personal.

"d) Programar, promover y dirigir la política de reclutamiento, selección, capacitación y evaluación del desempeño de personal.

"e) Llevar el registro, movimiento, censo y estadística de los agentes de la Administración Provincial.

Los organismos sectoriales de personal se encuentran regulados en el art. 125 de la ley, que dispone que deberán subordinarse a los titulares de su jurisdicción en la esfera de sus respectivas competencias, quedando sus funciones y competencias establecidas en el artículo siguiente⁵³.

A continuación el régimen legal crea un consejo asesor en materia de personal y dos juntas, una central y otra sectorial, de calificaciones ascensos y promociones. En sus arts. 127 y 128 la ley de empleo público crea el Consejo Asesor de Personal, presidido por el titular del Organismo Central de Administración de Personal e integrado por el titular de cada Organismo Sectorial Ministerial de Personal y por igual número de representantes de entidades gremiales, una por cada Organismo Sectorial Ministerial de Personal. Sus funciones serán: asesorar al Poder Ejecutivo en toda cuestión que se suscite por motivo de la aplicación de esta ley, entender en la coordinación y uniformidad de la aplicación de la política de personal, propiciar normas sobre aspectos que hagan a la higiene y seguridad laboral de los empleados, asesorar al Poder Ejecutivo en cuanto a los planteles básicos de las distintas jurisdicciones, propiciar distintas formas de participación de los agentes y emitir opinión sobre cursos de capacitación de los agentes, pudiendo además proponerlos cuando lo crea necesario.

La Junta Central de Calificaciones, Ascensos y Promociones, creada en el art. 129 y cuya integración será idéntica a la del Consejo Asesor de Personal, tiene por función asesorar al Poder Ejecutivo en la instancia de apelación al efecto de resolver los recursos jerárquicos presentados por cuestiones de calificaciones, ascensos y promociones. También debe emitir opinión acerca de la instrumentación de la calificación, el régimen de ascensos y promociones, y en lo concerniente a la forma y los fundamentos teóricos.

"f) Fijar normas y procedimientos para la confección de planteles básicos y estructuras administrativas e intervenir previo a su aprobación en toda modificación que se propicie.

"g) Conocer en los sumarios administrativos que se substancien relativos a los agentes de la Administración Pública Provincial, centralizada o descentralizada, salvo que, en virtud de una norma expresa, se confiera dicha atribución a otro organismo.

"h) Efectuar los reconocimientos médicos del personal de la Administración Pública de la Provincia, ya sea a los efectos de determinar incapacidades psicofísicas para el ingreso, otorgar licencias médicas y/o controlar el cumplimiento, determinar incapacidades laborativas y en toda cuestión que surja de la aplicación del Estatuto y su reglamentación".

⁵³ Art. 126: "Compete a los Organismos Sectoriales de Personal:

"a) Ejecutar y coordinar, en su ámbito las políticas y directivas de personal.

"b) Aplicar y hacer aplicar la legislación de personal.

"c) Mantener los registros y estadísticas del personal.

"d) Participar en los estudios, encuestas y relevamientos dispuestos por el Organismo Central de Administración de Personal y brindar a éste toda la información que les requiera.

"e) Coordinar el funcionamiento de las oficinas de personal de sus dependencias promoviendo las actuaciones y medidas necesarias para su eficacia.

"f) Coordinar la aplicación de los plazos, ordenamientos y criterios para la calificación de los agentes a fin de garantizar la uniformidad de los mismos.

"g) Analizar y resolver sobre la nómina de agentes que reúnen las condiciones requeridas para los ascensos y cambios de agrupamiento, dando intervención a la Junta de Calificaciones, Ascensos y Promociones sectorial.

"h) Integrar a través de su titular o reemplazante natural el Consejo Asesor de Personal a que se refiere el art. 127 cuando así corresponda".

Agrega la ley en su art. 132 que en cada jurisdicción funcionará una Junta de Calificaciones, Ascensos y Promociones, integrada por un representante del Organismo Central de Administración de Personal, el titular del Organismo Sectorial de Personal o su reemplazante natural, el titular de la repartición o dependencia donde cubra la vacante —quien podrá delegarla— y un representante de la entidad gremial.

Su atribución principal, normada en el art. 133, es la de asesorar en los ascensos de personal, sobre la base de las propuestas de los respectivos organismos sectoriales de administración de personal y teniendo en cuenta los antecedentes que justifiquen la aspiración de cada uno de los agentes propuestos, así como las que surjan de evaluar los antecedentes de capacitación registrados en el Organismo Central de Administración de Personal. Los respectivos organismos sectoriales se responsabilizarán por el cumplimiento de los requisitos a los cuales se encuentra supeditado el ascenso de personal. También debe asesorar en la correcta cumplimentación, por parte de los organismos sectoriales de la administración de personal, de los requisitos establecidos para que se proceda a efectuar una promoción.

5. Ascensos, promociones y cambios de agrupamiento

Con base en una estructura jerárquica organizada, como vimos, en agrupamientos, clases y grados, la ley de empleo público establece como formas de movilidad ascendente dentro de esta grada el cambio de agrupamiento, los ascensos y las promociones.

5.1. Cambio de agrupamiento

Esta forma de ejercicio del derecho a la carrera administrativa se manifiesta en el pase de un agrupamiento inferior de la escala jerárquica a uno superior. Tomamos como ejemplo pasar del agrupamiento servicios al agrupamiento obrero o del agrupamiento técnico al agrupamiento profesional.

Con respecto al procedimiento de ascenso y cambio de agrupamiento, el art. 162 de la ley establece: “La reglamentación fijará el procedimiento para los ascensos de clase y cambio de agrupamiento, teniendo en cuenta las pautas siguientes: a) que el agente a ascender o cambiar de agrupamiento pertenezca al mismo cuadro de personal donde se produjo la vacante, dando prioridad a los postulantes del respectivo plantel básico, b) cuando no existan agentes que reúnan los requisitos establecidos se cubrirá con personal que reviste en los demás cuadros de personal de la Administración Pública Provincial, c) cuando cumplidas las instancias anteriores, aún no se pueda cubrir la vacante, podrá designarse a personas ajenas a la Administración Pública Provincial, conforme lo requerido en el art. 4, d) cuando deba cubrirse un cargo correspondiente a la clase inferior de cada agrupamiento, que exija como condición de ingreso título, capacitación o estudios los agentes que pertenezcan a otros agrupamientos y los posean, reuniendo además los antecedentes y requisitos mencionados en el art. 150 tendrán prioridad absoluta para cubrir la vacante”.

En relación con lo referido, el decreto reglamentario dispone que, producida una vacante, el organismo sectorial de personal u oficina que haga sus veces co-

municará tal circunstancia al titular de la respectiva repartición o dependencia, con mención del plazo establecido para su cobertura.

Asimismo, detalla que el titular de la repartición o dependencia deberá remitir al organismo sectorial de personal u oficina de personal, el requerimiento para el llamado a concurso, determinando los requisitos que exige el cargo de que se trate, debiendo guardar los que se fijan con carácter particular, concordancia con las misiones y funciones del área.

En cuanto al requerimiento para el llamado a concurso, será remitido por el organismo sectorial de personal u oficina de personal, previa intervención de la junta sectorial de calificaciones, ascensos y promociones. Se adoptará el procedimiento más idóneo para garantizar un amplio conocimiento de éste por parte de los agentes, con indicación de los requisitos exigidos para el cargo, lapso del llamado, lugar y término de la inscripción. El término de la inscripción no podrá ser inferior a cinco días hábiles.

En el punto II, el decreto reglamentario advierte que, en el caso de las dependencias geográficamente descentralizadas y carentes de plantel básico propio, la vacante se concursará con los postulantes de ésta, con intervención de la oficina de personal u organismo que haga sus veces. De no existir postulantes en la dependencia, se concursará con agentes del plantel básico respectivo. Prosigue diciendo que, de no existir postulantes en él, se concursará con los agentes del cuadro de personal en el que se produjo la vacante y, en defecto de ello, se deberá llamar a concurso en otros cuadros de personal, dándose intervención al organismo central de la administración de personal para la tramitación correspondiente.

El decreto establece en su punto III que, al momento de la inscripción, los aspirantes deberán presentar todos los antecedentes que posean y que se relacionen con el cargo a cubrir. Por último, dispone que, previa intervención de la junta electoral de calificaciones, ascensos y promociones, el organismo sectorial de personal efectuará la selección de los postulantes conforme las pautas fijadas en el art. 157 de la ley y su reglamentación, confeccionando el orden de mérito, que será notificado a todos los postulantes.

En cuanto a las posibles impugnaciones, el decreto finaliza diciendo que, no existiendo impugnaciones en el término de cinco días hábiles, se procederá a dictar el correspondiente acto administrativo, disponiendo el ascenso o cambio de agrupamiento, según corresponda. En cambio, en el caso de existir impugnaciones, podrá cubrirse interinamente la vacante hasta que éstas se resuelvan, designándose en tales condiciones al postulante que hubiera reunido mayor puntaje.

5.2. *Ascenso*

Los ascensos, según el régimen creado por la LEPBA, son los cambios de una clase inferior a una superior, sin importar el grado desde el que se ascienda y teniendo como destino el grado inferior de la clase que se ocupa.

Según lo define la propia ley en su art. 155, el ascenso "...es el pase del agente de la clase a la cual pertenece al grado inicial de la clase inmediata superior de cada agrupamiento. Está supeditado a la existencia de vacante real en el respectivo plantel básico, a la cumplimentación de los requisitos que exige el cargo a cubrir y a su calificación, antecedentes, méritos y capacitación".

Agrega la ley en el art. 156, en relación con la viabilidad del ascenso, que éste podrá producirse cualquiera sea el grado que ocupe el agente dentro de su clase.

La ley determina los datos que deben ser considerados al momento de decidir el ascenso de un empleado público provincial. En su art. 157 establece que los "datos considerables" serán: 1) la calificación acumulada y del último período del agente, 2) el puntaje acumulado por acciones de capacitación, 3) los antecedentes del agente, 4) el mérito, 5) el examen de competencia y 6) la antigüedad.

El decreto reglamentario dispone un máximo en el porcentaje de incidencia en la calificación final del concurso, y establece diferencias en caso de existir examen de competencia o no. Además, a los efectos de determinar el puntaje y valorar las acciones de capacitación, el decreto menciona al Consejo Asesor de Personal como el organismo capacitado para ello. Asimismo, en caso de paridad en el puntaje, prevalecerá el agente público que goce de mayor antigüedad en su cargo.

5.3. Promoción

Las promociones son los ascensos dentro de cada clase, es decir, el avance por los distintos grados del escalafón de cada agrupamiento. A diferencia del ascenso propiamente dicho, la promoción puede realizarse en forma automática sin una evaluación de las condiciones laborales del agente.

El art. 158 define la promoción como el pase del agente de un grado al inmediato superior dentro de su clase. Se producirá con base en la calificación en forma automática. Amplía el artículo siguiente al decir que la promoción se producirá en forma automática cuando el agente obtenga por dos años consecutivos un puntaje que supere la media aritmética del agrupamiento en cuestión en cada jurisdicción y que será establecido anualmente por la junta de calificaciones ascensos y promociones.

El decreto reglamentario dispone que, los efectos salariales de la promoción, se producirán a partir del primer día del mes siguiente a la fecha del vencimiento del segundo período de calificación del agente en un mismo grado, salvo lo previsto para el agrupamiento jerárquico en el art. 153, inc. b) de esta reglamentación.

El art. 160 de la ley en estudio se refiere a que las funciones jerarquizadas serán asignadas a los agentes que resulten indicados en el primer término de la escala de méritos, emergente del concurso de méritos y antecedentes, sustanciado al efecto ante la junta de calificaciones, ascensos y promociones.

El decreto reglamentario dispone las condiciones que deberán cumplir los postulantes que deseen cubrir los cargos de subdirector o jefe de departamento. Así, detalla: "De no existir postulantes en el plantel básico, la vacante se concursará con agentes del cuadro de personal en el cual se produjo la misma. Para el caso de no haber postulantes en el cuadro de personal, la vacante se concursará con agentes de otros cuadros de personal".

En el punto II, el decreto menciona los requisitos que deberán acreditar los postulantes: "a) Revistar en el agrupamiento jerárquico, con o sin función, si se tratare de vacantes de subdirector. De no existir postulantes en las condiciones señaladas precedentemente, podrán concursar agentes que revisten en las clases A o 1 de los distintos agrupamientos. b) Revistar en el agrupamiento jerárquico con o sin función, si la vacante fuere de jefe de departamento. De no existir agentes en las condiciones

indicadas precedentemente, la vacante se concursará con agentes que revistan en la clase A y I de los distintos agrupamientos”.

Con respecto a los agentes que revisten en el agrupamiento jerárquico sin función sólo podrán participar en los concursos indicados en los incs. a) y b) cuando su cese en la función jerarquizada no se hubiere producido conforme a lo establecido en los incs. c) y d) del art. 154 de la ley.

El punto III se refiere a que el titular del plantel básico en el que se debe cubrir la vacante será el encargado de definir los requisitos particulares que serán exigibles a los concursantes, los que deberán guardar concordancia con las misiones y funciones del área, dando intervención a la junta de calificaciones, ascensos y promociones y al organismo central de administración de personal.

Por último, el punto IV de la reglamentación también menciona que, para la cobertura de los cargos jerarquizados, el concurso se ajustará a las condiciones fijadas en el art. 157 de la ley y a las particularidades establecidas en el art. 162 de la reglamentación.

5.4. Ley 13.699⁵⁴. *Desempeño interino de funciones jerárquicas.*

Reubicación a petición del interesado

En su primer artículo, la ley faculta al Poder Ejecutivo por única vez a reubicar a petición de los interesados a aquellos agentes comprendidos en el régimen de la ley 10.430 (t.o. decreto 1869/1996 y sus modificatorias), que al 31 de julio de 2006 se encontraban desempeñando interinamente las funciones jerárquicas de subdirector o jefe de departamento, en los términos de los arts. 10 y 161 de la ley citada, en cargos vacantes, sean éstos definitivos o transitorios.

Agrega que los interesados deberán acreditar a la fecha indicada haber desempeñado la función durante al menos tres años consecutivos o cinco alternados y registrar un mínimo de diez años de antigüedad en la Administración Pública de la provincia de Buenos Aires. Las funciones interinas a que se refiere el primer párrafo deberán haber sido asignadas por decreto del Poder Ejecutivo o acto administrativo de autoridad competente

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho: “Tanto la función o el empleo público que comprende la denominada carrera administrativa están internamente estructurados en grados diversos, debiéndose tener presente que la facultad del Poder Ejecutivo de nombrar y remover a sus empleados comprende la de otorgarles ascensos y ubicarlos en las respectivas categorías del escalafón, sin que el ejercicio de tales atribuciones pueda ser revisado por el Poder Judicial, salvo el caso de irrazonabilidad, arbitrariedad o lesión de derechos consagrados en la Constitución provincial”⁵⁵.

⁵⁴ BO del 25/7/2007.

⁵⁵ Sup. Corte Bs. As., 5/4/2000, doctrina de causas B-58.055, “Zampatti”; 17/10/1990, B-52.092, “Rapisarda”; 23/2/1993, B-51.592, “Manfredi de Rodríguez”; 12/10/1993, B-53.436, “Fiorenza”; 11/3/1997, B-54.853, “Gil”; 22/4/1997, B-56.016, “Rolón”.

IV. DERECHO A UNA RETRIBUCIÓN JUSTA

1. Concepto

Como veremos más adelante, de las expresiones utilizadas indistintamente por la doctrina para designar la contraprestación que el empleador realiza al trabajador, es decir, salario, retribución o remuneración, la LEPBA recurrió a esta última para normar ese derecho del empleado público provincial.

El pago de la remuneración al trabajador es la principal obligación del empleador, ya que para el empleado el salario constituye el fin inmediato de su prestación de servicios, y con él se procura la satisfacción de las necesidades de su vida y la de sus familiares. Para el liberalismo económico de la primera mitad del siglo XX, la remuneración era la medida económica de la relación empleado-empleador, debiendo el salario ser convenido en el marco del libre acuerdo de las partes, en el que el trabajo del hombre era una simple mercadería. Como lo explica Juan Pozzo: “El salario significó, entonces, un instrumento de servidumbre ejercitado en su favor por el capitalismo, y de esta forma se desnaturalizaron los principios de igualdad y libertad que había proclamado la Revolución Francesa”⁵⁶.

Según Justo López, el salario, en su consideración jurídica, es “la ventaja patrimonial que se recibe como contraprestación del trabajo subordinado”⁵⁷.

Para la OIT el término salario significa, según lo expresa el art. 1° del convenio OIT 95, la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

El art. 37, inc. 2° de las Constituciones nacional y bonaerense de 1949, antecedentes del nuevo art. 14 de la Carta nacional, disponían: “Derecho a una retribución justa. Siendo la riqueza, la renta y el interés del capital frutos exclusivos del trabajo humano, la comunidad debe organizar y reactivar las fuentes de producción en forma de posibilitar y garantizar al trabajador una retribución moral y material que satisfaga sus necesidades vitales y sea compensatoria del rendimiento y del esfuerzo realizado”⁵⁸.

Por imperativo de la Constitución nacional, la remuneración de todo trabajador debe ser justa, con un piso salarial preestablecido (salario mínimo, vital y móvil), garantizando igual remuneración por igual tarea y la participación en las ganancias de las empresas. Esta última condición tiene como destinatarios a los empleados del sector privado, no siendo por ello aplicable a los agentes estatales.

La Constitución bonaerense, al igual que su par nacional, en su art. 39 reconoce el derecho a una retribución justa, a igual remuneración por igual tarea y al salario mínimo, vital y móvil. Por su parte, en la cláusula referida a la carrera administrativa, dispone como base para su organización la uniformidad de sueldos en cada categoría (art. 103, inc. 12).

⁵⁶ POZZO, Juan D., *Derecho del trabajo*, t. II, Ediar, Buenos Aires, 1948, p. 5.

⁵⁷ DEVEALI, Mario L. (dir.), *Tratado de derecho...*, cit., p. 331.

⁵⁸ MORENO, Guillermo R. (comp.), *Textos completos de la Constitución Nacional y de la Provincia de Buenos Aires de 1949*, Edulp, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata, La Plata, 2005.

Además del art. 25, LEPBA, el concepto de remuneración de los empleados públicos provinciales y municipales se debe integrar con la definición dada por el art. 40, ley 9650, que regula el sistema previsional bonaerense, y que dispone: "Se considera remuneración, a todos los efectos de la presente ley, los sueldos de asignaciones percibidas por todo concepto, incluidos los suplementos y bonificaciones adicionales que revistan el carácter de habituales y regulares, y además toda otra retribución, cualquiera fuere la denominación que se le asigne incluidas las no remunerativas, percibidas por servicios ordinarios o extraordinarios prestados en relación de dependencia".

La doctrina coincide en caracterizar al sueldo como el derecho más importante de la relación jurídica que vincula al empleado público con el Estado. El profesor Rafael Bielsa expresa al respecto: "Defínese, pues, el sueldo como la retribución en dinero que el funcionario o empleado percibe por el servicio prestado, retribución equivalente y en proporción a la duración del servicio, y que, fijada anualmente, es pagada por períodos regulares. El carácter jurídico del sueldo se define como prestación en dinero, por otra prestación de servicios"⁵⁹.

Según Bartolomé Fiorini, el sueldo es uno de los derechos subjetivos, específicos y de carácter administrativo que el contrato administrativo reconoce a los agentes estatales, y consiste en la retribución por el servicio realizado, junto con otros rubros provenientes de leyes sociales y que se le reconocen al trabajador en su carácter de agente⁶⁰.

Ya la Biblia nos enseña que el problema salarial es de antigua data al decir: "Mirad que el jornal que defraudasteis a los trabajadores clama y el clamor de ellos suena en los oídos del Señor de los ejércitos" (Jac, v. 4).

En relación con el sueldo dijo Félix Sarría en su obra *Derecho administrativo*: "Donde la relación contractual se caracteriza y define con mayor nitidez, es en la retribución que el Estado acuerda al funcionario por los servicios que presta, que es al lo que llamamos sueldo. El contrato conmutativo es aquí evidente, la prestación del empleado y la contraprestación de su patrono. El sueldo está hoy universalmente reconocido y adoptado como la mejor forma de pagar los servicios públicos. Su conveniencia, por otra parte, no se discute; el empleado gratuito, por imposición, supongamos, será siempre inferior al retribuido, salvo escasas excepciones de cargos meramente honoríficos. Éstos tampoco abundan hoy día y aun ciertos cargos municipales obligatorios y gratuitos —el de concejal por ejemplo— están ya desapareciendo y se transforman en rentados como cualquier otra función. Si el Estado necesita personal debe pagarlo, no le es lícito hacerlo por imposición, salvo contadísimas funciones como la militar y la electoral, que son cargas públicas. La retribución es ordinariamente mensual y sancionada cada año por la ley de presupuesto. Prestado el servicio, desempeñado el empleo, el sueldo se incorpora al patrimonio del empleado y puede exigir su pago por la vía jurisdiccional. La jubilación y la pensión, consecuencia de aquél, son también derechos patrimoniales de la mayor importancia y de superior protección..."⁶¹.

⁵⁹ BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, t. III, La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 171.

⁶⁰ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, cit., p. 830.

⁶¹ SARRÍA, Félix, *Derecho Administrativo*, Editor Librería Cervantes, Córdoba, 1950, p. 236.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos “Bessolo, Leopoldo v. Osa Pedro” del año 1967, sostuvo que la Constitución otorga a quien presta servicios el derecho a una retribución justa que contemple la índole, magnitud y dificultad de la tarea realizada, obligando a mantener una relación razonable entre la retribución que se fija y la tarea efectivamente cumplida.

En la causa “Irigoyenborde v. Calera Avellaneda”, del 21 de noviembre de 1989, la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires dijo: “Todo aquello que perciba el trabajador como consecuencia de su débito laboral —por el hecho o en ocasión del trabajo— debe considerarse como parte integrante de la remuneración pues la onerosidad, carácter esencial del contrato de trabajo, excluye la gratuidad de las prestaciones del trabajador y de las obligaciones contraídas por el empleador”. Es evidente que esta remuneración se otorga por una circunstancia que se cumple “por el hecho o en ocasión del trabajo”.

2. Su regulación en la ley de empleo público provincial

El texto actual del art. 25, LEPBA, dispone que cada agente tiene derecho a la retribución de sus servicios de acuerdo con su ubicación escalafonaria y con las determinaciones del presente sistema, estableciendo que dicha retribución se integrará con los conceptos sueldo, adicionales por antigüedad, destino, función y disposición permanente, sueldo anual complementario y bonificaciones especiales y/o premios.

Mediante la ley 12.950 se eliminó el anticipo jubilatorio, dispuesto en el antiguo inc. f) del art. 25, que establecía que el agente que cese con años de servicio, computables para la obtención del beneficio jubilatorio, tendrá derecho a percibir con cargo al Instituto de Previsión Social el porcentaje de su sueldo que la ley previsional determina, hasta que aquel ente otorgue el beneficio, ya sea en forma definitiva o transitoria, circunstancia que deberá ser comunicada a la oficina pagadora pertinente.

Luego, por ley 13.154 derogó el antiguo inc. i) del art. 25 que establecía una retribución especial al disponer que el agente de planta permanente, que al momento de su cese, acredite una antigüedad mínima de treinta años de servicios en la provincia o los requeridos para acceder a los beneficios jubilatorios y cuya baja no tenga carácter de sanción disciplinaria tendrá derecho a una retribución especial, sin cargo de reintegro equivalente a seis mensualidades de la remuneración básica de su categoría. Este beneficio fue reconocido nuevamente por la ley 13.355, en similares condiciones y con iguales alcances para los regímenes de las leyes 10.430, 10.328, 10.384, 10.579 y 12.268.

La doctrina laboralista clasifica el salario diferenciando el “principal”, en dinero, de los “complementarios”. El primero de ellos, a fin de proteger el derecho del trabajador a disponer libremente del producto de su labor, se debe pagar en dinero y en períodos breves. El “salario complementario” puede ser abonado en especie y no tener la regularidad del principal.

Según lo dispone la LEPBA, los montos que perciben los empleados públicos bonaerenses pueden dividirse esquemáticamente de la siguiente forma: 1) Remuneración por la labor efectivamente desarrollada, que es común a toda la categoría y escalafón: “sueldo básico” (art. 25, inc. a) y “horas extras” (art. 26). 2) Conceptos vinculados con las características particulares de la relación laboral individual de cada agente: adicional por antigüedad (art. 25, inc. b), adicional por destino (art. 25,

inc. c), adicional por función (art. 25, inc. g), adicional por disposición permanente (art. 25, inc. h). Estos rubros también forman parte del concepto remuneración. 3) Montos destinados a compensar gastos que el propio agente realice con motivo de su trabajo: compensaciones que incluyen el viático (art. 27, inc. 1-a), la movilidad (art. 27, inc. 1-b), el cambio de destino (art. 27, inc. 1-c) y los gastos de representación (art. 27, inc. 1-e) y 4) sumas correspondientes a las cargas sociales, como los subsidios que perciba el agente (art. 28), sus deudos (art. 29) o indemnizatorias (art. 30).

3. Retribuciones

3.1. El sueldo

El primer inciso del artículo referido a la remuneración del empleado público (art. 25, inc. a) define y establece el concepto legal del sueldo, afirmando que “será el que resulte del valor establecido para las unidades retributivas asignadas a cada nivel”.

Por su parte, en su art. 164, el texto legal establece las categorías integrantes del sistema salarial al disponer: “Determinánse para el personal permanente con estabilidad, veinticuatro (24) categorías salariales, desarrolladas de acuerdo al detalle establecido en la planilla que como anexo I forma parte integrante de la presente”.

El concepto del sueldo básico es definido por Bartolomé Fiorini en su *Manual de derecho administrativo*, de la siguiente manera: “La retribución directa por el servicio realizado o reconocido que el legislador establece en forma global en los presupuestos anuales, recibe el nombre de sueldo básico, que se complementa con otros rubros que se aplican en forma general”⁶².

Como se verá más adelante, este rubro es el principal de la remuneración y repercute en la determinación del resto de los conceptos que lo tienen como base de cálculo.

3.2. Adicional por antigüedad

En el inc. b, art. 25, LEPBA, se establece el adicional por antigüedad, implicando, por cada año de antigüedad en la Administración Pública nacional, provincial o municipal, de acuerdo con el siguiente detalle: hasta 1995, 3%; desde 1997 y hasta 2004, 1%; desde 2006, 3%. Según lo dispuso el art. 1º, ley 13.354, el año 2005 se debe computar al 2%.

Corresponde, analizando el texto de la norma, hacernos eco de la denuncia efectuada por Leopoldo Rivas en el trabajo doctrinario cuyo título expone el problema: “El adicional por antigüedad en la ley 10.430. ¿En el año 1996, nadie trabajó?”⁶³. La falta de mención del año 1996 expone crudamente un error del legislador que viola derechos constitucionales de todos los empleados públicos regidos por la LEPBA. Como con claridad lo expresa Rivas: “Se trata de la supresión absoluta e indefinida

⁶² FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, cit., t. I, p. 586.

⁶³ RIVAS, Leopoldo, “El adicional por antigüedad en la ley 10.430. ¿En el año 1996, nadie trabajó?”, *Revista Derecho Administrativo*, Asociación Bonaerense de Derecho Administrativo (ABDA), año 1, nros. 1/2, enero-agosto de 2007, p. 63.

de un derecho adquirido, confiscación que, por esa razón, se encuentra vedada por el art. 17 de la CN".

En la reglamentación se establece que para el cálculo de la antigüedad en los términos del art. 8° de la ley, se computarán todos los servicios prestados en relación de dependencia incluidos los prestados por menores a partir de los 14 años de edad y los contratados por locación de servicio, con o sin aportes provisionales.

Agrega el decreto reglamentario que la actualización del cómputo de los años de servicio se hará mes a mes y el adicional se reajustará a partir del primer día del mes siguiente de producido el cumplimiento de cada año de servicio, sin considerar fracciones de mes. El organismo sectorial de la administración de personal, u oficina que haga sus veces, será encargado de realizar el cómputo de la antigüedad, enviando la información a la oficina liquidadora. Aclara, por su parte, que este adicional será liquidado en todos los casos sobre el sueldo correspondiente al régimen horario de revista de cada agente y que cuando varíe la situación del agente de planta permanente, aun cuando fuere interinamente, se le liquidará el adicional por antigüedad aplicando el porcentaje correspondiente sobre el sueldo de la categoría en que el agente pase a revistar. Cuando la reubicación del agente se efectúe en distinta jurisdicción o entes descentralizados, la antigüedad correspondiente se hará constar en los actos administrativos a dictarse.

Por último refiere la reglamentación que la certificación que acredite servicios prestados en actividades oficiales, ya sea en el ámbito nacional, municipal o de otras provincias, deberá estar legalizada por autoridad competente.

3.3. Adicional por destino

El inc. c) del art. 25 establece el adicional por destino cuando el agente deba cumplir sus tareas en lugares alejados o aislados, por el monto que establezca la reglamentación.

El decreto reglamentario dispone que el adicional será acordado por el Poder Ejecutivo y que el monto será igual al 10% del sueldo del agente. Agrega que cuando medien razones de excepción que así lo justifiquen podrá incrementarse dicho porcentaje en relación directa a las características de inhospitalidad, aislamiento, inaccesibilidad e incomunicación del lugar en que tiene su asiento permanente el servicio al cual está afectado el agente. En este supuesto, el adicional no podrá superar el 30% del sueldo del agente.

Este adicional tiene como claro objetivo no disminuir la remuneración del trabajador estatal por motivo de cumplir sus tareas en lugares que alteren su calidad de vida, obligándolo a trasladarse, temporal o definitivamente, por encontrarse aislados o alejados del domicilio real del empleado público.

3.4. Sueldo anual complementario

El inc. d), art. 25, LEPBA, dispone que la retribución también se integra con el sueldo anual complementario, estableciendo que todo agente gozará del beneficio de una retribución anual complementaria, conforme lo determine la legislación vigente.

El sueldo anual complementario fue dispuesto legislativamente a nivel nacional en el año 1945 por el decreto-ley 33.302, siendo una típica gratificación que se otorgaba a los trabajadores en las fiestas de Navidad y fin de año que, por expresa disposición normativa, fue generalizada, dejando de ser una facultad del empleador y adquiriendo la obligatoriedad de un derecho. Explica Rodríguez Mancini que el antecedente de este concepto es el “aguinaldo”, “cuyo pago correspondía a la práctica de los empresarios de entregar una dádiva a sus empleados con motivo de las fiestas de fin de año. Se trataba de un pago voluntario”⁶⁴.

Justo López lo definía como “un sueldo complementario desde el punto de vista de la periodicidad, cuyo pago está impuesto por la ley y cuyo monto se establece en proporción (doceava parte) al importe total de las remuneraciones ganadas por el trabajador al servicio de un determinado empleador durante un año calendario”⁶⁵.

3.5. Bonificaciones especiales y/o premios

El inc. e), art. 25, LEPBA, establece las bonificaciones especiales y/o premios, en la forma y por las sumas que el Poder Ejecutivo determine otorgar con carácter general.

La reglamentación reza que el agente que dentro de su plantel básico desempeñe interinamente un cargo de categoría superior a la de la situación de revista, trátase de vacantes o de ausencia temporaria del titular, se le reconocerá la diferencia de sueldo existente como bonificación especial, siempre que su designación haya sido dispuesta por autoridad competente, y su desempeño sea superior a treinta días corridos, no computándose en dicho término la licencia anual, ni comisiones del titular. La designación interina lo será sin perjuicio del cumplimiento del cargo del cual el agente es titular permanente.

3.6. Adicional por función

El inc. g), art. 25, LEPBA, reconoce el adicional por función; cuando el agente desempeñe las funciones directivas percibirá este adicional, cuyo monto será equivalente al 30% del sueldo determinado para la respectiva función.

La reglamentación dispone que el personal que desempeñe funciones jerarquizadas de las previstas en el art. 153 percibirá este adicional, que se liquidará sobre el sueldo básico correspondiente a su categoría salarial de revista.

3.7. Adicional por disposición

El inc. h) del art. 25 establece el adicional por disposición permanente, indicando que el personal percibirá esta bonificación, que será equivalente al 50% del sueldo determinado para su respectiva función.

El decreto reglamentario expresa que este adicional es inherente al desempeño de las funciones jerarquizadas de las previstas en el art. 153 de la ley y se percibi-

⁶⁴ RODRIGUEZ MANCINI, Jorge C., *Curso de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Astrea, Buenos Aires, 1996, p. 258.

⁶⁵ LÓPEZ, Justo, en DEVEALI, Mario L. (dir.), *Tratado de derecho...*, cit., t. II, p. 428.

rá por la permanencia a disposición del servicio, con independencia del horario de labor, liquidándose sobre el sueldo básico correspondiente a la categoría salarial de revista.

3.8. *Retribución especial*

Como adelantáramos, la ley 13.154 derogó el inc. h, art. 25, LEPBA, que reconocía una retribución especial equivalente a seis salarios para el agente que cese con más de treinta años de antigüedad. La eliminación de este beneficio tuvo como fundamento la emergencia económica que vivió la provincia y el país durante la crisis del año 2001 cuyas consecuencias nuevamente recayeron sobre la clase trabajadora.

Finalmente, hoy la ley 13.355 establece, en su art. 1º: “Para el personal de la Administración pública provincial, comprendidos en lo regímenes de las leyes 10.328, 10.384, 10.430, 10.579 y 12.268, y sus modificatorias una retribución sin cargo de reintegro equivalente a seis sueldos básicos más antigüedad, sin ningún tipo de descuentos, la que será otorgada a partir del cese del agente cuando éste no tenga carácter de sanción disciplinaria”.

El segundo artículo de la ley enuncia los requisitos para la obtención de esta retribución especial, al decir: “Será acreedor al beneficio dispuesto por el artículo precedente, únicamente el personal de la planta permanente que al momento del cese cuente con treinta años de servicios en la Administración Pública provincial, o la cantidad de años que de acuerdo a la legislación especial, sean necesarios a los efectos jubilatorios”. Agrega la norma que la percepción de esta bonificación impide el uso del adelanto de jubilación establecido en la ley 12.950.

Nada dice la ley en cuanto a los derechos de aquellos agentes que obtuvieron la jubilación durante el período de emergencia económica, en el que tal beneficio fue eliminado. La mejora de la situación económica del Estado provincial, que permitió la reincorporación de esta retribución especial, también debió redundar en beneficio de aquellos agentes que durante la profunda crisis socioeconómica sacrificaron un derecho en pos de la comunidad. Esta falta de reconocimiento legislativo no obstaculiza la viabilidad del reclamo de aquellos agentes afectados por la suspensión del beneficio.

3.9. *Adicional por productividad y eficiencia (sistema URPE)*

Mediante el decreto 159/2005, el Ejecutivo provincial dispuso la creación, a partir del 1 de febrero de 2002, del sistema de Unidades Retributivas por Productividad y Eficiencia (URPE), consistente, según lo indica su primer artículo, en un estímulo de carácter no remunerativo y no bonificable, destinado a premiar la productividad y recompensar la eficiencia en el desempeño de tareas especiales, asignadas al personal en actividad. Para su otorgamiento se valorará cuantitativa y cualitativamente la producción individual del agente a retribuir, estableciéndose como valor de cada unidad retributiva la suma de \$ 1.

El personal comprendido es aquel que se desempeñe en la planta permanente con estabilidad y al personal transitorio, estableciendo que para este último el beneficio no alcanzará a los agentes cuya categoría salarial supere la máxima del agrupamiento jerárquico del personal con estabilidad.

En los arts. 5° y 6° del decreto se establece el procedimiento y los criterios para la evaluación de las tareas y la determinación de las bonificaciones correspondientes. El primer artículo establece que las URPE por tareas especiales podrán ser otorgadas por los ministros, secretarios, subsecretarios, titulares de organismos de la Constitución o autárquicos y funcionarios con nivel equivalente.

El art. 6° dispone un procedimiento de determinación y liquidación de la unidad retributiva, al reglar que las autoridades competentes evaluarán por trimestre calendario la productividad y eficiencia de los agentes de sus jurisdicciones, a fin de determinar las cantidades de URPE por tareas especiales con las que se beneficiará a cada agente y confeccionarán el listado pertinente con indicación del nombre y apellido, número de documento y de legajo, de la cantidad mensual individual asignada, el que deberá ser remitido hasta el día diez del mes de inicio de cada trimestre a la Dirección Provincial de Presupuesto dependiente de la Subsecretaría de Finanzas del Ministerio de Economía, que verificará su habilitación en la programación presupuestaria autorizada, como condición previa e ineludible, para su otorgamiento. Agrega el artículo que este incumplimiento obstará al curso de los respectivos pedidos de fondos. Cumplido el proceso, su resultado se pondrá en conocimiento de los gremios del personal del Estado.

Por último, los arts. 8° y 9° establecen como requisito para la habilitación de los fondos para el pago del beneficio, la previa intervención de la Dirección Provincial de Presupuesto, no pudiendo la Contaduría General y la Tesorería General de la provincia dar curso a los requerimientos de fondos que no cuenten con tal intervención o superen los topes previstos en los respectivos decretos de programación presupuestaria.

4. Horas extras

En primer lugar, y en forma previa al análisis del sistema legal de horas extras, debemos recordar que en la relación de empleo público, al igual que en la regulada por el derecho privado, el trabajador goza del derecho a una jornada laboral limitada, como producto de una larga evolución histórica en la que el tope horario de trabajo fue impuesto a los empleadores mediante luchas sindicales.

Durante una primera etapa, que duró hasta finales del siglo XIX, los empleadores buscaron mantener la jornada laboral en condiciones de indeterminación respecto de su duración. Esta jornada libre fue limitada uniformemente en una segunda etapa en la que se fijaron en forma generalizada topes máximos a su duración. Por último, en la actualidad, según lo explica Carlos Aldao-Zapiola, rige la jornada flexible limitada, de modo que ya no es la duración de la jornada su aspecto fundamental, sino su distribución destinada a facilitar organizaciones más flexibles de trabajo⁶⁶.

En el marco de la OIT existen dos normas que reglamentaron el tiempo dentro de la relación laboral, limitando la jornada de trabajo, en el año 1930 se sancionó el convenio 30 sobre las horas de trabajo en el comercio y oficinas y en el año 1935 se aprobó el convenio 47 denominado “de las cuarenta horas”.

⁶⁶ ALDAO-ZAPIOLA, Carlos, “La jornada de trabajo y su regulación convencional (lo que es y lo que debería ser)”, *Revista de Trabajo*, año 1, nro. 2, p. 77.

El convenio OIT 30, según lo dispuso su art. 1º, se aplica tanto al personal de los establecimientos públicos como privados, incluyendo, entre otros, a establecimientos y administraciones cuyo personal efectúe esencialmente trabajos de oficina. Al finalizar la norma, ésta prevé que la autoridad competente de cada país podrá exceptuar, de la aplicación del convenio, las oficinas públicas en las que el personal empleado actúe como órgano del poder público.

En su art. 2º dispone el convenio que, a sus efectos, la expresión *horas de trabajo* significa el tiempo durante el cual el personal está a disposición del empleador; siendo excluidos los descansos durante los cuales el personal no se halle a su disposición.

El art. 3º establece que las horas de trabajo del personal al que se aplique el presente convenio no podrán exceder de cuarenta y ocho por semana y ocho por día, reserva de las disposiciones de los artículos siguientes, agregando el art. 4º que las horas de trabajo por semana previstas en el art. 3º podrán ser distribuidas de suerte que el trabajo de cada día no exceda de diez horas.

El convenio OIT 47 establece en su fundamental primer artículo que todo miembro de la OIT que ratifique el presente convenio se declara en favor: a) del principio de la semana de cuarenta horas, aplicado en forma tal que no implique una disminución del nivel de vida de los trabajadores; b) de la adopción o del fomento de las medidas que se consideren apropiadas para lograr esta finalidad, y se obliga a aplicar este principio a las diversas clases de empleos, de conformidad con las disposiciones de detalle que prescriban otros convenios ratificados por dicho miembro.

Volviendo a la regulación de la LEPBA, hay que decir que el pago de horas extras constituye uno de los adicionales que pueden agregarse al salario principal, al igual que la bonificación por antigüedad, por funciones, etcétera.

El art. 26, LEPBA, establece que “el agente que deba cumplir tareas que excedan su horario normal de trabajo será retribuido, como mínimo, en forma directamente proporcional a la remuneración que tenga fijada en concepto de sueldo y adicional por antigüedad de acuerdo al valor hora que se fije por vía reglamentaria, con los incrementos que correspondan según los días y horarios en que se realicen conforme el siguiente detalle: a) Si se realizaran en días hábiles para el agente, se incrementará un cincuenta por ciento. b) Si se prestara íntegramente en jornada nocturna, entendiéndose por tal la que se cumple entre la hora 21 de un día y la hora 6 del siguiente o en días no hábiles para el agente, el incremento será del ciento por ciento. Quedarán excluidos de las disposiciones del presente artículo los agentes que presten habitualmente servicios en los horarios y días a que se refiere el inciso precedente”.

Como veremos, la extensión temporal de la jornada de trabajo, en tanto situación extraordinaria, puede llegar a desvirtuar el derecho de los trabajadores a una jornada limitada de trabajo, por lo que se hace necesario una reglamentación precisa que debe ser acompañada por una interpretación, en principio, restrictiva.

Como lo explica Víctor Sureda Graells: “Si debiéramos atenernos a los fundamentos de todo orden que informan la limitación de jornada de trabajo, habría de repeler, por contrario a los mismos, toda idea de una prolongación de jornada, mas, debiéndose aceptar como mal necesario, en mérito a razones de igual linaje que justificarían su existencia y previsión en la ley, va de suyo que el criterio a seguir debe ser restrictivo, en procura de que el exceso de jornada sólo responda a situaciones

en que las necesidades o altos intereses en juego no puedan ser satisfechos por otros medios”⁶⁷.

Es por ello que en dieciocho puntos la reglamentación regula todo lo referido a los trabajos extras del régimen de empleo público provincial.

El decreto comienza por definir la jornada de trabajo, a los fines del pago de horas extras, como “el período que como horario general para la Administración Pública provincial fije el Poder Ejecutivo o aquel que, en virtud de norma expresa, rija con igual carácter en determinada repartición u organismo”.

La jornada de trabajo es entendida por la doctrina como la medida de la prestación debida por el trabajador, cuya cantidad efectiva normalmente debida está señalada por la regulación del horario de trabajo entendido en sentido amplio, es decir, no sólo como horario diario, sino como tiempo conjunto de trabajo en la jornada, en la semana y en el año, con la correspondiente exclusión de los descansos diarios, semanales y vacacionales⁶⁸.

Las tareas extras tienen que estar motivadas en las circunstancias expresamente previstas en la reglamentación, que establece: “Tarea en horario suplementario es aquella que resulte indispensable realizar como complemento de la labor ejecutada durante la jornada de trabajo fijada para los servicios generales de la Administración Pública provincial ya sea por escasez de personal y/o equipos, instalaciones y locales y/o tiempo útil”.

No se permitirá el establecimiento de tareas extraordinarias fuera de la jornada de trabajo que no se encuentre justificada por estas circunstancias excepcionales.

Continúa el reglamento delimitando formalmente el uso del régimen de jornada extendida, al disponer: “Será facultad de los funcionarios con rango no inferior a director general autorizar la ejecución de tareas en horario suplementario, con ajuste al cupo máximo aprobado para cada jurisdicción u organismo. Para el trámite de autorización para el desarrollo de tareas en horario suplementario, los titulares de repartición deberán elevar la petición por intermedio del organismo sectorial de personal, consignando: a) Plan de trabajo a realizar. b) Objetivos perseguidos. c) Tiempo estimado para su ejecución. d) Nómina de agentes a afectar, detallando tarea o función y horario que cumplirá cada uno, destacando en qué días se efectuarán las labores. e) Razones que justifiquen el cumplimiento de tareas en horario suplementario”.

El procedimiento continúa, según el punto VI de la regulación de este artículo, cuando una vez obtenida la autorización para la realización de tareas en horario suplementario, el titular de la repartición emite la orden de trabajo, para cuya ejecución debe prevalecer la utilización de días hábiles en jornadas diurnas. Agrega el decreto que la tarea en jornada nocturna o en días no hábiles para la Administración deberá estar debidamente justificada, bajo la responsabilidad de ese titular.

El punto VII del decreto reglamentario dispone que para el control de la asistencia se utilizará la planilla de registro, mediante firma de entrada y salida, con constancia de la hora en que ello se produce, o el mecanismo de control de horario que determine el organismo sectorial de personal.

⁶⁷ SUREDA GRAELLS, Víctor, “Jornada de trabajo y descansos”, en DEVEALI, Mario L. (dir.), *Tratado de derecho...*, cit., t. II, p. 99

⁶⁸ PODETTI, Humberto, “Reexamen de la duración del tiempo de trabajo”, *Revista de Trabajo*, año 1, nro. 2, p. 17.

En cuanto a la forma de pago, se establece en el punto VII que deberá hacerse efectivo mensualmente, para lo cual el organismo sectorial de personal comunicará al organismo encargado de la liquidación de haberes la cantidad de horas trabajadas por cada agente, indicando si son diurnas o nocturnas y si fueron realizadas en días laborables o no. En los casos de delegaciones del interior, la remisión de los antecedentes podrá hacerse semanalmente y/o mensualmente.

Continúa regulando la reglamentación en su punto IX el modo del trabajo extra diciendo que los agentes de una repartición podrán realizar tareas en horario suplementario en otra repartición o jurisdicción, pero con prioridad deberán hacerlo en la repartición en la que revistan y/o prestan servicios, agregando luego que estos agentes deberán presentar, ante el organismo sectorial de personal de la repartición en la que realizan tareas suplementarias, certificación del horario cumplido, licencias e inasistencias en las que hubiere incurrido en su lugar de revista habitual.

El punto X establece que la realización de tareas en horario suplementario tiene carácter obligatorio para el agente y su negativa sin causa justificada podrá hacerlo pasible de sanción.

En cuanto al horario de la tarea extra, dispone el punto XII que no habrá tolerancia respecto del horario de iniciación y finalización de tareas suplementarias, siendo su incumplimiento motivo de sanción disciplinaria.

En el punto XIII, el decreto reglamentario regula que no se asignará tarea en horario suplementario al agente que se encuentre en uso de licencia de cualquier tipo, que no haya prestado servicios por inasistencias, cualquiera fuere el motivo de ésta, ni a quienes gocen de reducción horaria. Agrega el siguiente punto que el agente que goce de reducción horaria por desempeñarse en establecimientos, servicios o tareas insalubres, infecto contagiosas o de atención de enfermos mentales, sólo podrá realizar tareas en horario extraordinario de la misma índole hasta completar la jornada de seis horas diarias o treinta y seis semanales.

El punto XV exceptúa de la exigencia de autorización previa a aquellos casos en que, por la característica del servicio, el agente no puede abandonarlo cumplida su jornada habitual, por ausencia de relevancia o no pueda hacer uso del descanso semanal obligatorio por iguales o semejantes circunstancias. En estos casos, agrega, tampoco regirá la limitación que determina el apartado XIV, siempre que tal prestación extraordinaria revista carácter de ocasional.

El punto XVI establece que el personal no comprendido en este estatuto, que se halle vinculado a la Administración Pública provincial por una relación de empleo público, podrá cumplir tareas extraordinarias de labor en actividades y/o funciones previstas para los agentes comprendidos en él, determinándose la contraprestación pertinente conforme a la índole de la tarea a cumplir, salvo que se trate de colaboración directa a funcionarios superiores, en cuyo caso se considerará el sueldo que corresponde a la clase más elevada para la tarea o función que realice, previa intervención del organismo central de personal.

Finalmente, el punto XVII de la reglamentación dispone que el titular de cada repartición será personalmente responsable por las tareas en horario suplementario que se realicen en el área de su jurisdicción que no se ajusten a las pautas precedentes, agregando el siguiente punto que el personal del agrupamiento jerárquico no podrá percibir retribución alguna por tareas en horario suplementario en los términos del art. 26 de la ley.

5. Compensaciones

Las compensaciones se encuentran legisladas en el art. 27, LEPBA, y básicamente pueden ser originadas en el cumplimiento de órdenes de las autoridades competentes o para compensar al agente que no gozó de sus vacaciones.

5.1. *Compensaciones por el cumplimiento de órdenes de servicios*

La primera conceptualización es definida por este artículo como “importe por los gastos originados como consecuencia del cumplimiento de órdenes de servicio y cuya situación no se encuentre prevista en el rubro retribuciones”, incluyéndose los viáticos, la movilidad, el cambio de destino y los gastos de representación.

Estas compensaciones, con exclusión de los gastos de representación, pueden ser abonadas en forma anticipada, con el expreso cargo impuesto en el art. 27 de rendir cuenta en los plazos que establezca la reglamentación. Como veremos más adelante, el decreto reglamentario sólo hace referencia al pago anticipado de la compensación por cambio de destino.

5.1.1. *Viáticos*

El viático es descrito por el Dr. Rodolfo Napoli de la siguiente forma: “En sentido riguroso, el viático es un gasto que debiendo ser realizado por quien presta un servicio por otro, queda, en definitiva, a cargo de este último, ya sea porque adelanta su importe o lo restituye”⁶⁹.

Para la LEPBA el viático es “la asignación diaria que se acuerda a los agentes para atender todos los gastos personales que le ocasionen el desempeño de una comisión de servicio a cumplir a más de treinta kilómetros fuera del lugar habitual de prestación de tareas” (art. 27, inc. 1-a).

En el decreto reglamentario del art. 27 se establece, respecto del viático, que su liquidación se efectuará por intermedio del pertinente organismo contable en la forma y las condiciones que se establezca con carácter general para el personal de la Administración Pública provincial.

5.1.2. *Movilidad*

El concepto movilidad se asemeja a los montos pagados para reintegrar los gastos que el agente público eroga para trasladarse diariamente al lugar de trabajo. Este pago también es conocido como viático, ya que técnicamente está destinado a atender uno de los gastos personales que le ocasiona el desempeño de una comisión fuera de su lugar habitual de trabajo, en el caso, el costo de transporte.

Así, dentro de estos otros rubros, la LEPBA incluye a la movilidad, definiéndola como “el importe que se acuerda a los agentes para atender los gastos de traslado que origine el cumplimiento de una comisión de servicios” (art. 27, inc. 1-b).

Al igual que respecto del viático, la reglamentación del art. 27 establece, en relación con la movilidad, que su liquidación se efectuará por intermedio del pertinen-

⁶⁹ NAPOLI, Rodolfo, *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, 2ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1971, p. 194.

te organismo contable en la forma y las condiciones que se establezca con carácter general para el personal de la Administración Pública provincial.

5.1.3. Cambio de destino

A diferencia de las compensaciones anteriores, dirigidas a reintegrar sumas de dinero abonadas por el empleado en ocasiones excepcionales, la asignación por cambio de destino tiene por objeto solventar los gastos originados por un cambio de carácter permanente, dispuesto y ordenado por la propia administración empleadora.

Así, el art. 27, LEPBA, en su inc. 1-c), lo define como “la asignación que corresponde al agente al que, con carácter permanente se lo traslada del asiento habitual y que implique un cambio de domicilio real, con el fin de compensarle los gastos que le ocasione el desplazamiento. No se acordará cuando se disponga a solicitud del propio agente”.

En cumplimiento de la manda legal que prevé el pago anticipado de las compensaciones enumeradas en los incs. a), b) y c), art. 27, LEPBA, el decreto reglamentario dispuso que el cambio de destino se liquidará anticipadamente conforme con las siguientes normas: “a) El cincuenta por ciento de la remuneración nominal que percibe el agente como única compensación. b) El monto equivalente a un día de viático para personal no jerarquizado por cada miembro de la familia que esté a su cargo o al que deba prestar alimentos de acuerdo con las disposiciones del Código Civil, siempre que se trasladen con el agente”.

5.1.4. Gastos de representación

La compensación por gastos de representación está definida en el inc. d) del art. 27, LEPBA, que establece: “Es la asignación mensual que, por la índole de sus funciones, se acordará a los funcionarios que legal o reglamentariamente se determine”.

5.2. Compensación por licencia para descanso anual no gozada

El punto 2º, art. 27, LEPBA, establece que se considera como compensación el “importe que percibirá el agente que no gozare efectivamente de licencia por descanso anual, por haberse producido su cese cualquiera fuera la causa del mismo. Esta compensación será por el monto equivalente a los días de licencia anual que corresponda al agente, al que deberá adicionarse, cuando así corresponda, la parte proporcional a la actividad registrada en el año calendario en que se produce el cese del agente. Asimismo se abonará esta compensación cuando el agente que cese registrare una actividad inferior a seis meses en un año calendario, siempre que alcance dicho lapso mínimo con la actividad del año inmediato siguiente”.

En la reglamentación se dispuso que el monto de la compensación por licencia para descanso anual no gozada, que corresponda a períodos mayores de seis meses y menores de doce meses, será el que resulte de aplicar las escalas que se establecen en el art. 39 de la reglamentación. Continúa diciendo que se considerará como mes completo las fracciones de quince o más días. Para la determinación del monto de la compensación se computará el sueldo y los adicionales que integren la retribución mensual del agente.

Por último, refiere el decreto reglamentario que si el agente hubiera desempeñado cargos de distinta categoría y/o jerarquía previstos en este estatuto, el pago de la compensación se determinará en forma directamente proporcional al período en que los ejerció, comprendidos en el lapso por el cual acreditó el derecho al goce de licencia.

6. Subsidios

Establece la LERBA en su art. 28: “El agente gozará de subsidios por cargas de familia o por cualquier otro concepto que la legislación nacional en la materia establezca con carácter general, conforme los importes y modalidades que se determinen en jurisdicción provincial. Los derecho habientes gozarán de un subsidio por gastos de sepelio”.

El art. 29 dispone: “En caso de fallecimiento del agente, el cónyuge o falta de éste, los descendientes o, a falta de éstos los ascendientes, y si el agente fuera soltero, viudo o separado de hecho o legalmente, la persona que hubiere convivido con él públicamente en aparente matrimonio durante dos (2) años y lo pruebe fehacientemente, tendrá derecho, sin perjuicio de las demás asignaciones asistenciales que le pudieren corresponder, a percibir los sueldos del mes del fallecimiento del agente y el subsiguiente y todo otro haber devengado y no percibido. Si se produjera por actos de servicio, percibirán además de la remuneración del mes del deceso dos (2) meses más adicionales en concepto de subsidio. En cualquier caso percibirán las asignaciones familiares correspondientes por el término de seis (6) meses”.

Ambas normas establecen y reglamentan una determinada política estatal respecto de la familia y su protección, que se traducen en una forma económica de concretar el fortalecimiento de dicha institución social. El sistema de seguridad social es el encargado de intervenir frente a situaciones de contingencia social que generan mayores costos al trabajador otorgando determinados beneficios, que se concretan en prestaciones dinerarias y que tienden a compensar las necesidades generadas por la constitución y el desarrollo de la familia del empleado, en este caso, público⁷⁰.

Así, el marco general de protección lo otorga la Constitución de la Provincia de Buenos Aires al decir, en su art. 36, que la provincia promoverá la eliminación de los obstáculos económicos, sociales o de cualquier otra naturaleza que afecten o impidan el ejercicio de los derechos y las garantías constitucionales, y reconoce que “la familia es el núcleo primario y fundamental de la sociedad. La provincia establecerá políticas que procuren su fortalecimiento y protección moral y material”.

Dentro de estas políticas sociales dirigidas a la familia podemos considerar a las asignaciones familiares reconocidas a los empleados públicos como parte integrante del sistema de seguridad social cuya finalidad es la cobertura de las cargas de familia.

Para Humberto Podetti, las asignaciones familiares son “prestaciones concedidas a un jefe de familia en función de la carga que representa para él la manutención

⁷⁰ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge, *Curso de derecho del trabajo...*, cit., p. 776.

de cierto número de personas en el hogar; en primer lugar, y sobre todo, sus hijos; eventualmente, su cónyuge; a veces, sus ascendientes y colaterales”⁷¹.

La ley nacional 24.714, reguladora del régimen de asignaciones familiares y a la que remite el art. 28, LEPBA, dispuso en su art. 6° las siguientes prestaciones: a) Asignación por hijo. b) Asignación por hijo con discapacidad. c) Asignación prenatal. d) Asignación por ayuda escolar anual para la educación inicial, general básica y polimodal. e) Asignación por maternidad. f) Asignación por nacimiento. g) Asignación por adopción. h) Asignación por matrimonio.

La asignación por hijo consiste en el pago de una suma mensual por cada hijo menor de 18 años que se encuentre a cargo del trabajador (art. 7°).

La asignación por hijo con discapacidad consiste en el pago de una suma mensual que se abona al trabajador por cada hijo que se encuentre a su cargo en esa condición, sin límite de edad, a partir del mes en que se acredite tal condición ante el empleador. A los efectos de esta ley se entiende por discapacidad la definida en la ley 22.431, art. 2°: “...Se considera discapacitada a toda persona que padezca una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

La asignación prenatal consiste en el pago de una suma equivalente a la asignación por hijo, que se abona desde el momento de la concepción hasta el nacimiento del hijo. Este estado debe ser acreditado entre el tercer y cuarto mes de embarazo, mediante certificado médico. Para el goce de esta asignación se requiere una antigüedad mínima y continuada en el empleo de tres meses (art. 9°).

La asignación por ayuda escolar anual consiste en el pago de una suma de dinero que se efectiviza en el mes de marzo de cada año. Esta asignación se abona por cada hijo que concurra regularmente a establecimientos de enseñanza básica y polimodal o bien, cualquiera sea su edad, si concurre a establecimientos oficiales o privados donde se imparta educación diferencial (art. 10⁷²).

La asignación por maternidad consiste en el pago de una suma igual a la remuneración que la trabajadora hubiera debido percibir en su empleo, que se abona durante el período de licencia legal correspondiente. Para el goce de esta asignación se requiere una antigüedad mínima y continuada en el empleo de tres meses (art. 11).

La asignación por nacimiento de hijo consiste en el pago de una suma de dinero que se abona en el mes que se acredite tal hecho ante el empleador. Para el goce de esta asignación se requiere una antigüedad mínima y continuada de seis meses a la fecha del nacimiento (art. 12).

La asignación por adopción consiste en el pago de una suma de dinero, que se abona al trabajador en el mes en que acredite dicho acto ante el empleador. Para el goce de esta asignación se requiere una antigüedad mínima y continuada en el empleo de seis meses (art. 13).

La asignación por matrimonio consiste en el pago de una suma de dinero, que se abona en el mes en que se acredite dicho acto ante el empleador. Para el goce de este beneficio se requiere una antigüedad mínima y continuada en el empleo de seis

⁷¹ PODETTI, Humberto, “Las asignaciones familiares”, en DEVEALI, Mario L. (dir.), *Tratado de derecho...*, cit., p. 539.

⁷² Párrafo modificado por art. 3°, ley 25.231, BO del 31/12/1999.

meses. Esta asignación se abona a los dos cónyuges cuando ambos se encuentran en las disposiciones de la presente ley (art. 14).

En la órbita provincial, la ley 10.592 dispuso en su art. 20 que el monto de las asignaciones por escolaridad primaria, media y superior y de ayuda escolar se duplicará cuando el hijo a cargo del agente del Estado provincial, de sus organismos descentralizados, de las empresas del Estado y de las municipalidades, de cualquier edad, fuere discapacitado y concurriese a establecimiento oficial o privado controlado por autoridad competente, donde se imparta educación común o especial. A los efectos de esta ley, la concurrencia regular del hijo discapacitado a cargo de dicho agente, a establecimiento oficial o privado controlado por autoridad competente, en el que se presten servicios de rehabilitación exclusivamente, será considerada como concurrencia regular al establecimiento en que se imparta enseñanza primaria.

7. Indemnizaciones

La indemnización es el resarcimiento de los daños o perjuicios causados a alguien en su persona o sus bienes y tiene aplicación a la relación de empleo público debido a la existencia de los principios de ajenidad del riesgo empresario e indemnidad.

Estos principios, si bien no pueden excluir o eliminar la existencia de un daño en la persona o bienes del trabajador, sí establecen un sistema jurídico que garantice su resarcimiento.

Para Juan Carlos Fernández Madrid, el principio de indemnidad se explica por "la idea de que el trabajador debe salir indemne (ileso, incólume, intacto) de la relación contractual, es decir, sin daño, comprende todos los riesgos derivados del trabajo por cuenta ajena. Son los riesgos provenientes de los cambios (variaciones en las condiciones de trabajo, cualquiera fuera su origen), los derivados de la negligencia del principal que tengan repercusión sobre el contrato, los vinculados con los perjuicios sufridos en los bienes del trabajador por el hecho o en ocasión del trabajo en general, los daños producidos en su salud o, v.gr., los originados en medidas arbitrarias del empleador"⁷³.

La LEPBA establece en su art. 30 un régimen de indemnizaciones por aquellas circunstancias dañosas sufridas en la relación laboral y por la disponibilidad del agente dispuesta en virtud de lo normado en su art. 11 y concordantes. Tenemos entonces dos causas que permiten el inicio del correspondiente trámite para obtener los montos indemnizatorios dispuestos en esta norma: a) la existencia de una enfermedad profesional o accidente laboral y b) por disponibilidad del agente dispuesta en el marco de una reestructuración administrativa.

Este régimen legal, que dispone el reconocimiento normativo expreso de los resarcimientos de los daños, por un lado, causados por enfermedades y accidentes de trabajo y, por otro, vinculados al cese de la relación por reestructuraciones que impliquen la supresión de organismo o la eliminación de cargos (art. 11, LEPBA), no implica el desconocimiento de las acciones que los empleados públicos puedan intentar persiguiendo la indemnización de otros daños.

⁷³ FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado práctico de derecho de! trabajo*, t. I, La Ley, Buenos Aires, 1990, p. 234.

7.1. Indemnización por enfermedad profesional o accidente laboral

La afectación de la salud del trabajador o su integridad psicofísica, producida en la relación de trabajo, genera la responsabilidad del Estado empleador, en virtud del principio de indemnidad y ajenidad del riesgo empresario, y de la propia disposición de la Constitución Nacional que indica que el Estado otorgará los beneficios de la seguridad social, con carácter integral e irrenunciable (art. 14 bis, CN) y la Carta provincial que ampara los regímenes de seguridad social emergentes de la relación de empleo público (art. 40, Const. prov.).

El art. 30 dispone: "Será acordada indemnización por los siguientes motivos: a) Por enfermedad profesional y/o accidente sufrido en acto de servicio. Esta indemnización será acordada en la forma que establezcan las leyes que rijan la materia, sin perjuicio de otros beneficios y derechos que legalmente puedan corresponder".

Como vemos, la LEPBA remite, en cuanto a la forma en que será otorgada la indemnización, a la ley que rige la materia que, como veremos a continuación, hoy, es la Ley de Riesgos del Trabajo 24.557.

7.2. La Ley 24.577 de Riesgos del Trabajo

En el año 1915, el Poder Legislativo sancionó la ley 9688, que fue la primera ley de accidentes de trabajo en nuestro país, amparando los infortunios laborales y las enfermedades ocurridos durante el tiempo de prestación de los servicios, ya sea por el hecho o en ocasión del trabajo, o por caso fortuito o fuerza mayor inherente a éste. Es importante destacar que la norma preveía su alcance a todos los trabajadores que se desempeñaran en relación de dependencia, incluyendo a los empleados públicos.

Posteriormente, las leyes nacionales 18.913 y 19.322 regularon la materia de accidentes de trabajo, innovando al incorporar como sujetos protegidos a los dependientes del Estado nacional, Estados provinciales y municipales, sin discriminación entre relación de empleo público y contrato de trabajo privado, incluyendo asimismo la responsabilidad de las mismas personas de derecho público por los accidentes que padecieran las personas obligadas a prestar un servicio con carácter de carga pública.

La ley 23.643 mantuvo la citada inclusión de los empleados públicos de las tres esferas del gobierno y la ley 24.028 introdujo alguna variante, ya que aunque se menciona el contrato de empleo público no se hace referencia a las provincias o municipios, a los que sí se nombra al referirse a cargas públicas.

Finalmente, el 4 de octubre de 1995 se publicó en el Boletín Oficial la nueva ley de accidentes de trabajo, 24.577, que modificó sustancialmente el régimen legal anterior al crear las aseguradoras de riesgos del trabajo (ART) como el eje del nuevo sistema, eliminando la categoría enfermedad-accidente de trabajo, estableciendo la obligatoriedad del seguro o autoseguro y suprimiendo la responsabilidad civil del empleador, salvo el caso de dolo.

La ley establece que están obligatoriamente incluidos en su ámbito de aplicación, sin reconocer opciones y sancionando a aquellos responsables de la inclusión en el caso que la omitan, entre otros, a los funcionarios y empleados del sector público nacional, provincias y de sus municipios y de la Municipalidad de Buenos Aires y las personas obligadas a prestar un servicio de carga pública.

El nuevo régimen define en su art. 6° como hechos o sucesos contemplados como cubiertos: a) accidentes de trabajo, b) accidentes *in itinere*, c) enfermedades profesionales.

El accidente de trabajo es considerado por la ley como “todo acontecimiento súbito y violento ocurrido por el hecho o en ocasión del trabajo, o en el trayecto entre el domicilio del trabajador y el lugar de trabajo”.

Para Valentín Rubio, los ejemplos clásicos de accidentes son las amputaciones, fracturas, lesiones internas o externas, quemaduras, originadas por máquinas, equipos, herramientas, instalaciones o caídas sobre pisos, escaleras, vacíos, etc.⁷⁴. Si bien estas circunstancias son muy comunes en ámbitos laborales de producción, también pueden acaecer en los ámbitos de trabajo de la Administración Pública.

Para esta ley sólo se considerará accidente *in itinere* el que se hubiera producido en el trayecto directo e inmediato entre el trabajo y el domicilio del trabajador, lugar de estudio o el otro empleo donde se encuentre el familiar del accidentado.

Las enfermedades profesionales son aquellas que se encuentran incluidas en el listado que anualmente elaborará y revisará el Poder Ejecutivo nacional. El Comité Ejecutivo Permanente creado por el art. 40, ley 24.577, en el que las provincias no tienen representación, debe confeccionar el listado teniendo en cuenta la causa directa de la enfermedad con las tareas cumplidas por el trabajador y por las condiciones medioambientales de trabajo. Aquellas enfermedades no incluidas en el listado antedicho, así como sus consecuencias, en ningún caso serán consideradas resarcibles, por expresa disposición de la ley.

Como contingencias excluidas la ley expresamente establece a los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales causadas por el dolo del trabajador o por fuerza mayor extraña al trabajo y las incapacidades del trabajador preexistentes a su ingreso en la empresa y acreditadas en el examen preocupacional efectuado según las pautas establecidas por la autoridad de aplicación.

Tanto el accidente de trabajo como la enfermedad profesional pueden producir desde la muerte del trabajador a distintos tipos de incapacidad, entre los que reconoce la ley la incapacidad laboral temporaria, la incapacidad laboral permanente y la gran invalidez.

En lo que respecta a los Estados provinciales y municipales, en tanto empleadores, éstos deberán obligarse ante una de las empresas ART a cumplir un plan de mejoramiento cuyas pautas, contenidos y sanciones son establecidos por el Poder Ejecutivo nacional.

Como hemos visto en otra parte, la regulación de la relación de empleo público provincial corresponde a los Estados locales, siendo la regulación efectuada por la ley 24.577 una intromisión cuya validez depende de la manifestación de voluntad de las provincias, que deben aceptar tal normativa para incorporarla al régimen jurídico local.

Ha dicho al respecto Walter Bühler: “La circunstancia que la legislación anterior en materia de accidentes de trabajo halla incluido en su ámbito de aplicación a empleados provinciales y municipales, no exime la tacha de inconstitucionalidad de la nueva norma, en tanto intenta entrometerse en las relaciones de empleo público

⁷⁴ RUBIO, Valentín, *Derecho laboral*, t. II, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 220.

locales y someter a las autoridades respectivas a controles y dependencias de organismos nacionales e incluso de empresas privadas”⁷⁵.

7.3. *Indemnización por supresión del cargo (disponibilidad)*

La LEPBA, en su art. 30, incluye las indemnizaciones que pueden ser acordadas en sede administrativa por el siguiente motivo: “b) Por cese a consecuencia de la supresión del cargo a que se refiere el art. 11 y concordantes. Esta indemnización no alcanzará a los agentes que estén en condiciones de acogerse a los beneficios jubilatorios”.

Finaliza el art. 30 definiendo el *quantum* indemnizatorio para este último caso, al decir que “el monto de la indemnización será equivalente a un (1) mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual percibida durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor. Dicha base no podrá exceder el equivalente a tres y media (3 y 1/2) veces el importe mensual de la retribución correspondiente al básico de la categoría uno del régimen de cuarenta y ocho horas de la ley 10.430, o aquella que la reemplace en leyes posteriores. Asimismo el importe de la indemnización no podrá ser inferior a dos (2) meses del sueldo del primer párrafo”.

Al reglamentar este punto dice el decreto que el importe de la indemnización se abonará dentro de los treinta días del cese, y no podrá ser inferior a dos meses de la remuneración conforme al segundo párrafo del art. 30, inc. b) del estatuto.

8. **Carácter alimentario del sueldo**

Tanto la doctrina como la jurisprudencia reconocen que el sueldo del trabajador, público o privado, reviste el carácter de una obligación alimentaria, por ello es objeto de la protección del ordenamiento jurídico a través de la inembargabilidad de dicha remuneración.

Desde el derecho laboral Fernández Madrid explica: “La caracterización jurídica del salario lleva implícita su consideración como medio de sustento del trabajador y de su familia, y con este alcance puede decirse que tiene carácter alimentario, explicándose a la vez la compleja y extensa regulación de que ha sido objeto... Como derivación necesaria del carácter imperativo, y de orden público de este sistema de garantías, las disposiciones respectivas son irrenunciables por el trabajador, y se le imponen al empleador”⁷⁶.

De la circunstancia de tener que satisfacer la subsistencia del trabajador y su grupo familiar surge la necesidad de una intervención estatal que, con el objetivo de impedir que el producto del trabajador no le satisfaga sus requerimientos básicos, individuales y familiares, establece un régimen jurídico en el que se fijan salarios mínimos y obligatorios como forma de protección.

⁷⁵ BÜHLER, Walter N., “Ley de Riesgos del Trabajo y Empleo Público”, DT 1996-B-2689.

⁷⁶ FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Tratado práctico...*, cit., t. II, p. 1174.

9. El concepto de retribución justa, el salario mínimo, vital y móvil y el principio de igual retribución por igual tarea

La retribución justa implica que el salario que percibe el trabajador en concepto de retribución por su prestación debe ser suficiente para satisfacer sus necesidades vitales y sociales, tanto individuales como familiares.

Para la visión liberal de la sociedad y la economía, el Estado no debe intervenir en la fijación de las condiciones de trabajo entre las que se encuentra la remuneración que debe percibir el trabajador, quedando tales extremos librados a las voluntades de las partes⁷⁷.

La Cámara en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás dijo en autos “Sabbatini, Marta Susana y otros v. Dirección General de Cultura y Educación s/ restablecimientos de derecho”: “Recordemos que los docentes, al igual que el resto de los empleados públicos, se encuentran protegidos por la Constitución Nacional (art. 14 bis) y por la Constitución Bonaerense (art. 39). Dentro de la protección del trabajador se debe considerar el expreso derecho constitucional a una retribución justa” (expte. 32/2006, sent. del 21/12/2006).

La justicia de la remuneración se encuentra garantizada constitucionalmente por dos principios que conforman el tipo ideal o concepto jurídico indeterminado de salario justo. El primero de ellos establece un piso o base por debajo del cual un salario no es justo, esto es, siempre debe estar por encima del salario, mínimo vital y móvil. El segundo principio protector del salario justo es el que prohíbe la discriminación negativa que se manifiesta en un diferente salario por similar tarea.

La garantía del piso salarial general está legislada en el art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional, que garantiza a todos los trabajadores un “salario mínimo vital móvil”.

La Ley Nacional de Empleo 24.013 reglamenta el contenido del salario mínimo, vital y móvil y creó el Consejo Nacional de Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo Vital y Móvil (CNEPSMVM). En su art. 134 esta norma dispone: “El salario mínimo, vital y móvil garantizado por el art. 14 bis de la Constitución Nacional y previsto por el art. 116, Ley de Contrato de Trabajo (t.o. 1976) será determinado por el Consejo Nacional del Empleo, la Productividad y el Salario Mínimo, Vital y Móvil teniendo en cuenta los datos de la situación socioeconómica, los objetivos del instituto y la razonabilidad de la adecuación entre ambos”.

Según el art. 140, las personas alcanzadas por la norma son todos los trabajadores comprendidos en la Ley de Contrato de Trabajo, de la Administración Pública nacional y de todas las entidades y organismos en que el Estado nacional actúe como empleador, quienes tendrán el derecho a percibir una remuneración no inferior al salario mínimo, vital y móvil que se establezca de conformidad a lo preceptuado en dicha norma.

En su art. 135 la ley creó el CNEPSMVM con las siguientes funciones: a) determinar periódicamente el salario mínimo, vital y móvil; b) determinar periódicamente los montos mínimos y máximos y el porcentaje previsto en el art. 118 correspondiente a los primeros cuatro meses de la prestación por desempleo; c) aprobar los lineamientos, metodología, pautas y normas para la definición de una canasta básica que se convierta en un elemento de referencia para la determinación del salario mínimo,

⁷⁷ Pozzo, Juan D., *Derecho del trabajo*, cit., p. 49.

vital y móvil; d) constituir, en su caso, las comisiones técnicas tripartitas sectoriales referidas en el art. 97, inc. a); e) fijar las pautas de delimitación de actividades informales de conformidad con el art. 90 de esta ley; f) formular recomendaciones para la elaboración de políticas y programas de empleo y formación profesional; g) proponer medidas para incrementar la producción y la productividad.

Según lo dispone la ley en su art. 136, el Consejo estará integrado por dieciséis representantes de los empleadores y dieciséis de los trabajadores, que serán *ad honorem* y designados por el Poder Ejecutivo, y por un presidente designado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, y durarán cuatro años en sus funciones. La representación de los empleadores estará integrada por dos del Estado nacional en su rol de empleador, dos de las provincias que adhieran al régimen del presente título, en igual carácter, y doce de los empleadores del sector privado de las distintas ramas de actividad propuestos por sus organizaciones más representativas. La representación de los trabajadores estará integrada de modo tal que incluya a los trabajadores del sector privado y del sector público de las distintas ramas de actividad, a propuesta de la central de trabajadores con personería gremial. Agrega la ley que las decisiones del Consejo serán tomadas por mayoría de dos tercios. En caso de no lograrse ésta al término de dos sesiones, su presidente laudará respecto de los puntos en controversia. A petición de cualquiera de los sectores representados en el Consejo, se podrá modificar el monto del salario mínimo, vital y móvil establecido.

El carácter mínimo del salario implica que es la menor remuneración que debe percibir en efectivo el trabajador, sin cargas de familia por su jornada laboral. Que el salario sea vital indica que debe asegurarse al empleado la satisfacción de sus necesidades básicas, entendiéndose por ellas, de acuerdo con los tratados internacionales aplicables, alimentación adecuada, vivienda digna, educación, vestimenta, asistencia sanitaria, transporte, esparcimiento, vacaciones y cobertura previsional. La movilidad está dada por el necesario ajuste que periódicamente debe adaptarse a la variación del costo de vida.

Luego de la inamovilidad de todos los salarios durante el período en que nuestro país adoptó un régimen cambiario fijo, conocido como sistema de convertibilidad, la pesificación generó una alteración del costo de vida, siendo necesaria la adecuación de los salarios a tal situación.

Actualmente el salario mínimo vital y móvil lo fija el CNEPSMVM, integrado por representantes del sector sindical, del empresariado y del Poder Ejecutivo nacional. Sus resoluciones deben ser aprobadas por los dos tercios de sus miembros.

El 31 de julio de 2006 se publicó en el Boletín Oficial la resolución del CNEPSMVM 2/2006, por la cual se elevaron los montos correspondientes al salario mínimo, vital y móvil. Según esta norma, estos valores alcanzan a los trabajadores incluidos en el art. 140, ley 24.013, esto es, los comprendidos en la Ley de Contrato de Trabajo, los de la Administración Pública nacional y de todas las entidades y organismos en que el Estado nacional actúe como empleador.

¿Es aplicable todo ello a los agentes estatales dependientes de la provincia de Buenos Aires?

El principio de igual remuneración por igual tarea fue aplicado por el Juzgado en lo Contencioso Administrativo n. 1 de La Plata, al resolver la medida cautelar solicitada por la actora en autos "Sindicato Trabajadores Municipales de Saladillo v. Municipalidad de Saladillo s/pretensión de reconocimiento de derechos". En fecha

11 de junio de 2007, frente al pedido del sindicato municipal que solicitó que, ante la percepción, por parte de varios empleados de la planta temporaria, de una retribución superior a la que corresponde para los agentes de planta permanente, la municipalidad demandada equipare el sueldo del personal de planta permanente al mejor sueldo del personal mensualizado.

Así consideró *a quo* que “la solución cautelar que se propicia se fundamenta en las garantías constitucionales de retribución justa e igual remuneración por igual tarea, contempladas tanto en la Constitución Nacional como en la provincia”, correspondiendo, por ello, “ordenar a la Municipalidad de Saladillo a que en el plazo de treinta días de notificada la presente, disponga la equiparación salarial de los empleados de dicho municipio, de modo que los empleados de planta temporaria no perciban una remuneración superior a la que reciba un empleado de la planta permanente por similares tareas”.

10. La inequidad salarial como una forma de violencia laboral (ley 13.168)

Mediante la sanción de la ley 13.168, la Legislatura bonaerense estableció un régimen de protección de los empleados públicos contra la violencia laboral, conceptualizando la conducta reprochable como el accionar de funcionarios en posición jerárquica que atenten contra la dignidad, integridad física, sexual, psicológica y/o social de otro trabajador, manifestando un abuso de poder llevado a cabo, entre otras formas, a través de la inequidad salarial.

Según su art. 7º: “Se entiende por inequidad salarial el hecho de instaurar y practicar la disparidad salarial entre hombres y mujeres, que ejercen en el mismo establecimiento funciones equivalentes”.

Si bien la inequidad salarial repudiada legalmente no se limita a la prohibición de la objetiva disparidad remunerativa entre géneros, restringir los casos a esta discriminación por razón de sexo deja en descubierto otro tipo de injusticia que se ejerce mediante la distribución de premios de carácter salarial entre los empleados públicos.

En realidad, consideramos que la inequidad salarial, como una forma de violencia laboral, se da corrientemente en la Administración Pública a través de la distribución entre los agentes de una misma repartición de horas extras, comisiones, viáticos, URPES, etc. Esta distribución de beneficios económicos entre los agentes ha sido utilizada por los funcionarios con jerarquía como una forma de generar estímulos en los trabajadores más dedicados a su labor, premiándolos con la posibilidad de realizar horas extras, operativos especiales, etcétera.

Esta práctica que, bien dispuesta, no es reprochable, al no requerir una motivación expresa y pública de la forma en que se distribuyen los beneficios, puede apañar conductas de abuso de poder por razones personales, esto es, amistad, enemistad, etcétera.

Diana Scialpi, licenciada en Sociología, explica que en el ámbito de la Administración nacional, estas prácticas que esconden una modalidad de violencia laboral no son extrañas a la realidad de la organización estatal federal. Así nos dice: “Los adicionales discrecionales (a voluntad del político que los otorga incluso a agentes de planta permanente, además del salario común que reciben) también se otorgan en unidades retributivas. En estos casos se retribuyen tareas o servicios que

se desea retribuir en forma especial. Esto queda librado al simple arbitrio del jefe político y constituye información secreta que no se difunde. El jefe se constituye en árbitro y señor de las retribuciones de algunas pocas personas. El resto cobra el sueldo oficial que determina el escalafón”⁷⁸.

Esta práctica se repite en todas las administraciones provinciales y, en el caso de la provincia de Buenos Aires, la regulación legal tendiente a erradicar la violencia laboral no acertó en disponer medidas que den transparencia a la distribución de estos beneficios económicos y que obliguen a los funcionarios que toman tales decisiones a expresar claramente los motivos que justifican su otorgamiento a determinados empleados y no a otros.

11. Protección internacional del salario

11.1. *El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales*

Mediante ley 23.313 del 17 de abril de 1986, promulgada por decreto 673 del 6 de mayo de 1986, se aprobó el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (PIDESC) aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

Así el art. 7° de este Pacto dice: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial: a) una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores: i) un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; ii) condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto...”.

Esta norma debe ser relacionada con el art. 11, PIDESC, que dice en su primer inciso: “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia”.

11.2. *El Protocolo de San Salvador*

Los Estados partes en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) aprobaron el Protocolo Adicional de San Salvador en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

Según el art. 7° de este protocolo adicional, los Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular, el derecho a: “a) una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción...”.

⁷⁸ SCIALPI, Diana, *Violencias en la Administración Pública. Casos y miradas para pensar la Administración Pública nacional como ámbito laboral*, 1° ed., Catálogos, Buenos Aires, 1999, p. 114.

11.3. Normas de la OIT

Con fecha 8 de junio de 1949, en el marco de la OIT se aprobó el convenio 95 relativo a la protección del salario y tiene como destinatarias a todas las personas a quienes se pague o deba pagarse un salario⁷⁹.

Así, su art. 2º dice: "1. El presente Convenio se aplica a todas las personas a quienes se pague o deba pagarse un salario. 2. La autoridad competente, previa consulta a las organizaciones de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan y estén directamente interesadas, podrá excluir de la aplicación de todas o de cualquiera de las disposiciones del presente Convenio a las categorías de personas que trabajen en circunstancias y condiciones de empleo tales que la aplicación de todas o de algunas de dichas disposiciones sea inapropiada y que no estén empleadas en trabajos manuales o estén empleadas en el servicio doméstico o en trabajos análogos. 3. Todo miembro deberá indicar en la primera memoria anual sobre la aplicación del presente Convenio, que habrá de presentar en virtud del art. 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, cualquier categoría de personas a la que se proponga excluir de la aplicación de todas o de alguna de las disposiciones de este Convenio, de conformidad con los términos del párrafo precedente. Ningún miembro podrá hacer exclusiones ulteriormente, salvo con respecto a las categorías de personas así indicadas".

Este Convenio, como otros ya mencionados, no segrega a los trabajadores estatales de la protección que la OIT otorga a los trabajadores y en tanto los Estados miembros no excluyan expresamente a los empleados públicos de la aplicación de este instrumento internacional, los derechos en él establecidos les son plenamente garantizados.

Dicho esto, veamos la definición del salario que nos da la convención 95 de la OIT, que entiende por tal concepto la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por un acuerdo o legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar.

11.4. El Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción

Mediante la ley nacional 26.097 nuestro país aprobó la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada en Nueva York el 31 de octubre de 2003, quedando obligados los Estados firmantes, según lo expresa el art. 7º, inc. 1-c), a fomentar "una remuneración adecuada y escalas de sueldo equitativas, teniendo en cuenta el nivel de desarrollo económico del Estado parte".

⁷⁹ Ampliar en CABRAL, Pablo - CEJAS, Elizabeth - GIURLEO, Pablo, "La regulación jurídica del empleo público y el contenido de las negociaciones colectivas de trabajo", en *Primer Concurso de Ensayo: El Estado Nacional. UPCN en el pensamiento*, UPCN en las letras, Buenos Aires, 1995.

12. Las sumas no remunerativas y no bonificables. Su legalidad

Es en este punto donde nos vemos obligados a revisar antiguos conceptos constitucionales y rescatar del olvido los principios generales del derecho, invisibles protectores de nuestro ordenamiento jurídico.

La provincia de Buenos Aires, a través del Poder Ejecutivo, no puede desconocer estos principios que contienen en su esencia los valores de nuestra comunidad. Como claramente lo explica García de Enterría en *La lucha contra las inmunidades del poder*: “Los principios generales del Derecho son, como bien se sabe, una condensación, a la vez, de los grandes valores jurídicos materiales que constituyen el *substractum* mismo del ordenamiento y de la experiencia reiterada de la vida jurídica. Pues bien, hay que afirmar que la Administración está sometida no sólo a la ley, sino también a los principios generales del derecho, y ello por una razón elemental, por que la Administración no es señor del derecho, como puede pretender serlo, aunque siempre será parcialmente, el legislador. La Administración no es un poder soberano, sobre esto hemos de insistir, y por esta simplísima razón no puede pretender apartar en un caso concreto, utilizando una potestad discrecional, la exigencia particular y determinada que dimana de un principio general de derecho operante (dentro de la comunidad que se trate) en la materia de que se trate. La ley que ha otorgado a la Administración tal potestad de obrar no ha derogado para ella la totalidad del orden jurídico, el cual, con su componente esencial de los principios generales, sigue vinculando a la Administración”⁸⁰.

Lo dicho por el jurista español con respecto a las potestades discrecionales es, con más razón, aplicable al ejercicio por parte de la Administración de sus potestades regladas, como sucede en este caso.

Éstos son los principios de los derechos sociales, gremiales y de la seguridad social que luego de sucesivas luchas populares fueron rescatados de la Constitución de 1949 e incorporados como nuevo art. 14 o 14 bis.

La Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires ha recogido estos principios y en la causa “Irigoyenborde v. Calera Avellaneda” (21 de noviembre de 1989) los aplica a los conceptos tratados en el presente reclamo. La Corte dijo: “Las gratificaciones son de carácter remuneratorio... Todo aquello que perciba el trabajador como consecuencia de su débito laboral —por el hecho o en ocasión del trabajo— debe considerarse como parte integrante de la remuneración pues la onerosidad, carácter esencial del contrato de trabajo, excluye la gratuidad de las prestaciones del trabajador y de las obligaciones contraídas por el empleador”.

Es evidente que la pretendida gratificación se otorga por una circunstancia que se cumple “por el hecho o en ocasión del trabajo”. Un premio al presentismo equivale a un monto abonado por concurrir al establecimiento y desarrollar las labores y tareas atinentes a su función, entiéndase *trabajar*.

En la misma causa, la Corte desarrolló con más extensión los argumentos ya mencionados: “Poco importa que en su origen el pago de las gratificaciones haya sido facultativo y obligatorio para el principal, pues en ambos supuestos la finalidad y naturaleza de la suma entregada al operario por este concepto es de carácter remuneratorio... El pago de las gratificaciones, aunque reconozcan en su origen una

⁸⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*, Civitas, Madrid, 1983, p. 42.

liberalidad del empleador, se convierte en obligatorio y por lo tanto exigible cuando obedece a *pautas objetivas o periódicas* al surgir como expectativas ciertas y razonables para el empleado cuando las mismas se cumplen... Las gratificaciones integran la remuneración del trabajador, por lo que corresponde liquidar sobre las mismas el sueldo anual complementario”.

También la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en la causa B-53103 “Donnarumma” de fecha 12 de abril de 1994 determinó, luego de definir el concepto de remuneración, que “...en esta inteligencia todas las cantidades abonadas al empleado deben considerarse comprendidas en el amplio concepto de remuneración, a menos que resulte claramente demostrado que fueron abonadas por un título distinto, ya sea oneroso o gratuito”.

Por último, el Alto Tribunal provincial, en la causa B-53.031 “Pereyra, Dardo v. Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires”, de fecha 11 de febrero de 1992, definió que “el concepto de remuneración comprende a los sueldos y asignaciones que revisten el carácter de habituales y regulares y toda otra retribución cualquiera fuere la denominación que se le dé y el cargo de quien la perciba”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sentó doctrina en la causa “Arguello Varela v. Estado Nacional s/amparo (A 621 XXIV)”, al sostener que establecer carácter “no remunerativo” a una asignación significa “desconocer la evidente naturaleza retributiva del incremento” y alterar de modo sustancial y por vía reglamentaria la normativa de la ley que rige el haber mensual; por lo que consideró que cualquiera fuera su denominación, las asignaciones que se perciban con carácter general tienen naturaleza remunerativa y quedan sujetas al pago de aportes previsionales.

Los señores conjuces Herrera y Roca, en el citado fallo, manifestaron con meridiana claridad que “el carácter del suplemento mal llamado no remunerativo, no deriva como consecuencia de la calificación unilateral que le atribuye el empleador, en este caso, una autoridad nacional, sino que nace de su propia naturaleza, y como se aprecia, es simplemente aumento de sueldo pretendidamente encubierto” (punto 10 consid.).

Para concluir se impone citar el criterio del más Alto Tribunal de la Nación en la causa “Piccirilli, Ricardo y otros v. Estado nacional s/cobro” (Fallos 312:297), en el que expresó “...La mención de ‘asignación no remunerativa’ resulta poco afortunada, carente de contenido, y un evidente contrasentido en cuanto pretende negar la naturaleza del adicional que está creando, esto es, su carácter remunerativo”. Posteriormente, mediante resolución 571/1989, ratificada por resolución 617/1989, en ejercicio de sus facultades de superintendencia, la Corte nacional dispuso que tales aumentos no eran otra cosa que “el medio elegido para conceder aumentos de remuneraciones al Poder Judicial”, debido que dichos montos “se perciben en forma habitual, regular y forman parte de la remuneración”.

En autos “Altamirano, Alberto G. y otros v. Estado nacional”, fallado por la Corte Suprema de la Nación el 13 de julio de 2000, se consideró lo siguiente: “Que la cuestión se centra en el alcance que debe asignarse al art. 2º, ley 22.969 en cuanto dispone que la escala porcentual de remuneraciones fijadas en el art. 1º —planillas anexas—, lo será sobre el total de las asignaciones atribuidas a los jueces de la Corte Suprema en todo concepto, excluyéndose los adicionales de carácter particular. Tales son los que perciba el magistrado de la Corte por razones particulares o propias a saber: asignaciones familiares, escolaridad, viáticos, que no alcanzan

sin más a todos los funcionarios, sino que deben ceñirse a circunstancias especiales, dado el carácter que revisten. Por el contrario las asignaciones generales son percibidas por todos los funcionarios sin exigencias de una condición determinada, de ahí que, a la luz del art. 2º, ley 22.969, a la asignación especial no remunerativa creada por el decreto 2474/1985 debe otorgársele ese carácter y, consecuentemente, no puede ser excluida de las asignaciones atribuidas a los jueces de la Corte 'por todo concepto'. Que no obsta a lo dicho la afirmación del carácter 'no remunerativo' consignado en el decreto, pues tal como se decidió el 15/3/1989 en autos 'Piccirilli', se trata de una expresión poco afortunada y carente de real contenido que comporta un 'evidente contrasentido', en cuanto se persigue negarle al adicional su ostensible carácter remunerativo".

Es evidente que los más altos tribunales mencionados coinciden en atribuir a los montos abonados en concepto de bonificación o gratificación el carácter de remuneratorios y bonificables, pues es claro que son parte integrante del concepto sueldo.

13. La remuneración de los secretarios privados

Por último, nos detendremos en la especial regulación que de la remuneración de los secretarios privados hace la LEPBA en su art. 165. Recordemos que en el art. 114 se establecía que la remuneración del personal afectado a las tareas de secretaría privada, que no pertenezca a planta permanente, no será mayor a la determinada para los directores.

En este marco, el artículo citado en primer lugar establece: "Los agentes que se desempeñen como secretarios privados percibirán la retribución porcentual de la remuneración total fijada en la planilla salarial para personal jerarquizado superior correspondiente al funcionario para quien presten servicios, cuyo monto se establecerá en la reglamentación. A los fines del presente artículo, determinase que los únicos funcionarios a quienes podrá corresponder secretario privado, son los siguientes: gobernador, ministros, secretarios de la gobernación, subsecretarios, asesor general de Gobierno, escribano general de Gobierno y titulares de los organismos de la Constitución y/o autárquicos".

Como vemos, la ley dispone la creación de un sistema de enganche proporcional para los funcionarios de las secretarías privadas, quienes no gozan de estabilidad y tienen una vinculación directa y personal con el funcionario a quien asisten.

El decreto reglamentario establece que los secretarios privados percibirán la remuneración mensual al porcentaje de la asignación mensual de la asignación total fijada en la planilla anexa I —personal jerarquizado superior del presupuesto vigente— para el funcionario a quien asisten. Para ello, dispone el siguiente detalle: "1. Secretario privado del señor gobernador: cincuenta y ocho por ciento. 2. Secretarios privados de los restantes funcionarios: cuarenta y siete con sesenta y nueve por ciento. Si se superara el tope fijado por el art. 114 de la ley, la asignación total quedará reducida a ese tope".

V. DERECHO A LAS LICENCIAS Y PERMISOS

1. La licencia y el permiso. Diferencias

En la relación de trabajo existen tres tipos de pausas temporales obligatorias que obedecen a razones higiénicas vinculadas con la fatiga psicofísica que produce

el trabajo y que impone un período de reposo. Así, desde el derecho del trabajo, se reconoce el derecho al descanso entre jornadas, al descanso semanal y a la licencia anual, además de un amplio catálogo de licencias especiales por matrimonio, nacimiento de hijo, fallecimiento de un familiar, estudio, etcétera.

La primera clasificación que hace la LEPBA consiste en dividir entre las denominadas licencias y los permisos.

Así, en su art. 36 regula la primera figura al decir: "Se denomina licencia en esta ley al derecho del personal tipificado en la correspondiente norma, como una ausencia al trabajo por las causas y duración que ésta determine. Requieren siempre previo aviso, salvo causas excepcionales que podrán ser justificadas *a posteriori*. Su autorización, en tanto cumpla con los requisitos establecidos no podrá ser denegada ni demorada excepto por causas graves y urgentes debidamente acreditadas".

Aquí destaca la norma el carácter obligatorio de la licencia que se deriva de la circunstancia que tal ausencia al trabajo es un derecho del empleado y su empleador no puede más que autorizar la licencia siempre que cumpla con las formalidades dispuestas normativamente.

Seguidamente la ley, ya en el art. 37, define a los permisos al decir: "Se denominan permisos en esta ley a las ausencias de trabajo tipificadas y justificadas en la correspondiente norma. Requieren siempre previo aviso, siendo su concesión facultativa de la máxima autoridad de la jurisdicción o de quien tenga delegada tal función. Pueden los mismos ser denegados por razones de servicio y otras debidamente justificadas".

Surge del texto legal su clara condición de situación jurídica, en la que el empleador no se encuentra compelido a conceder el permiso al trabajador de ausentarse, no existiendo derecho a tal beneficio en cabeza del empleado.

2. Licencias

El art. 38, LEPBA, enumera las licencias a que el agente tiene derecho: "1- Para descanso anual. 2- Por matrimonio. 3- Por maternidad, paternidad y alimentación y cuidado del hijo. 4- Por adopción. 5- Por razones de enfermedad o accidente de trabajo. 6- Para atención de familiar enfermo. 7- Por donación de órganos, piel o sangre. 8- Por duelo familiar. 9- Por incorporación a las Fuerzas Armadas, o de Seguridad como oficial o suboficial de la reserva. 10- Por razones políticas y gremiales. 11- Por preexamen, examen o integrar mesa examinadora. 12- Decenales".

Agrega la norma: "Todas las licencias se otorgarán por días corridos, excepto aquellas que expresamente esta norma determine que se otorgarán por días hábiles".

2.1. Licencia por descanso anual

El derecho a las vacaciones pagas fue reconocido en forma expresa por la Constitución Nacional, que en su art. 14 bis establece que el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes, las que asegurarán al trabajador "descanso y vacaciones pagados". El principio rector de esta norma protectoria es el de resguardar el descanso anual de los trabajadores.

Este derecho fue reconocido en el orden internacional por el convenio 52 de la OIT sobre las vacaciones pagadas en el año 1936 y la recomendación 47 del mismo

año. Al igual que en la LEPBA, las vacaciones pagas fueron reglamentadas a nivel provincial para los agentes municipales por la ley 11.757, que lo reconoce expresamente en sus arts. 14, inc. g; 28, inc. 1º; 29 y 30.

El bien protegido es la salud psicofísica del trabajador, que se garantiza con las vacaciones, cuya finalidad “consiste en ofrecer a los trabajadores una posibilidad para descansar, distraerse y desarrollar sus facultades” (recomendación 47 de la OIT).

Así también lo ha entendido la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al decir en autos “Ludueña”: “La institución del descanso anual tiene como finalidad permitir que el trabajador recupere sus fuerzas físicas y morales consumidas durante el cumplimiento de las obligaciones que le impone a lo largo del año el débito laboral. Ése es el sentido de la ley y que reconoce antecedentes legislativos de carácter nacional e internacional, la propia OIT plasmó tal beneficio del descanso anual en su Recomendación 47/1936, reiterándola en la convención 52 y con posterioridad en la convención 132 de 1970 en la que se reiteran tales conceptos al igual que la imposibilidad de renunciar, bajo pena de nulidad, al goce de las vacaciones anuales”⁸¹.

Como veremos a continuación, la LEPBA en su art. 39 estableció, luego de reconocer el descanso anual como un derecho, una escala ascendente de días de vacaciones según la antigüedad del agente. En los siguientes arts. 40 y 41, la norma legisla la obligatoriedad de su uso y su interrupción, así como su vencimiento anual.

2.1.1. Derecho a vacaciones pagas

El art. 39, LEPBA, dispone: “La licencia por descanso anual es de carácter obligatorio, con goce de haberes, conforme la antigüedad que registre el agente.

”Para tener derecho al goce completo de ésta el personal deberá contar con los años completos de actividad al 31 de diciembre del año inmediato anterior requeridos en cada supuesto. a- De catorce (14) días cuando la antigüedad del emplee no exceda de cinco (5) años. b- De veintiún (21) días cuando sea la antigüedad mayor de cinco (5) años y no exceda de diez (10). c- De veintiocho (28) días, cuando la antigüedad siendo mayor de diez (10) años, no exceda de veinte (20). d- De treinta y cinco (35) días cuando la antigüedad exceda de veinte (20) años. El agente tendrá derecho a gozar de ella por el término que le corresponda cuando haya cumplido un (1) año de actividad inmediata al 31 de diciembre del año anterior al de su otorgamiento. Si no alcanzase a completar esta actividad gozará de licencia en forma proporcional a la actividad registrada, siempre que ésta no fuera menor de seis (6) meses. El agente que al treinta y uno (31) de diciembre no complete seis (6) meses de actividad, tendrá derecho a gozar de la parte proporcional correspondiente a dicho lapso, a partir de la fecha en que se cumpla ese mínimo de actividad”.

En el decreto reglamentario se establece que la licencia comenzará en día lunes o el siguiente hábil si aquél fuera feriado. En el caso de agentes que desempeñen sus tareas en semana no calendaria, deberá comenzar el día siguiente hábil al del que el trabajador gozare del descanso semanal correspondiente.

⁸¹ Sup. Corte Bs. As., 27/12/2002, L. 75.293, “Ludueña, Pablo Luis v. Bahía Blanca Refrescos SA indemnización despido, etc.”.

En cuanto a la forma de solicitud y procedimiento de otorgamiento dice la reglamentación que esta licencia será concedida a requerimiento del agente, por el titular de la repartición quien, atendiendo a las necesidades del servicio, deberá programar con cuarenta y cinco días de anticipación los períodos de licenciamiento, atendiendo en la medida de lo posible los pedidos especiales, que puedan formular aquellos agentes que por razones de salud, debidamente justificadas por autoridad oficial, deban hacer uso de la misma en fecha determinada. De igual manera podrán atenderse las solicitudes que formulen los agentes por razones de estricto orden social, programadas con fecha determinada por organismos oficiales, entidades gremiales o mutuales.

Agrega que en los casos en que en la programación de la licencia no se hubiere contemplado la petición del agente, el titular de la repartición deberá comunicarle la fecha de otorgamiento de dicho beneficio, con por lo menos treinta días de anticipación. Caso contrario, el agente adquirirá el derecho de hacer uso de la licencia en la fecha solicitada.

Regula también el caso que puede darse cuando un matrimonio o personas unidas en aparente matrimonio se desempeñen en la Administración Pública provincial; su licencia deberá otorgarse en forma conjunta y simultánea, si así lo solicitaren, siempre que con ello no se altere el normal funcionamiento del servicio.

Por último, la reglamentación resuelve aquellos casos en los que los agentes hayan tenido una actividad mayor de seis meses, pero menor al año. Para esos casos, el período de licencia será el dispuesto en una tabla anexa, estableciéndose como mes completo cuando las fracciones superen los quince días corridos, despreciándose en caso contrario.

Actividad al 31 de diciembre de cada año	a)	b)	c)	d)
Seis meses	7	11	14	17
Siete meses	8	12	16	20
Ocho meses	9	14	19	23
Nueve meses	10	16	21	26
Diez meses	12	18	23	29
Once meses	13	19	26	32

Finalmente, en el caso de los agentes que al 31 de diciembre no registren una actividad de seis meses, podrán hacer uso de la licencia establecida precedentemente para dicho lapso a partir del momento que cumplan con dicho mínimo de actividad. En tal caso, el lapso computado para completar ese período no podrá ser considerado a los fines del goce de una nueva licencia.

2.1.2. *Obligatoriedad de uso y pérdida del derecho*

Continúa la ley en su art. 40 regulando la excepcionalidad de la interrupción de la licencia anual al afirmar en su texto que "el uso de la licencia es obligatorio durante el período que se conceda, pudiendo interrumpirse únicamente por razones imperiosas o imprevisibles de servicio, enfermedad, maternidad o duelo: en estos

últimos casos se continuará la licencia inmediatamente de cesada la causa de su interrupción”.

El decreto reglamentario dispone que en los casos en que razones imperiosas del servicio hagan necesaria la interrupción de la licencia, el titular de la repartición deberá comunicar tal circunstancia al organismo sectorial de personal u oficina que haga sus veces en un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas, haciendo constar las razones que la motivaron y el tiempo estimado para la iniciación del resto de la licencia, lo que hará conocer a dicho organismo cuando así se determine.

Agrega que cuando la interrupción se produjere por razones de enfermedad, la licencia se considerará interrumpida hasta tanto se produzca el alta médica, continuando el agente en uso de dicho beneficio para tener ese derecho, el agente deberá proceder en la forma indicada por el art. 49 de esta reglamentación. Desaparecida esta causal, continuará en el uso de la licencia anual que le restará usufructuar. La continuación de esta licencia anual, inmediatamente de producida el alta médica, no será considerada una nueva fracción.

Por último, el art. 41, LEPBA, dispone: “Vencido el año calendario de otorgamiento el agente perderá el derecho a usar de la licencia o de los días que le faltaren para completarla. Se exceptúa de ello los casos en que el agente se hallare en uso de licencia por enfermedad, maternidad o duelo o ésta le hubiere sido interrumpida por razones de servicio, y no fuere posible usar o completar su licencia en el mismo año calendario. En estos casos la licencia podrá ser transferida al siguiente año”.

Establece la reglamentación de este artículo de la ley que la licencia podrá fraccionarse hasta en dos períodos, debiendo finalizar indefectiblemente este beneficio el 31 de diciembre de cada año. En los casos de fraccionamiento, el agente deberá solicitar la segunda fracción de la licencia con una anticipación de treinta días a la fecha de iniciación de este segundo período.

Finaliza la reglamentación al establecer que a los efectos del cómputo de antigüedad para el uso de licencia anual se tomarán en cuenta los años de servicios acreditados en la Administración Pública nacional, provincial o municipal.

En autos “Flores”, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires reconoció el principio que establece que el no goce de la licencia anual no puede ser compensado en dinero, al afirmar que “el propósito que persigue la ley en materia de descanso anual es que el trabajador goce efectivamente del período respectivo prohibiendo su compensación en dinero”⁸².

Este principio se deriva de una norma de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante, LCT) que expresamente dispone: “Las vacaciones previstas en este título no son compensables en dinero, salvo lo dispuesto en el art. 156 de esta ley” (art. 162, ley 20.744).

Por su lado, el sistema de la LCT tiene como indudable finalidad el goce efectivo del período vacacional. Como dijo la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires: “El texto de su art. 150 no deja supeditada a la ‘libre’ voluntad del trabajador la elección de ese goce, por el contrario dispone que ‘el trabajador gozará’ de un período vacacional; igual designio pone en el art. 154 al expresar que ‘el empleado deberá conceder’, determinando en el art. 157 que si no se lo confiere

⁸² Sup. Corte Bs. As., 7/11/1989, L. 41.517, “Flores, Luis Antonio v. Hilandería Platense SA s/despido”, AyS 1989-IV-97.

el empleador el trabajador *per se* las debe tomar, para culminar en el art. 162 estableciendo que las vacaciones no son compensables en dinero, o sea que el no goce acarrea la pérdida del derecho”.

En efecto, la LCT prevé la posibilidad de que el trabajador se tome *per se* las correspondientes vacaciones. El art. 157 dice: “Si vencido el plazo para efectuar la comunicación al trabajador de la fecha de comienzo de sus vacaciones, el empleador no la hubiere practicado, aquél hará uso de ese derecho previa notificación fehaciente de ello, de modo que aquéllas concluyan antes del 31 de mayo”.

Si bien existe en el régimen del empleado municipal la obligación de ambas partes de utilizar las vacaciones dentro del año correspondiente a fin de garantizar la salud y el descanso del empleado público comunal, dicha norma no prevé la posibilidad de que el empleado municipal se tome *motu proprio* las vacaciones y tampoco existe una norma que prohíba su compensación en dinero.

La Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo de San Nicolás, en autos “Pérez, Eduardo Pascual v. Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos s/pretensión de reconocimiento de derechos”, dijo: “Surge de autos que, a raíz de una solicitud expresa del superior jerárquico comunal, el actor no hizo uso de su derecho constitucional a las vacaciones pagas. Esta situación de hecho, no tiene un remedio previsto en la norma para resguardar la falta de goce del período vacacional destinado a preservar la salud psicofísica del trabajador tal como sí lo está en la Ley de Contrato de Trabajo. Esta falta de descanso produce un menoscabo en la integridad física del trabajador en beneficio del empleador sin que pueda repararse a través del efectivo goce, ya que la ley prevé la forma en que deben tomarse las vacaciones interrumpidas en función del descanso anual. La acumulación sucesiva no sólo no está prevista en la ley, sino que resultaría disfuncional en relación con el sentido de la misma —esto es anual— y con la lógica continuidad que debe tener el ejercicio de las funciones estatales. Pero ello no supone que dicho menoscabo no pueda ser reparado, ya que si el goce no puede ser cumplido efectivamente, debe ser compensado como lógica contraprestación a dicho perjuicio, a través del pago de las vacaciones que ya no podrán ser gozadas por una decisión de la autoridad pública empleadora. Una decisión contraria resultaría violatoria de los arts. 14 bis de la Constitución Nacional y 39 de la Constitución Provincial” (expte. 19-2006, sent. del 19 de diciembre de 2006).

Como ha dicho María Angélica Gelli: “Aunque la ley general debe ser tuitiva para evitar abusos contra la salud y el bienestar de los trabajadores, el excesivo reglamentarismo suele perjudicar a las mismas personas que quiere proteger”⁸³.

2.2. Licencia por matrimonio

En su art. 42 la ley reconoce la licencia especial por matrimonio al disponer que “el agente que contraiga matrimonio, tendrá derecho a licencia, con goce de haberes, que podrá utilizar dentro de los quince (15) días anteriores o posteriores a la fecha de su matrimonio, según lo establezca la reglamentación”.

⁸³ GELLI, María A., *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2004, p. 119.

En la reglamentación se establece que esta licencia tendrá una duración de doce días y será concedida por el titular del organismo sectorial de personal u oficina que haga sus veces.

Continúa diciendo el reglamento que la solicitud de esta licencia será efectuada por el agente en formulario especial, con una anticipación de cinco días como mínimo ante el titular de la repartición en que se desempeña, quien le dará traslado al organismo sectorial de personal.

Esta licencia quedará pendiente de justificación hasta cuarenta y cinco días posteriores a su fecha de vencimiento, plazo en que el interesado deberá acreditar, con la presentación del certificado pertinente, la celebración del matrimonio; caso contrario, se procederá al descuento de sus haberes por el período inasistido.

Por último, el decreto indica que la aprobación de esta licencia estará condicionada a que el matrimonio sea válido, conforme a la legislación vigente.

2.3. Licencia por maternidad, paternidad y alimentación y cuidado del hijo

2.3.1. Derechos de la madre

En el art. 43, LEPBA, se reconoce la licencia: "Por maternidad, paternidad y alimentación y cuidado del hijo. El personal femenino gozará de licencia por maternidad con goce íntegro de haberes. Previa presentación del correspondiente certificado médico, tendrá la agente derecho a una licencia total de noventa (90) días, pudiendo comenzar ésta cuarenta y cinco (45) días antes de la fecha probable de parto, este plazo no podrá ser inferior a treinta (30) días. El resto del período total de licencia se acumulará al período de descanso posterior al parto. En caso de nacimiento pretérmino se acumulará al descanso posterior todo el lapso de licencia que no se hubiese gozado antes del parto, de modo de completar los noventa (90) días. En caso de permanecer ausente de su trabajo un tiempo mayor a consecuencia de enfermedad que según certificación médica deba su origen al embarazo o parto y la incapacidad para reanudarlo vencidos aquellos plazos, será acreedora de los beneficios previstos en el art. 49 de esta ley".

En la reglamentación se establece que si se produce la defunción fetal entre el cuarto mes y el séptimo mes y medio de embarazo, se otorgarán quince días de licencia a partir de la fecha de interrupción de éste.

Continúa el decreto disponiendo que el personal femenino, desde el mismo momento que certifique su estado de embarazo, gozará de las siguientes medidas de protección por su estado: a) Cuando desempeñe sus tareas en servicios donde exista la posibilidad de exposición a radiaciones, tóxicos o condiciones ambientales peligrosas o trabajos incompatibles con el embarazo certificado, se le asignará en forma inmediata y dentro de las setenta y dos horas un destino provisorio. b) Cuando se encuentre cursando el primer cuatrimestre de embarazo, en caso de declararse una enfermedad de carácter teratogénico (rubeola, hepatitis, sarampión, etc.) se encontrará eximida de prestar servicios, hasta que se disponga con carácter transitorio su cambio de destino a otro ámbito en que no exista tal situación y mientras ésta persista en su lugar de origen.

En los casos precedentes, dispone el reglamento que la Dirección de Reconocimientos Médicos y organismos competentes del Ministerio de Salud aconsejarán

la ubicación del personal involucrado hasta que desaparezca la causal motivo de cambio de destino o tareas.

Según el decreto reglamentario, a los efectos de este artículo de la ley, se considerará niño nacido pretérmino a aquel que al nacer tenga un peso de dos kilos trescientos gramos o menos. En caso de fallecimiento del niño, la mujer podrá optar por el reintegro a sus tareas, antes del vencimiento del plazo de esta licencia, previa intervención de la Dirección de Reconocimientos Médicos.

2.3.2. Derechos del padre

El art. 44 hace extensiva la licencia por nacimiento al padre del niño, con una importante reducción de los días licenciados, al disponer que “el personal masculino, por nacimiento de hijo gozará de una licencia de tres (3) días”.

El decreto reglamentario establece que, en caso de nacimiento múltiple, la licencia se extenderá un día más, pudiendo gozar de una licencia a tales fines de cuatro días. Su concesión será otorgada de oficio y deberá justificarse dentro de los quince días hábiles posteriores al nacimiento, con su certificación.

El caso a que hacemos referencia es exactamente un ejemplo del trato discriminatorio que sufre el padre con respecto al plazo de licencia fundado en el nacimiento de uno o varios hijos.

Como vimos anteriormente, el plazo otorgado a la madre es mucho más extenso, debiendo el plazo de licencia otorgado al padre, a nuestro entender, ser equiparado al de la madre.

2.3.3. Licencia por alimentación y cuidado de hijo

En este caso la ley le otorga ese derecho tanto a la madre (para el caso de lactancia natural), como al padre, tenedor, guardián o tutor (en caso de lactancia artificial) y se extiende en sus alcances hasta que el niño cumple su primer año de edad. No obstante esta aparente igualdad de trato entre los integrantes de la familia, la prioridad en el uso de esta licencia la tiene la madre, siendo para el padre un derecho que requiere el cumplimiento de una obligación extra: acreditar que la madre es también una trabajadora y su imposibilidad o renuncia a disfrutar de la licencia para hacerse cargo de la alimentación y cuidado del hijo.

Así, en su art. 45 se puede leer: “La licencia por alimentación y cuidado de hijo comprende el derecho a una pausa de dos horas diarias que podrá ser dividida en fracciones cuando se destine a la lactancia natural o artificial de hijo menor de doce meses. Esta licencia, en caso de lactancia artificial, podrá ser solicitada por el padre quien deberá acreditar la condición de trabajadora de la madre y su renuncia o imposibilidad para disfrutar de la licencia. Igual beneficio se acordará a las agentes que posean la tenencia, guarda o tutela de menores hasta un (1) año de edad, debidamente acreditada mediante certificación expedida por autoridad judicial o administrativa competente”.

La reglamentación dispone que esta licencia será concedida por el organismo sectorial de personal, a solicitud de la interesada ante la repartición en que se desempeña, debiendo consignar cuando hará uso de la misma y de acuerdo a las siguientes modalidades: a) Al comienzo de horario de labor. b) A la finalización del horario

de labor. c) Al comienzo y finalización del horario de labor (ingresando una hora después y retirándose una hora antes del horario asignado). De no surgir del legajo personal del agente, éste deberá acreditar la edad del menor.

Agrega la reglamentación que el derecho que otorga este artículo es incompatible con la realización de tareas que excedan su horario normal de trabajo. Esta disposición es concordante con la reglamentación del art. 26, LEPBA, que regula el régimen de horas extras, y que en su punto XIII establece que no se asignará tarea en horario suplementario al agente que se encuentre en uso de licencia de cualquier tipo, que no haya prestado servicios por inasistencias, cualquiera fuere su motivo, ni a quienes gocen de reducción horaria.

Termina diciendo el decreto reglamentario, como se adelantara, que el padre deberá acreditar la condición de trabajadora de la madre y su renuncia o imposibilidad para disfrutar de la licencia, mediante certificación de su empleador.

Esta referencia al deber que tiene el padre de acreditar la condición de trabajadora de la madre condice con una "carga extra" que tiene que cumplir para poder gozar de la licencia por nacimiento de hijo.

2.3.4. Situación de excedencia

El art. 46, LEPBA, establece: "La agente que vigente a la relación de empleo, tuviera hijo y continuara residiendo en el país podrá optar entre las siguientes situaciones: a) Continuar su trabajo en la Administración, en las mismas condiciones en que lo venía haciendo. b) Renunciar al empleo percibiendo la compensación por el tiempo de servicio que se le asigna por este inciso. En tal caso, la compensación será equivalente al 25% de la remuneración del agente calculada en base al promedio fijado en el art. 31 por cada año de servicio o fracción mayor de tres (3) meses. c) Quedar en situación de excedencia por un período no inferior a tres (3) meses ni superior a seis (6) meses. Se considera situación de excedencia la que asuma voluntariamente la mujer que le permite reintegrarse a las tareas que desempeñaba en la Administración a la época del alumbramiento, dentro de los plazos fijados u optar por la compensación que prevé el inciso b). La agente que hallándose en situación de excedencia desempeñe actividad remunerada en situación de dependencia quedará privada de la facultad de reintegrarse. Lo normado en los incisos b y c del presente artículo es de aplicación para la madre en el supuesto justificado de cuidado de hijo enfermo menor de edad a su cargo, con los alcances y limitaciones que establezca la reglamentación".

La reglamentación de este artículo dispone que la opción de quedar en situación de excedencia o renunciar con derecho a la compensación deberá efectuarse treinta días corridos antes de vencer la licencia por maternidad. La compensación será igual al 25% del monto resultante de aplicar el procedimiento previsto por el art. 30, inc. b del estatuto. El supuesto previsto por la ley en el último párrafo de este artículo se acreditará a través de la Dirección de Reconocimientos Médicos.

2.4. Licencia por adopción

En el art. 47 de la ley se reconoce el derecho a la licencia por adopción, al establecer que "en caso de guarda o tenencia con fines de adopción debidamente acreditadas de un menor de siete años, el agente adoptante gozará de una licencia de noventa (90) días corridos".

Reglamenta el decreto este artículo estableciendo que la solicitud de licencia deberá efectuarse en la repartición en que el agente se desempeñe como mínimo cinco días antes de su iniciación, debiendo acompañarse las certificaciones que acrediten el otorgamiento de la guarda y tenencia con fines de adopción y la edad del menor. Esta licencia será concedida por el organismo sectorial de personal.

Agrega el art. 48 de la ley: "Los arts. 44 y 45 serán aplicables, con idénticos plazos, en el caso de guarda o tenencia con fines de adopción debidamente acreditadas".

Como vemos, la ley iguala en derechos a los padres biológicos con los adoptivos, otorgándoles el disfrute de la licencia por paternidad y por alimentación y cuidado de hijo.

2.5. Licencia por razones de enfermedad o accidente de trabajo

La licencia por enfermedad y por accidente de trabajo son las más utilizadas por los agentes públicos, debiendo establecer por ello la ley un procedimiento especial para su otorgamiento y un sistema de control que le permita evaluar a la administración empleadora las causales de salud denunciadas por el trabajador público.

En la primera parte del art. 49, LEPBA, establece la licencia por razones de enfermedad o accidente de trabajo, al disponer: "Cuando exista enfermedad de corta o larga evolución, enfermedad profesional o accidente de trabajo que ocasione al agente impedimento para prestar normalmente las tareas asignadas se le concederá licencia de la siguiente forma: cada accidente o enfermedad no afectará el derecho del agente a percibir su remuneración durante un período de tres (3) meses si su antigüedad en el servicio fuera menor de cinco (5) años y de seis (6) meses si fuera mayor. En los casos que el agente tuviere carga de familia y por las mismas circunstancias se encontrara impedido de concurrir al trabajo, los períodos durante los cuales tendrá derecho a percibir remuneración se extenderán a seis (6) y doce (12) meses, respectivamente, según su antigüedad, fuese inferior o superior a cinco años".

Como se puede apreciar, la ley utiliza como parámetros objetivos para el otorgamiento del plazo máximo de licencia, la antigüedad del agente y su situación familiar, duplicando el tiempo de licencia para los casos en que el trabajador tenga cargas de familia. Según la reglamentación de la LEPBA se considerará que un agente tiene cargas de familia cuando tiene familiares bajo su dependencia económica y por los cuales perciba las asignaciones prevista en el decreto 507/1973 y sus modificatorias.

Para el caso de vencimiento del plazo máximo otorgado por la ley, el artículo continúa disponiendo: "El agente que no pudiese reintegrarse a sus tareas una vez agotados los plazos precedentes será sometido a examen por el organismo de aplicación quién determinará: a) si el agente se encuentra en condiciones de acogerse a los beneficios jubilatorios de acuerdo al grado de incapacidad determinado por las leyes previsionales; b) si el agente es pasible de ser reubicado en tareas y/o destino acorde con su capacidad: la recidiva de enfermedades crónicas no será considerada enfermedad, salvo que se manifestara transcurridos los dos (2) años".

En la última parte del art. 49 se establece la forma en que se le abonará el sueldo durante las licencias por enfermedad o accidente, disponiendo que "la remuneración que en estos casos corresponda abonar al agente se liquidará conforme a la que perciba en el momento de la interrupción de los servicios, con más los aumentos que

durante el período de interrupción fueren acordados a los de su misma categoría por aplicación de una norma legal o decisión de la Administración. Si el salario estuviere integrado por remuneraciones variables, se liquidará en cuanto a esta parte según el promedio de lo percibido en el último semestre de prestación de servicios no pudiendo, en ningún caso la remuneración del agente enfermo o accidentado ser inferior a la que hubiese percibido de no haberse operado el impedimento. Si durante el transcurso de esta licencia, el agente tuviera alguna actividad lucrativa, no percibirá remuneración alguna, pudiendo ser pasible de sanción disciplinaria, con obligación de devolver lo indebidamente percibido”.

Según lo establece el decreto reglamentario, se entiende por actividad lucrativa a la que permita demostrar la ausencia de impedimentos para prestar regularmente los servicios.

2.5.1. Organismo de aplicación: la Dirección de Reconocimientos Médicos

El reglamento establece que la Dirección de Reconocimientos Médicos será el organismo encargado del cumplimiento de las disposiciones de esta reglamentación en lo referente a las licencias por razones de salud, debiendo concederlas según corresponde y evaluar periódicamente los resultados de su aplicación, aconsejando las modificaciones que considere necesarias.

Este organismo aconsejará el cese para jubilarse a los agentes a los cuales una junta médica le hubiera comprobado la existencia de una incapacidad permanente que alcance el límite de la reducción de la capacidad laboral prevista en las leyes provisionales para el otorgamiento de la jubilación.

Deviene procedente evaluar si tales facultades de la Dirección de Reconocimientos Médicos se superponen con la competencia de las comisiones médicas previstas en la ley 24.577 para determinar y revistar las incapacidades laborales de los empleados públicos provinciales. En su art. 21, la Ley de Riesgos del Trabajo establece que las comisiones médicas y la Comisión Médica Central (creadas por el art. 51, ley 24.241) serán las encargadas de determinar el carácter y grado de la incapacidad (inc. 1-b), pudiendo revisar el tipo, carácter y grado de incapacidad (inc. 2°).

Según el reglamento del art. 49, LEPBA, se encuentra facultada también la mencionada Dirección de Reconocimientos Médicos para citar al agente que se encuentre en uso de licencia por enfermedad, a efectos de practicarle un examen por junta médica, bajo cualquier circunstancia, teniendo derecho éste a la percepción de los viáticos y movilidad reconocidos en el art. 27, LEPBA.

Las conclusiones y dictámenes de la junta médica tienen, según expresamente lo establece la reglamentación de la LEPBA, carácter inapelable. En nuestra opinión la revisión judicial de toda decisión de la Administración Pública, aun cuando sea de una especialidad técnica como la ciencia médica, es parte del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 15, CPBA).

2.5.2. Procedimiento de otorgamiento de la licencia y control

La solicitud de licencia médica, dispone el decreto reglamentario, se efectuará a la dependencia en la que el agente presta servicios al iniciarse el horario asignado para su labor. En caso de que pueda deambular solicitará autorización a su depen-

dencia para retirar el formulario en la oficina de personal, el que deberá ser llenado y firmado por la oficina.

Las solicitudes de licencias médicas serán enviadas a la Dirección de Reconocimientos Médicos por el organismo sectorial de personal, en el día de la fecha, planillas por duplicado y dentro de las dos horas de iniciado el respectivo turno de tareas, procediendo al archivo del duplicado de la planilla resumen para el posterior control de las licencias otorgadas por la citada dirección.

Continúa la reglamentación disponiendo que el talón de constancia, certificado por el profesional perteneciente a la Dirección de Reconocimientos Médicos, que quede en poder del agente, será entregado dentro de las cuarenta y ocho horas de iniciada la inasistencia, en la dependencia en la que el agente preste servicios, la que, una vez tomada debida nota, lo remitirá al organismo sectorial de personal.

La Dirección de Reconocimientos Médicos, en los reconocimientos domiciliarios, no justificará las licencias requeridas en los siguientes casos: 1. Si el profesional comprueba que el agente no tiene patología invalidante o puede deambular. 2. Si no se encontrara en su domicilio, salvo en el caso de internación imprevista. 3. Si se hubiese consignado un domicilio erróneo, salvo que la pertinente rectificación se hiciera antes que el agente estuviere en condiciones de reintegrarse.

Reglamenta el decreto que cuando una solicitud de reconocimiento a domicilio no fuera efectuada, cualquiera sea la causa, el agente dentro de un plazo no mayor de tres días a contar desde el comienzo de la inasistencias, está obligado a comunicar tal circunstancia a la dependencia en que preste servicios, para que ésta reitere el pedido, a fin de adoptar las medidas necesarias para dar curso a la licencia de que se trate. Si el agente no es visitado por el profesional y se reintegra a sus funciones, el organismo sectorial de personal comunicará tal circunstancia el día de reintegro del agente, a la Dirección de Reconocimientos Médicos, la que deberá adoptar las medidas conducentes para la justificación de la licencia.

Prevé la reglamentación que si el agente enfermase en un lugar donde coexista delegación de la Dirección de Reconocimientos Médicos, previo aviso por telegrama, a su regreso deberá presentar una certificación con diagnóstico y términos de días, expedida por profesionales pertenecientes a reparticiones oficiales nacionales, provinciales o municipales. Si ello ocurriera en el extranjero, será exigible una certificación de carácter oficial con la correspondiente traducción al idioma castellano, debiendo en tales casos dar intervención a la representación consular argentina del lugar. Las certificaciones referidas en los dos casos precedentes deberán ser presentadas con nota explicativa a la dependencia en la que el agente presta servicios, consignando el domicilio accidental, para su elevación al organismo sectorial de personal, que la remitirá a la Dirección de Reconocimientos Médicos, agregando el respectivo formulario de licencia médica con los datos personales del agente.

Si la licencia solicitada, cuando el agente se halle en el extranjero, fuera superior a los diez días corridos, ésta no será justificada si a su reintegro no presentare la historia clínica legible, con descripción de diagnóstico, evolución de la afección, fecha de alta, exámenes clínicos y/o de laboratorio, etc., y tratamientos efectuados.

Se completa el procedimiento establecido reglamentariamente cuando, en los casos de las solicitudes de licencia a que se refiere el apartado anterior, serán consideradas por una junta médica, la que previo examen del peticionante dictará si corresponde o no justificación. Para la realización de dicho examen al regresar el

agente a su residencia habitual, la repartición a la que pertenece deberá cursar comunicación a la Dirección de Reconocimientos Médicos, a efectos de programar las citaciones correspondientes.

Finalmente prevé el decreto que el personal que cumple tareas en horario nocturno o en días feriados y no laborables e inasista solamente a una jornada deberá presentarse el primer día hábil siguiente ante su dependencia, con certificación oficial para ser agregada al formulario de licencia médica por intermedio del organismo sectorial de personal, el que lo remitirá a la Dirección de Reconocimientos Médicos. Si el término de la inasistencia fuera mayor, se deberá proceder de acuerdo con lo indicado para el caso en que la solicitud de reconocimiento a domicilio no fuera efectuada, ya regulado.

2.5.3. Procedimiento en caso de accidente de trabajo

En los casos de accidentes de trabajo, dice el decreto reglamentario, el titular de la repartición comunicará inmediatamente al organismo sectorial de personal tal circunstancia, haciendo un detalle del acontecimiento y la forma en que se produjo. En caso que el accidente ocurra en el trayecto del agente entre su lugar de trabajo y su domicilio o viceversa, el titular de la repartición deberá certificar si éste ocurrió en la ruta usual y que no fue interrumpido por interés particular del agente o por cualquier razón extraña al trabajo.

Como ya vimos en un punto anterior, la Ley Nacional de Riesgos del Trabajo (24.557) estableció un nuevo sistema regulador de los accidentes laborales, que es aplicable por disposición de su art. 2° a los funcionarios y empleados del sector público provincial, remitiéndonos a los procedimientos de denuncia del accidente y controles médicos dispuestos en dicha norma nacional.

2.5.4. Prohibición de efectuar otras actividades durante la licencia

Tal prohibición, indicada en la reglamentación, consiste en disponer que todo agente en uso de licencia por enfermedad no podrá desempeñar en forma simultánea otras ocupaciones, ya sea en el ámbito privado u oficial, ni ausentarse de su domicilio habitual, sin autorización expresa de la Dirección de Reconocimientos Médicos. En caso de comprobarse una transgresión de lo anteriormente expuesto, la licencia será dejada sin efecto.

2.5.5. Examen médico y obligación de aviso

Este derecho se encuentra condicionado a la sujeción del agente a la realización de un examen médico por parte del empleador y la obligación de avisar a la Administración de la enfermedad o accidente que lo aqueja.

Así, el art. 50 dispone el control por profesionales de la provincia al establecer: "En cualquier caso de licencia por enfermedad el agente será sometido al examen por el organismo de aplicación que determine el Poder Ejecutivo, el que dictaminará sobre el particular, estando en sus facultades solicitar todos los antecedentes que estime pertinentes para mejor proveer. En caso de accidente de trabajo se formulará la pertinente denuncia ante la autoridad de aplicación en materia laboral y se dará comunicación al organismo de aplicación".

Si bien este artículo de la ley no se encuentra reglamentado, podemos hacer extensivo lo normado por el decreto reglamentario del art. 49, cuando dispone que el órgano de aplicación en materia de licencias por razones de salud será la Dirección de Reconocimientos Médicos.

Agrega el art. 51: “El agente, salvo casos de fuerza mayor, deberá dar aviso de la enfermedad o accidente y del lugar en que se encuentra, en el transcurso de la primera jornada de trabajo, respecto de la cual estuviere imposibilitado de concurrir por alguna de esas causas. Mientras no lo haga, perderá el derecho a percibir la remuneración correspondiente salvo que la existencia de la enfermedad o accidente, teniendo en cuenta su carácter y gravedad, resulte luego inequívocamente acreditada. El agente está obligado a someterse al control que se efectúe por el facultativo designado por la Administración”.

Al igual que el artículo anterior, esta disposición legal no cuenta con una reglamentación específica, aunque en la regulación del procedimiento de otorgamiento se encuentran establecidas tanto la obligación de informar al empleador del uso de la licencia como el sometimiento al control de un profesional de la salud que designe la Dirección de Reconocimientos Médicos.

2.6. Licencia por atención de familiar enfermo

Reconoce la ley en su art. 52 el derecho del agente a la licencia por atención de familiar enfermo, al establecer: “Para la atención de personas que integren su grupo familiar, que padezcan una enfermedad que les impida valerse por sus propios medios para desarrollar las actividades elementales, se concederá al agente licencia por el término de veinte (20) días en el año, con goce íntegro de haberes”.

Al igual que en las licencias por enfermedad, la reglamentación de este artículo establece que la concesión de esta licencia será competencia de la Dirección de Reconocimientos Médicos y deberá ser aprobada por el organismo sectorial de personal.

El decreto limita esta licencia cuando el familiar enfermo se halle internado en un establecimiento asistencial, negándole al agente tal derecho, salvo que el estado de aquél haga imprescindible su presencia.

En cuanto a los requisitos para su otorgamiento, el agente deberá reunir los siguientes: a) ser el único familiar que pueda cumplir ese cometido, b) habitar en el mismo domicilio o integrar el mismo grupo familiar, c) que el familiar enfermo no pueda valerse por sus propios medios para desarrollar sus actividades elementales y e) indicar el grado de parentesco existente. Estos requisitos tendrán carácter de declaración jurada, por lo que la licencia estará condicionada a ellos. En caso de comprobarse falsedad en la manifestación de los datos se considerará el término de la licencia como inasistencia sin justificar.

2.7. Licencia por donación de órganos, piel o sangre

Tanto el Estado nacional como el provincial y los municipios deben bregar por la promoción de prácticas solidarias como la donación, tanto de órganos, piel o sangre. Así, a nivel nacional se dictó la ley 21.541 (modificada por la ley 23.464) sobre trasplantes de órganos, seguida en la esfera provincial por la ley 10.586 reguladora de la ablación e implante de órganos y material anatómico. Esta norma dispuso en su

art. 13 la creación del Centro Único de Ablación e implante de Órganos en la provincia de Buenos Aires (CUCAIBA), entre cuyas funciones se encuentra la de formular políticas y programas de trasplante de órganos en la jurisdicción provincial.

Mediante ley 10.952 se dispuso la autorización al IOMA a convenir con el CUCAIBA, un sistema de promoción y publicidad entre sus afiliados a fin de crear conciencia solidaria respecto de la donación de órganos en el marco de las leyes nacional y provincial antes referidas.

En el marco de estas políticas tendientes a fomentar la práctica de donación de órganos entre los afiliados al IOMA, que en su mayoría son empleados públicos provinciales regidos por la LEPBA, el estatuto que los regula otorga licencias especiales a aquellos agentes que realicen estas conductas solidarias promovidas desde el Estado.

Así, en el art. 53, LEPBA, establece la licencia por donación de órganos, piel o sangre, al disponer: "El agente que donare piel o un órgano de su cuerpo con destino a un enfermo que lo necesite, gozará de licencia con goce íntegro de haberes por el lapso que determine la autoridad médica dependiente del organismo central de personal o la que establezca la reglamentación".

En el decreto reglamentario se dispone que la licencia se otorgará según lo determine la junta médica, que se constituirá al efecto. En ningún caso el plazo de esta licencia podrá exceder el máximo previsto para la licencia por enfermedad o accidente laboral regulada en el art. 49 de esta ley.

Continúa el reglamento disponiendo que para el uso de esta licencia el agente deberá presentar la solicitud con no menos de cuarenta y ocho horas de antelación, debiendo cumplimentar la misma con los siguientes requisitos, según se trate de: a) Donación de piel: la certificación médica en la que se indique la necesidad del acto. b) Donación de órganos: la certificación de la autoridad nacional, provincial o internacional respectiva.

Por último, se dispone en la reglamentación que estas licencias tendrán validez con la presentación de la documentación que certifique el acto médico reglamentado, ante la Dirección de Reconocimientos Médicos.

Completa la LEPBA en su art. 54 indicando: "El agente que donare sangre a un enfermo que la necesite gozará de licencia con goce de haberes, el día de la extracción debiendo acreditar tal circunstancia mediante la presentación de certificado médico".

En su reglamentación se establece que el beneficio de licencia alcanzará a los donantes aun cuando no se cuente con individualización de su destinatario. Esta licencia será concedida de oficio, previa solicitud del agente en la dependencia donde presta servicios, la que deberá efectuarse como mínimo al iniciarse el horario de trabajo que tenga asignado. Dentro de los dos días hábiles siguientes a la extracción deberá presentar certificado que la acredite, firmado por la autoridad responsable del establecimiento donde aquélla se hubiere realizado. Entre dos solicitudes de licencia por esta causa deberá mediar un plazo no menor de tres meses.

2.8. Licencia por duelo familiar

El art. 55 establece la licencia por duelo familiar al decir: "Se concederá al agente licencia por fallecimiento de familiares, con goce de haberes, conforme lo establezca la reglamentación".

En su reglamentación se establece que esta licencia será concedida por el organismo sectorial de personal de acuerdo con la siguiente graduación: a) Por fallecimiento de madre, padre, cónyuge o persona que estuviera unida en aparente matrimonio, siempre que acredite la convivencia durante dos años como mínimo con el agente; hijo, hermano, padrastro, madrastra, hermanastra, hijastro, tres días. b) Por fallecimiento de abuelo, nieto, bisabuelo, tío carnal, sobrino y primo hermano; padres, hermanos, hijos, sobrinos y tíos políticos, dos días.

Esta licencia, según establece la reglamentación, será ampliada en dos días más, cuando a raíz del duelo que afecte al agente deba trasladarse a un lugar distante a más de doscientos kilómetros de su residencia habitual.

Respecto de su cómputo se dispone que la licencia por duelo familiar podrá iniciarse el día del fallecimiento, el de las exequias o el hábil siguiente, a opción del agente. La solicitud de justificación la deberá efectuar el agente en formulario especial, debiendo acompañar para todos los casos documentación que acredite fehacientemente la veracidad de lo manifestado, dentro de las cuarenta y ocho horas de producido su reintegro al servicio.

2.9. Licencia por incorporación a las Fuerzas Armadas o de seguridad como oficial o suboficial de reserva

La licencia por incorporación a las Fuerzas Armadas se encuentra legislado en el art. 56, LEPBA, que establece: "Por incorporación a las Fuerzas Armadas o de Seguridad, como oficial o suboficial de la reserva al agente se le concederá licencia, durante el tiempo de su permanencia y hasta treinta (30) días corridos después de haber sido dado de baja, con el siguiente régimen: a) Cuando la retribución del agente en la Administración sea menor o igual al que le corresponda, por su grado en la Unidad o repartición militar a que se le destine, será sin goce de haberes. b) Cuando la retribución del agente en la Administración sea mayor que la que le corresponde por el grado militar que se le asigne, se le liquidará la diferencia hasta igualarlo".

Según la reglamentación, esta licencia será otorgada por el titular del organismo sectorial de personal, resultando indispensable que el agente acompañe, con la solicitud correspondiente, el certificado expedido por autoridad competente que acredite el grado militar que se le haya asignado y su retribución.

El agente está obligado a comunicar a la repartición en la que revista, dentro de los treinta días de producida, cualquier variación en el monto de la retribución que corresponda al grado militar que se le hubiere asignado, acompañando la pertinente certificación.

Sigue ordenando la reglamentación que el certificado que acredite la baja deberá consignar la última retribución recibida en jurisdicción militar, siendo necesario que, cuando el agente se reintegre después de haber sido dado de baja, dentro de los treinta días a que se refiere la ley, no percibirá haberes durante ese período.

2.10. Licencia por razones políticas y gremiales

La licencia por actividades gremiales y políticas se encuentra legislada en el art. 57, LEPBA, que dice: "El agente gozará de licencia por tareas de índole gremial, de conformidad con lo establecido en la legislación nacional respectiva y lo que determine la reglamentación".

Justamente, en el punto I, el reglamento establece que los agentes que hayan sido electos y/o designados para el desempeño de cargos directivos o representativos en asociaciones profesionales de trabajadores, con personería gremial y que por tal motivo dejen de prestar servicios, tendrán derecho a la licencia hasta treinta días posteriores a la finalización de su mandato, de conformidad con la ley nacional respectiva.

Continúa el reglamento refiriéndose a los miembros de las comisiones directivas y a los delegados de personal que no utilicen el derecho mencionado *ut supra*, al disponer que tendrán derecho a licencia con goce de haberes de hasta cinco días corridos o alternados mensuales, cuando ésta fuera necesaria para la defensa de los derechos individuales y colectivos de sus representados y/u organización.

En cuanto a la realización de actividades relacionadas con su cometido, estos agentes tendrán derecho a disponer de hasta cinco horas semanales, situación que la reglamentación equipara con la de los delegados del personal cuando deban desarrollar actividades de índole gremial, aun fuera de su lugar o ámbito de trabajo.

Los beneficios los deberá tramitar en forma exclusiva la asociación gremial de que se trate, acompañando a la autoridad facultada para concederlos, la siguiente documentación: a) Cargo para el cual fue elegido, fecha de comienzo y finalización de su mandato. b) Cargo para el cual fue designado y su duración. c) Para los delegados, término de su desempeño y área o ámbito de éste.

El reglamento establece, en cuanto a la licencia a que se refiere el punto I, que deberá ser otorgada por los señores ministros, titulares de los organismos de la Constitución, secretarios de la gobernación, asesor general de gobierno y titulares de los organismos autárquicos y/o descentralizados, y finaliza diciendo que deberá ser renovada por la entidad gremial el primer día hábil de cada año.

En cuanto a las restantes licencias, la reglamentación dispone que serán otorgadas por el titular del organismo sectorial de personal, estableciendo un plazo de cuarenta y ocho horas hábiles siguientes a la finalización del beneficio para que la organización sindical acredite su procedencia.

Asimismo, el número de agentes en uso simultáneo de licencia gremial no puede superar el doble de la cantidad de integrantes de la comisión directiva de la organización gremial de que se trate, incluidos estos últimos.

La entidad respectiva deberá acompañar, a fin de acreditar su personería gremial, la pertinente certificación extendida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación.

En su art. 58, la ley (primer párrafo modificado por ley 13.414) establece: "El agente que fuera designado por agrupaciones o partidos políticos reconocidos, como candidato a cargo electivo titular de cualquier índole y en cualquier jurisdicción, podrá hacer uso de licencia con goce íntegro de haberes hasta el día del comicio y desde quince (15) días anteriores al mismo, como máximo. La calidad del candidato a cargo electivo deberá justificarse con certificación de la correspondiente autoridad electoral y la licencia se hará efectiva a partir del momento en que se acredite tal circunstancia, en días corridos por el lapso establecido".

2.11. Licencia por preexamen, examen o integrar mesa examinadora

El derecho a la licencia por preexamen, examen e integración de mesa examinadora se encuentra reconocido en el art. 59 de la ley, al disponer en su texto: "El

agente que cursare estudios tiene derecho a las licencias que establezca la reglamentación, con goce íntegro de haberes”.

En este artículo, el decreto reglamentario enumera las distintas licencias a que tiene derecho el agente que curse estudios. Siendo las siguientes: a) Hasta un máximo de cinco días por vez inmediatos anteriores a la fecha fijada para el examen, en caso de las carreras de grado o posgrado, universitarias o terciarias, para la preparación de exámenes finales o parciales. Este plazo podrá ser prorrogado automáticamente cuando la mesa examinadora no se reúna y/o postergue su cometido. b) El día del examen, beneficio que se prorrogará automáticamente por el mismo motivo que el enunciado en el punto anterior. c) El o los días del examen, en caso de estar realizando el agente un curso preparatorio de ingreso a una carrera universitaria o terciaria, en iguales condiciones que el inciso b. d) El o los días del examen final o de promoción en caso de cursos primarios y secundarios, también en iguales condiciones que las enunciadas en el inciso b. e) Díez días por año calendario, por prácticas obligatorias de grado o posgrado, universitarias o terciarias. f) Por única vez, diez días de licencia, acumulables a los días del inciso a, cuando el agente tuviera que rendir la última materia de la carrera de grado o posgrado, universitaria o terciaria.

El reglamento se refiere a las certificaciones de estas licencias, estableciendo para todos los casos que deberán ser concedidas por los establecimientos educacionales dependientes de enseñanza oficial, reconocidos o incorporados.

Sigue diciendo que la solicitud de las licencias se efectuará en formulario especial, con indicación de la materia a rendir y establecimiento educacional, estableciendo un plazo mínimo de veinticuatro horas de anticipación a su iniciación.

El agente tiene la obligación de presentar, ante el titular de la repartición en que se desempeñe, certificado que acredite haber rendido el examen o las prácticas obligatorias y la fecha en que lo hizo, dentro de los quince días posteriores. Todo ello a fin de justificar la licencia, para lo cual el titular de la repartición elevará el certificado al organismo sectorial de personal u oficina que haga sus veces, para ser agregado a la solicitud de licencia, siendo los titulares de estas oficinas los encargados de otorgar las licencias.

La reglamentación finaliza estableciendo el plazo durante el cual queda pendiente de justificación la licencia en los casos en que el agente haya hecho uso de la licencia por preexamen y razones justificadas no le permitan rendir examen. El plazo es de ciento ochenta días corridos, y si en dicho período no acredita rendir el examen que justifica la licencia utilizada, se descontará de sus haberes, como si se tratara de inasistencias injustificadas.

Para acceder a tal beneficio el agente deberá comunicar por nota al organismo sectorial tal circunstancia, adjuntando las certificaciones en caso de corresponder.

2.12. Licencia decenal

El art. 60, LEPBA, dispone: “Cumplidos diez (10) años de antigüedad en la Administración Pública de la Provincia el agente tendrá derecho de una licencia de hasta doce (12) meses sin goce de haberes. Fraccionándolo a su pedido en dos períodos”.

Al respecto de este artículo, el decreto reglamentario establece que el agente deberá comunicar su voluntad de hacer uso de la licencia prevista, con una anticipación mínima de treinta días corridos a su fecha de iniciación.

En el punto siguiente detalla que la licencia podrá fraccionarse en dos períodos de igual o diferente número de meses y menor de tres meses. Asimismo, explica que el uso de la fracción de esta licencia no implica el uso de la fracción restante en forma obligatoria.

La reglamentación finaliza estableciendo que, la licencia de que se trata, será concedida por los señores ministros, titulares de los organismos de la Constitución, asesor general de gobierno, secretarios de la gobernación y titulares de organismos autárquicos y/o descentralizados.

3. Permisos

La LEPBA en su art. 61 establece que al agente le podrán ser otorgados los siguientes permisos: 1) para estudios y actividades culturales, 2) por actividades deportivas, 3) por asuntos particulares y 4) especiales.

3.1. Permiso académico

En el art. 62 la ley establece: “El agente que tenga que realizar estudios, investigaciones o trabajos de carácter técnico, científico o artístico, o participar en conferencias o congresos de la misma índole, o para cumplir actividades culturales, sea en el país o en el extranjero, se le podrá conceder permiso, sin goce de haberes por un lapso de hasta dos (2) años”.

El decreto reglamentario establece sobre este punto que, el pedido de permiso, deberá efectuarse ante la repartición en la que reviste el agente, en un plazo mínimo de veinte días de anticipación a la fecha de iniciación de la licencia, acompañando toda la documentación que justifique la solicitud.

Dicha solicitud será elevada por el titular de la repartición, con opinión fundada, al titular del organismo sectorial de personal y lo otorgará el Poder Ejecutivo.

3.2. Permiso por actividad deportiva o cultural

El art. 63, LEPBA, dispone: “Los agentes comprendidos en esta ley podrán solicitar permisos para el desarrollo de actividades deportivas y artísticas o por causas particulares, con y sin goce de haberes en la forma que establezca la reglamentación”.

Con respecto a este permiso, la reglamentación realiza una división entre las causales por las cuales el agente podrá solicitarlo: actividades deportivas, actividades artísticas y por causas o asuntos particulares.

a) Actividades deportivas: a su vez, se establece una diferenciación entre los deportistas aficionados, para la preparación y/o participación en campeonatos regionales selectivos, campeonatos argentinos o para integrar delegaciones que figuren regular y habitualmente en el calendario de las organizaciones internacionales y los dirigentes y/o representantes que integren delegaciones y, asimismo, a los jueces, árbitros, jurados, técnicos, entrenadores y todos aquellos que necesariamente deben cumplir funciones referidas a la atención psicofísica del deportista.

En el caso de los primeros, el plazo concedido con o sin goce de haberes es de un máximo de sesenta días al año.

En el caso de los segundos, podrá concederse con o sin goce de haberes y por un máximo de treinta días al año.

b) Actividades artísticas: el reglamento dispone que este permiso se concederá al agente que participe en actividades de este tenor, sin distinción de especialidad, por las cuales no perciba suma alguna en concepto de remuneración.

Dichas actividades deben ser organizadas por entes oficiales o instituciones de bien público y el plazo se concede por un máximo de treinta días al año, con o sin goce de haberes.

Atento sean las actividades de orden nacional, provincial o internacional, el reglamento hace una distinción en cuanto a la concesión de los permisos.

Así, en el caso de actividades de orden nacional o provincial, serán concedidos por los ministros, titulares de organizaciones de la Constitución, asesor general de gobierno, secretarios de la gobernación y titulares de organismos autárquicos y/o descentralizados.

En el caso de las actividades de orden internacional, lo hará el Poder Ejecutivo.

En cuanto al plazo para solicitar el permiso, el agente deberá hacerlo con una anticipación de veinte días a la fecha de iniciación del evento, acompañando certificación expedida por la entidad directriz del deporte o de la organizadora de la actividad artística, que acredite su participación, carácter con que interviene, actividad a desarrollar, evento en el que participa y su duración. Todo ello, ante el titular de la repartición en la que presta servicios que, con opinión fundada, elevará la solicitud al organismo sectorial de personal u oficina que haga sus veces, que podrá requerir la opinión del organismo específico en la materia con el objeto de evaluar las razones de interés público que justifiquen el otorgamiento de tal beneficio.

c) Por causas o asuntos particulares: finaliza la reglamentación estableciendo que el titular de la repartición podrá conceder permisos con goce de haberes por estas causas. Serán de hasta cinco días por año calendario, en períodos no mayores a un día.

3.3. Permiso para casos especiales

Por último, el art. 64, LEPBA, establece: “Por causas no previstas en este estatuto y que obedezcan a motivos de real necesidad, debidamente documentados, podrán ser concedidas licencias especiales con o sin goce de haberes en la forma y condiciones que establezca la reglamentación”.

El decreto reglamentario, en su último párrafo, dispone que el agente deberá registrar un año de actividad inmediata a la fecha de pedido de permiso para tener el derecho éste, debiendo solicitarlo con una anticipación no menor de treinta días corridos ante el titular de la misma repartición en que se desempeñe, que lo remitirá con opinión al organismo sectorial de personal u oficina que haga sus veces. Siendo indispensable para comenzar a utilizar el beneficio, el haber sido notificado de la resolución favorable.

Estos permisos para casos especiales serán concedidos por: a) El Poder Ejecutivo con o sin goce de haberes. b) Ministros, titulares de organismos de la Constitución, asesor general de gobierno, secretarios de la gobernación y titulares de los organismos autárquicos y/o descentralizados, con o sin goce de haberes por término no superiores a un año.

El Poder Ejecutivo será quien resuelva la ampliación de los permisos por un plazo superior a un año, no pudiendo superar los tres años.

VI. DERECHOS SOCIALES

En este punto del presente capítulo analizaremos la cobertura integral dispuesta por la ley respecto de la asistencia sanitaria y social del empleado público y a contar con ropas y útiles de trabajo, capacitación y menciones.

1. Asistencia sanitaria y social

1.1. Regulación legal

El art. 65, LEPBA, dispone el régimen de asistencia sanitaria y social al establecer: "El Poder Ejecutivo proveerá, mas allá de los derechos preenumerados, la cobertura integral de los agentes de la Administración Pública en lo que hace a la salud, previsión y seguridad, debiendo: a) Propiciar un sistema adecuado para brindar al agente y su grupo familiar directo un seguro total de salud. b) Propender a la habilitación de salas maternas y guarderías para niños en los establecimientos donde presten servicios un mínimo de cien (100) empleadas/os. c) Prever que los seguros y los subsidios mínimos establecidos que benefician a los agentes estén determinados sobre la base de porcentuales de actualización permanente. d) Adoptar las medidas de higiene y seguridad laboral que protejan al trabajador de los riesgos propios de cada tarea".

1.2. La seguridad social

Según la Conferencia Internacional del Trabajo, dictada en Filadelfia en 1944, el concepto de seguridad social engloba el conjunto de las medidas adoptadas por la sociedad a fin de garantizar a sus miembros, por medio de una organización apropiada, una protección suficiente contra riesgos a los cuales se hallan expuestos.

El advenimiento de esos riesgos entraña gastos imprevistos a los que el individuo que dispone de recursos módicos no puede hacer frente por sí solo, ni por sus propios medios, ni recurriendo a sus economías, ni siéndole tampoco posible recurrir a la asistencia de carácter privado o de sus allegados. Se consideran como instituciones de seguridad social exclusivamente las que corresponden a un régimen de atribución de prestaciones a los ciudadanos para la prevención de enfermedades y el tratamiento de los enfermos.

El art. 9º, PIDESC, establece: "Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social".

2. El derecho a la salud del trabajador y su protección legal

2.1. La prestación de salud del IOMA

El derecho a la salud está garantizado a todos los ciudadanos, tanto por los tratados internacionales incorporados por el art. 75 a la Constitución Nacional, como

por expresas disposiciones de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, reformada en el año 1994.

En especial hacen referencia a la salud el PIDESC, en su art. 12, cuando reconoce el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental.

La provincia de Buenos Aires, mediante la ley 6.982, con el objeto de brindar el correspondiente servicio de salud al conjunto de los agentes públicos provinciales, sobre la base de la contribución de todos sus integrantes, creó el IOMA, que funciona como entidad autárquica con capacidad para actuar pública y privadamente, dentro de sus funciones legales, debiendo otorgar a sus afiliados las siguientes prestaciones: a) medicina general y especializada en consultorio y domicilio; b) internaciones en establecimientos asistenciales; c) servicios auxiliares: análisis de laboratorio, radiografías y radioterapia, masoterapia; d) asistencia odontológica; e) provisión de medicamentos y f) cualquier otra prestación que resuelva el directorio. (conf. art. 22).

Según lo establece en su art. 1° la ley de creación, el IOMA tiene como objetivo realizar en la provincia todos los fines del Estado en materia médico asistencial para sus agentes en actividad o pasividad y para sectores de la actividad pública y privada que adhieran a su régimen.

Este organismo está gobernado por un directorio integrado por representantes del Poder Ejecutivo y de los afiliados obligatorios (conf. art. 2°) y sus recursos provienen, fundamentalmente, de los aportes de los afiliados directos, que según el art. 13 puede ser determinado por el Poder Ejecutivo entre el 4.5% y el 6.5%, y del Estado empleador (conf. art. 12).

Según el art. 16, ley 6982, será obligatoriamente afiliado todo el personal en actividad dependiente del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial, de organismos de la Administración Pública, docentes que presten funciones en establecimientos educacionales no oficiales comprendidos en el régimen del decreto-ley 8727/1977 y sus modificatorias, jubilados y pensionados del Instituto de Previsión Social de la provincia y de las municipalidades que se adhieran.

Por el siguiente artículo quedan excluidos de la obligatoriedad que fija el art. 16 aquellos funcionarios cuyo cargo sea electivo y los jueces del Poder Judicial, los cuales podrán solicitar su afiliación voluntaria al IOMA, la que será resuelta por el directorio.

La obligatoriedad de la afiliación llevó a varios empleados públicos provinciales a plantear la inconstitucionalidad del sistema, ya que sentían violentados sus derechos a la libre asociación y a la propiedad.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en autos "Nowinski, Elsa Alicia s/inconstitucionalidad art. 16, ley 6982. Instituto de Obra Médico Asistencial", declaró la constitucionalidad del régimen de afiliación obligatoria tanto para los agentes activos como para los pasivos de la Administración Pública Provincial. Dijo que: "La obligatoria incorporación a un sistema de seguridad social contenida en la norma impugnada no vulnera el derecho a la libre asociación en la medida en que las restricciones a la libertad y a la propiedad que ello implica encuentra su justificación en la necesidad de solventar un sistema de salud destinado a un grupo determinado de personas con derecho a prestaciones iguales. Tampoco la obligación contenida en el art. 16, ley 6982 transgrede el requisito de razonabilidad, límite al que se halla sometido para su validez constitucional todo ejercicio de la

potestad pública, desde que no queda conculcada la propiedad privada por vía de la confiscatoriedad si una mínima parte de ella (el aporte exigido por el art. 12, ley citada es del 4,5% del haber jubilatorio) es afectada por la ley al mantenimiento de un sistema de seguridad social del que la actora misma es beneficiaria”⁸⁴.

En autos “González Paganelli, Pedro Mario s/inconstitucionalidad arts. 14 y 16, ley 6982”, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se refirió a la situación de exclusión de los funcionarios electivos y de los jueces, diciendo: “No advierto que la distinción efectuada por el legislador (al excluir el art. 17 de la obligatoriedad que fija el art. 16 de la misma ley a los funcionarios cuyo cargo sea electivo y los jueces del Poder Judicial) sea irrazonable o arbitraria, atento a las diferencias existentes entre ambas categorías de agentes públicos y de funcionarios y magistrados provinciales, no sólo en cuanto al modo en que acceden a sus respectivos cargos sino a los sistemas disciplinarios y de remoción de los mismos, amén de sus dispares funciones y responsabilidades. De tal manera, no siendo las mentadas categorías iguales, la excepción contemplada dista de configurar la pretendida inconstitucionalidad”⁸⁵.

El art. 15, ley 6982, establece: “Gozarán de los beneficios de la presente ley los afiliados directos y su grupo familiar de conformidad con lo que establezca la reglamentación”:

Esta disposición legal fue reglamentada por el decreto 7881/1984, que en su art. 18 establece que el esposo de una empleada pública provincial puede afiliarse voluntariamente pagando una cuota, a diferencia de la esposa del agente estatal que, por disposición del art. 19 y por el solo hecho de estar vinculada matrimonialmente con el beneficiario, adquiere el carácter de afiliada indirecta, sin pagar cuota alguna.

Esta situación de discriminación por razón de sexo fue declarada inconstitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en autos “Barcena, Alicia Susana v. Provincia de Buenos Aires s/inconstitucionalidad art. 18 decreto 7881/1984”, en los que tuvo oportunidad de manifestar el Tribunal: “De la breve reseña de las disposiciones aplicables surge que los varones afiliados directamente a la obra social pueden afiliarse, sin cargo alguno, a sus esposas y que las mujeres directamente afiliadas sólo pueden afiliarse a sus esposos mediante el pago de una cuota adicional, excepto que estuvieren incapacitados... Pues bien, está claro que en el caso que nos ocupa se ha escogido al sexo como elemento determinante de una distinta consecuencia derivada de un mismo hecho, cual es la afiliación directa al IOMA”, para continuar diciendo que: “Así las cosas, entiendo que el Tribunal debe buscar objetivamente la racionalidad de la distinción y tratar de establecer cuáles pueden haber sido los motivos y fines perseguidos por la norma en tratamiento. En esa tarea, encuentro como único argumento serio para intentar justificar la diferenciación establecida que con ella se ha tratado de beneficiar a la mujer, considerándola afiliada sin cargo al Instituto por el solo hecho de estar casada con un afiliado directo, consagrando así un supuesto de lo que se conoce como discriminación positiva. Pero a poco que se analice con profundidad la cuestión se advierte claramente que ello no es así: en primer lugar porque la norma sólo se refiere expresamente a la esposa, es decir a la mujer casada con el afiliado directo y no a la que se encuentra

⁸⁴ Sup. Corte Bs. As., 5/12/1995, I-1.608, “Nowinski”.

⁸⁵ Sup. Corte Bs. As., 20/5/1997, I-1.692, “González Paganelli”.

unida a éste por una relación de hecho...; en segundo término, porque en rigor se desatiende la situación de las mujeres afiliadas, que deben pagar para que sus esposos gocen de los beneficios de la obra social, sacrificando una parte de sus ingresos que el hombre, en idéntica situación, no debe sacrificar”⁸⁶.

2.2. *La exclusión definitiva del IOMA como sanción disciplinaria.*

Su inconstitucionalidad

El art. 7º, inc. h, apartado b, decreto 4529/1993, prevé una sanción máxima para el afiliado consistente en la “exclusión definitiva” de la obra social.

Dicha sanción es aplicada aun cuando el agente puede no ser sancionado con una medida expulsiva y continúa prestando servicios para el Estado. Esta situación agravia los derechos constitucionales de estos empleados públicos provinciales, al ser excluidos de la obra social a la cual se hallan obligatoriamente sujetos por expresa disposición legal que surge del art. 16, ley orgánica del IOMA (ley 6982), que dispone “será obligatoriamente afiliado todo el personal en actividad dependiente del Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial”.

Esta medida, que obliga al agente sujeto a la exclusión definitiva de la obra social a seguir afiliado por el hecho de pertenecer a cualquiera de los tres poderes del Estado, atenta contra uno de los derechos fundamentales del hombre como es el derecho a la salud.

Tal sujeción legal de carácter obligatoria es el correlato de mandatos constitucionales que surgen de la Carta Magna provincial en sus arts. 36, incs. 4º, 5º y 8º, 39, 40, 56, 57, así como también los arts. 14 bis, 33, 75, inc. 22 (tratados de jerarquía constitucional), de la Constitución Nacional.

El derecho a una cobertura de salud como la que tiene todo trabajador y, especialmente, los trabajadores públicos de la provincia, se ve conculcado por dicha sanción, colocando al trabajador público sancionado en una desigual condición en relación con los demás trabajadores de la provincia; ello también es violatorio del principio de igualdad contemplado en los arts. 11 de la Constitución provincial y 16 de la Constitución Nacional.

La sanción, en sí misma, agravia derechos constitucionales de los agentes públicos, pues, si bien la ley orgánica del IOMA, ley 6982, establece la facultad de sancionar a los afiliados en su art. 7º, inc. h, de ningún modo establece que dicha sanción pudiera llegar a la de “exclusión definitiva” de la obra social. Y no establece dicho extremo pues, de ser así, no sólo iría en contra de las citadas normas constitucionales sino, que incluso, contra su propia cláusula de obligatoriedad de afiliación contenida en su art. 16.

Sin embargo, el decreto que reglamenta el art. 7º, inc. h de la citada ley, esto es, el dec. 4529/1993, en un exceso de las facultades reglamentarias, incorpora la máxima sanción de “exclusión definitiva” para los afiliados del IOMA en franca violación de normas legales y constitucionales.

Dicho exceso de facultades reglamentarias por parte del Poder Ejecutivo viola expresamente los arts. 144, inc. 2º de la Carta Magna provincial y art. 99, inc. 2º de la Constitución Nacional.

⁸⁶ Sup. Corte Bs. As., 19/8/1998. I-2.022, “Barcena”.

2.3. *La protección legal de las personas discapacitadas y su influencia en el régimen de empleo público (ley 10.592)*

El art. 172, LEPBA, establece: "El Poder Ejecutivo, conforme lo determine en la reglamentación, dispondrá de un porcentaje de vacantes para designar discapacitados, menores tutelados por el Estado y liberados que gocen los beneficios del art. 13 del Código Penal y sometidos al control y asistencia del Estado".

La prohibición de discriminación de las personas con capacidades diferentes ha sido dispuesta en los tratados internacionales de derechos humanos y en la Constitución bonaerense.

El Estado nacional, mediante la ley 22.431, sancionó el Sistema de Protección Integral de las Personas Discapacitadas. Asimismo, por ley 23.462, el Congreso de la Nación aprobó el convenio OIT 159, que regula la readaptación profesional y empleo de personas inválidas. También en el ámbito federal, por ley 24.013 creó los programas especiales de empleos para personas discapacitadas.

En directa reglamentación de las obligaciones estatales para con las personas discapacitadas, la Legislatura de la provincia de Buenos Aires dictó la ley 10.592, que estableció el régimen jurídico básico e integral para ellas.

El Estado bonaerense se obligó legalmente a asegurar los servicios de atención médica, educativa y de seguridad social a las personas discapacitadas en imposibilidad de tenerlos y a brindar los beneficios y estímulos que permitan neutralizar su discapacidad, teniendo en cuenta su situación psicofísica.

También deberá procurar eliminar las desventajas que impidan una adecuada integración familiar, social, cultural, económica, educacional y, en lo que aquí particularmente nos atañe, laboral.

El art. 8° de la ley dispone: "El Estado Provincial, sus organismos descentralizados, las empresas del Estado, las municipalidades, personas jurídicas de derecho público no estatal creadas por Ley, las empresas subsidiadas por el Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, están obligadas a ocupar personas discapacitadas que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al cuatro (4) por ciento de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser ocupados exclusivamente por ellas, de acuerdo con las modalidades que fije la reglamentación. El porcentaje determinado en el párrafo anterior será de aplicación sobre el personal de planta permanente, temporaria, transitoria y/o personal contratado cualquiera sea la modalidad de contratación. Asimismo y a los fines del efectivo cumplimiento del mínimo establecido, todos los Entes enunciados en el párrafo precedente, deberán comunicar a la Autoridad de Aplicación el relevamiento efectuado sobre el porcentaje aquí prescripto, precisando las vacantes existentes y las condiciones para el puesto o cargo que deba cubrirse".

El Juzgado Contencioso Administrativo n. 1 de La Plata, en autos "Trebino Molteni Juan Manuel y otro/a v. Ministerio de Salud s/amparo" ordenó al Estado bonaerense a cumplir con el cupo indicado legislativamente, reconociendo el derecho de Juan Manuel Trebino Harrington, quien sufre una discapacidad producto de su retraso mental leve, a ser incorporado para cubrir el cargo de camillero en el Hospital Zonal General de Agudos "Gobernador Domingo Mercante" de José C. Paz, previa realización del examen de idoneidad previsto en la ley 10.592.

Para así resolver, el juez Luis Arias consideró que "el obrar administrativo resulta arbitrario en forma manifiesta y ostensible, toda vez que aun cuando se encuen-

tran reunidos parte de los presupuestos que establece el régimen especial, esto es, la existencia de un cargo vacante, la propuesta de designación por parte de la autoridad competente y el certificado de discapacidad, ha omitido solicitar a la junta médica que se expida respecto de las condiciones de idoneidad del amparista para cumplir las tareas que involucran el ejercicio a cargo e informar a la autoridad que corresponde el relevamiento sobre la cobertura del porcentaje establecido en el régimen legal (arts. 3º, 8º y 9º, ley 10.592 y su decreto reglamentario 1149/1990). A esta actitud discriminatoria —en sentido negativo— se le añade el rechazo sin motivación suficiente de la solicitud de beca también promovida por el Director del Hospital (art. 4º, inc. c, ley 10.592)”⁸⁷.

El Poder Ejecutivo bonaerense cuenta, en materia de discapacidad, a partir de la sanción de este régimen especial, con el asesoramiento del Consejo Provincial para las Personas Discapacitadas, creado por el art. 5º, ley 10.592.

En cuanto a los empleados públicos provinciales que tengan capacidades especiales, la ley garantiza tres medidas específicas de seguridad social vinculadas con la salud, la educación y la jubilación.

En su art. 19 establece que “el Instituto de Obra Médica Asistencial de la Provincia de Buenos Aires promoverá y prestará asistencia médica integral a las personas discapacitadas afiliadas al mismo, con vistas a su rehabilitación, de conformidad con las disposiciones que rijan el funcionamiento de este Organismo, y en concordancia con los propósitos y finalidades de la presente ley”.

En el art. 20, ley 10.592, se establece la duplicación de las asignaciones por escolaridad cuando el hijo a cargo del agente del Estado provincial fuere discapacitado.

Por último, la provincia de Buenos Aires se obligó por esta ley a establecer regímenes previsionales y de pensiones sociales para sus agentes discapacitados, obligación que cumplió mediante la sanción de la ley 10.593 que estableció el Régimen de Prestaciones Previsionales para Agentes Discapacitados, que trataremos con detalle más adelante.

2.4. *La protección de la salud psíquica del trabajador: Ley de Violencia Laboral (ley 13.168)*

La violencia laboral en el sector público fue definida por Diana Scialpi de la siguiente forma: “La violencia político-burocrática es una variante de la violencia política, perpetrada por funcionarios políticos de la Administración Pública y por agentes de alto rango (Personal Jerárquico), que tienen la responsabilidad social, legal y administrativa de cuidar a los trabajadores del Estado y de cumplir y hacer cumplir las normas administrativas vigentes. Es fortalecida además por el apoyo de no-decisores que convalidan dichas prácticas”⁸⁸.

En virtud de la toma de conciencia por parte de los gobernantes que la problemática de la violencia laboral en el sector público requería de una intervención legislativa que prohibiera tales conductas, se sancionó en la provincia de Buenos Aires la ley 13.168 por la cual los funcionarios y empleados públicos no podrán ejercer sobre otros violencia laboral.

⁸⁷ Juzg. Cont. Adm. La Plata, n. 1, expte. 10.101, sent. del 8/6/2007.

⁸⁸ SCIALPI, Diana, *Violencias en la Administración...*, cit., p. 43.

Esta norma define en su art. 2° a la violencia laboral como el accionar de los funcionarios y/o empleados públicos que, valiéndose de su posición jerárquica o de circunstancias vinculadas con su función, incurran en conductas que atenten contra la dignidad, integridad física, sexual, psicológica y/o social del trabajador o trabajadora, manifestando un abuso de poder llevado a cabo mediante amenaza, intimidación, amedrentamiento, inequidad salarial, acoso, maltrato físico, psicológico y/o social.

Luego, define el maltrato físico como toda conducta que directa o indirectamente está dirigida a ocasionar un daño o sufrimiento físico sobre los trabajadores (art. 3°) y el maltrato psíquico y social contra el trabajador o la trabajadora a la hostilidad continua y repetida en forma de insulto, hostigamiento psicológico, desprecio o crítica (art. 4°).

En el art. 5° de la ley en comentario se define, con carácter enunciativo, como maltrato psíquico y social a las siguientes acciones: a) Obligar a ejecutar tareas denigrantes para la dignidad humana. b) Asignar misiones innecesarias o sin sentido con la intención de humillar. c) Juzgar de manera ofensiva su desempeño en la organización. d) Cambiarlo de oficina, lugar habitual de trabajo con ánimo de separarlo de sus compañeros o colaboradores más cercanos. e) Bloquear constantemente sus iniciativas de interacción generando su aislamiento. f) Prohibir a los empleados que hablen con él o mantenerlos incomunicados, aislados. g) Encargar trabajo imposible de realizar. h) Obstaculizar y/o imposibilitar la ejecución de una actividad, u ocultar las herramientas necesarias para realizar una tarea atinente a su puesto. i) Promover el hostigamiento psicológico a manera de complot sobre un subordinado. j) Efectuar amenazas reiteradas de despido infundado. k) Privar al trabajador de información útil para desempeñar su tarea y/o ejercer sus derechos.

Se entiende por acoso en el trabajo, según lo establece el art. 6° de esta norma, a la acción persistente y reiterada de incomodar al trabajador o trabajadora, manifestada en comportamientos, palabras, actos, gestos y escritos que puedan atentar contra la personalidad, la dignidad o la integridad física o psíquica del individuo, o que puedan poner en peligro su empleo o degradar el clima de trabajo, en razón de su sexo, opción sexual, edad, nacionalidad, origen étnico, color de piel, religión, estado civil, capacidades diferentes, conformación física, preferencias artísticas, culturales, deportivas o situación familiar.

Como ya vimos al referirnos a la protección del salario, la ley establece como una forma de violencia laboral la inequidad salarial en su art. 7°.

Por último, la ley intenta proteger a los agentes públicos afectados por estas conductas prohibidas disponiendo en su art. 8° que ningún trabajador que haya denunciado ser víctima de las acciones enunciadas en el art. 2° de la presente ley o haya comparecido como testigo de las partes podrá por ello ser sancionado, despedido ni sufrir perjuicio personal alguno en su empleo. Finalmente, en los arts. 9° a 11 regula algunas cuestiones procedimentales que serán desarrolladas en el capítulo del régimen disciplinario del empleado público⁸⁹.

⁸⁹ Art. 9°: "El incumplimiento de la prohibición establecida en el art. 1° de esta ley, será causal de una sanción de orden correctivo, que podrá implicar apercibimiento o suspensión de hasta sesenta (60) días corridos, salvo que por su magnitud y gravedad, o en razón de la jerarquía del funcionario pueda encuadrarse en figuras de cesantía, exoneración o ser considerado falta grave, según el régimen disciplinario de que se trate". Art. 10: "Por cada denuncia que se formule se instruirá un sumario. A los efectos

Por su parte, la ley provincial 12.764 prohibió a todo funcionario ejercer sobre otro la conducta de acoso sexual, entendiéndose por ésta el accionar de los funcionarios y/o empleados públicos que, valiéndose de su posesión jerárquica o de circunstancias vinculadas con su función, incurran en conductas que tengan por objeto cualquier tipo de acercamiento sexual no deseado por la persona a quien va dirigido, requerimiento de favores sexuales y cualquier otra conducta verbal o física de naturaleza sexual, cuando se da una o más de las siguientes circunstancias: a) Cuando someterse a dicha conducta se convierta de forma implícita o explícita en un término o condición de empleo de una persona. b) Cuando el sometimiento o rechazo a dicha conducta por parte de la persona se convierte en fundamento para la toma de decisiones en el empleo o respecto del empleo que afectan a esa persona. c) Cuando esa conducta tiene el efecto o propósito de interferir de manera irrazonable con el desempeño del trabajo de esa persona o cuando crea un ambiente laboral de abuso, intimidante, hostil u ofensivo.

Por último, el art. 3° de la ley establece que el incumplimiento de la prohibición establecida en el art. 1° de esta ley será causal de una sanción de orden correctivo, que podrá implicar apercibimiento o suspensión de hasta sesenta días corridos, salvo que por su magnitud y gravedad pueda encuadrarse en las figuras de cesantía, exoneración o ser considerado falta grave, según el régimen disciplinario de que se trate. En la instrucción del sumario respectivo se deberá garantizar el carácter confidencial de la denuncia.

3. Derecho a ropas y útiles de trabajo

En su art. 70, LEPBA dispone: "El agente tiene derecho a la provisión de ropas y útiles de trabajo conforme a la índole de sus tareas y a lo que reglamentariamente se determine".

En la reglamentación se dispuso que la provisión de ropas se efectúe exclusivamente en aquellos casos en que la índole de las tareas exija determinada indumentaria, o sea necesario el uso de equipo especial de trabajo por razones de seguridad e higiene.

En realidad, en la actualidad, la mayoría de los agentes públicos bonaerenses no son provistos de ropas de trabajo, pudiendo desarrollar sus tareas con la vestimenta que ellos mismos se costeen. Sería una situación diferente que la Administración obligue a sus empleados a utilizar algún tipo de uniforme, debiendo en tal caso proveerle esa vestimenta o reintegrarle su costo. Los útiles de trabajo son dispuestos en cada repartición para el uso por parte de los agentes.

de la tramitación del mismo se aplicarán las disposiciones estatutarias del régimen de empleo público al que pertenezca el sujeto denunciado. Si el cargo fuera sin estabilidad y no estuviera alcanzado por los estatutos del personal, el titular del poder u organismo al que perteneciere el trabajador determinará el procedimiento a seguir para formular la denuncia y designará un instructor a efectos de sustanciar el sumario y de constatar la existencia del hecho irregular, luego de lo cual se procederá a la remoción y/o destitución del cargo. En la instrucción del sumario respectivo se deberá garantizar el carácter confidencial de la denuncia". Art. 11: "En el supuesto que un particular incurra en alguna de las conductas descriptas en el art. 2°, el funcionario responsable del área en que se produzca este hecho deberá adoptar las medidas conducentes a preservar la integridad psicofísica de los empleados y la seguridad de los bienes del Estado Provincial, bajo apercibimiento de sustanciarse el sumario respectivo".

4. Derecho a la capacitación y menciones

4.1. Capacitación

En su art. 71 la ley dispone: “El agente tiene derecho a capacitarse debiendo otorgársele horario especial cuando así lo requiera en cumplimiento de cursos o la asistencia a clases de capacitación, cuando se trate de cursos programados por la Administración Pública”.

4.2. Funciones del IPAP

En la esfera provincial fue creado el IPAP, cuyo objetivo es desarrollar actividades de capacitación entre los agentes públicos bonaerenses. Así, el instituto nació en 1991 mediante los decretos 21/1991 y 2688/1992, en el ámbito de la Subsecretaría de la Función Pública —Secretaría General de la Gobernación— y en reemplazo de la Escuela Superior de Administración Pública bonaerense y la Subdirección de Capacitación.

Su creación obedece a la necesidad de jerarquizar la función pública y mejorar la relación del Estado bonaerense con la ciudadanía, a partir de una oferta de formación continua a los agentes y funcionarios de la Administración Pública provincial y a dirigentes políticos y sociales de la provincia.

En la actualidad, y en el marco del proceso de modernización del Estado provincial vigente, el IPAP pasa a depender directamente de la Subsecretaría de la Gestión Pública; se redefine su función originaria y, al ampliar su horizonte y el nivel de compromiso con los resultados a obtener en el ámbito de su actuación, deviene una herramienta estratégica del mencionado proceso de modernización.

Mediante el decreto provincial 2100/2004 se creó la Subsecretaría de Gestión Pública y se incorporó el IPAP a su órbita.

Atento lo dispuesto por la ley 13.175, en relación con la disolución de la entonces Secretaría para la Modernización del Estado y su consecuente incorporación de las competencias oportunamente atribuidas a ésta a la Secretaría General de la Gobernación, deviene necesario su reorganización.

Así el art. 5° de este decreto dispuso transferir “a la Subsecretaría de la Gestión Pública, dependiente de la Secretaría General, el ‘Instituto Provincial de la Administración Pública’ (IPAP), organismo descentralizado creado por decreto 2688/1992, conforme los alcances conferidos por el citado decreto y de acuerdo con el organigrama, objetivos, metas, acciones y tareas que como Anexos 1c y 2c forman parte integrante del presente, en lo pertinente y de conformidad a las competencias conferidas por la ley 13.175 —de Ministerios—, las unidades orgánicas, las plantas del personal nominadas e innominadas, créditos presupuestarios, recursos económicos, financieros, materiales y cuentas especiales”.

Completa la transformación el decreto con la modificación del art. 3° del decreto 2688/1992, texto según decreto 1906/1994, el que quedará redactado de la siguiente manera: “El Instituto Provincial de la Administración Pública será conducido por un Consejo Directivo, el cual estará integrado por un Presidente, cargo que será ejercido por el Subsecretario de la Gestión Pública y un número de Consejeros equivalente al de Ministerios y Secretarías de Estado con idéntico nivel, así como

de los Organismos de la Constitución. Los Consejeros deberán revistar en el agrupamiento jerárquico o en niveles orgánicos superiores”.

En este nuevo escenario, el IPAP asume el desafío de contribuir a la formulación y gestión de las políticas públicas de la provincia de Buenos Aires, a través de la ejecución de programas de estudio, formación y asistencia técnica, con la finalidad última de optimizar la gestión pública provincial y municipal, respondiendo, de este modo, más efectivamente a las necesidades de los ciudadanos. Entre sus funciones se pueden enumerar: 1) fortalecer las políticas públicas de los organismos estatales de la provincia de Buenos Aires a través de actividades de capacitación y fortalecimiento institucional, destinadas a los agentes de la Administración Pública provincial y municipal, así como a equipos y dirigentes del ámbito político y social; 2) acompañar la constitución de un funcionario político y de carrera altamente capacitado en materia de gobierno y gestión pública en general y Administración Pública provincial en particular fortaleciendo las capacidades de conducción en los niveles jerárquicos de los organismos del Estado provincial; 3) promover la innovación permanente en las organizaciones públicas, a través de la formación de cuerpos profesionales dedicados a la temática; 4) desarrollar estudios e investigaciones que transfieran conocimientos aplicables a la mejora de la gestión pública.

Las acciones formativas que propone el instituto son entendidas como encuentros entre equipos docentes y equipos políticos, profesionales y técnicos de la Administración. Los equipos docentes, con su carga de saberes, van al encuentro de los hombres y mujeres de las organizaciones públicas y la sociedad civil para mejorar la formulación y ejecución de las políticas públicas, aplicar una tecnología más eficaz y eficiente, evaluar críticamente los resultados obtenidos, compartir y aprovechar experiencias. En estos encuentros aparecen, también, saberes no previstos en los programas institucionales, que aportan los agentes públicos desde la experiencia o la formación.

La convicción que sustenta estas actividades es que las organizaciones involucradas (IPAP, organismos públicos, ONGs) no serán iguales luego del intercambio: todas habrán aprehendido cuestiones a aplicar en sus organizaciones.

En estas actividades se promueve el aprendizaje de métodos de análisis situacional (conocimiento y revisión crítica de la historia y la identidad de la propia organización), principios y técnicas referidos a la comunicación interpersonal, el liderazgo, la organización de grupos y la conformación de equipos. Muchos de estos saberes son funcionales para la conformación de equipos integrados por agentes políticos, administrativos y técnicos, capaces de reunirse en torno a proyectos.

La función del IPAP, en consecuencia, es la de lograr equipos de trabajo enmarcados en políticas de Estado, con la disposición y las competencias técnicas necesarias para llevarlas a “buen puerto”. En este sentido, libra una “batalla cultural” en relación con formas de organización y funcionamiento desactualizadas, al tiempo que promueve una modernización que no refiere a tecnicismos ni al simple aumento de capacidad informática, sino a la necesidad de contar con un plan de acción, gestionar por resultados, monitorearlos, comprometerse con la sociedad a la que se sirve, lograr una participación social real y efectiva, entre otras cuestiones.

Estos presupuestos dan lugar a intervenciones que, a grandes rasgos, pueden definirse como: 1. Actividades formativas: cursos, seminarios y talleres que puedan sensibilizar, informar y/o formar a los participantes en materias que son necesarias

para el funcionamiento del Estado y para su modernización. 2. Asistencias técnicas: encuentros y talleres con una intervención más directa en la organización, ya que se realiza una contribución conceptual y metodológica a fin de fortalecerla en materia de gobierno, administración, planificación y/o aplicación de técnicas o normativas específicas enmarcadas en el proceso de modernización.

EL IPAP lleva a cabo su actividad profesional a partir de dos áreas fundamentales: la Dirección de Formación y Capacitación y la Dirección de Estudios e Investigaciones.

Fuera del marco de los cursos de capacitación que programe la Administración a través, por ejemplo, del IPAP, existe también el derecho a tomar cursos de la especialidad en forma privada y a costo del agente, pudiendo utilizar en los casos previstos por la ley, el régimen de licencias dispuestas en el art. 59, LEPBA.

4.3. Derecho a las menciones

Por último, el art. 72 reconoce el derecho de los trabajadores a recibir menciones, al disponer en su texto: "El agente tiene derecho a menciones por actos o iniciativas que a juicio del titular de la jurisdicción representen un aporte importante para la Administración Pública, debiéndose llevar constancia de las mismas en el legajo personal correspondiente".

VII. DERECHOS PREVISIONALES

1. El derecho a una jubilación en la LEPBA

En su art. 67, la LEPBA reconoce el derecho de los empleados públicos bonaerenses a obtener una jubilación, disponiendo que "cada agente tendrá derecho a jubilarse de conformidad con las leyes que rijan la materia".

2. Régimen previsional de la provincia de Buenos Aires (dec.-ley 9650/1980)

El art. 40 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires dispone al respecto: "La provincia ampara los regímenes de seguridad social emergentes de la relación de empleo público provincial. El sistema de seguridad social para los agentes públicos estará a cargo de entidades con autonomía económica y financiera administradas por la provincia con participación en las mismas de representantes de los afiliados conforme lo establezca la ley".

El Régimen previsional de la provincia de Buenos Aires está regulado por el decreto-ley 9650/1980 y la autoridad a que hace referencia la Constitución provincial es el Instituto de Previsión Social de la provincia.

Su art. 2° prevé: "Está obligatoriamente comprendido en el presente régimen, el personal que en forma permanente o temporaria preste servicios remunerados y en relación de dependencia en cualquiera de los poderes del Estado provincial o municipales, sea cual fuere la naturaleza de la designación y forma de pago, aunque la relación de la actividad subordinada se estableciera mediante contrato a plazo".

3. Régimen de prestaciones previsionales para agentes discapacitados (ley 10.593)

La presente ley, del 22 de octubre de 1987, instituye, en su art. 1º, las prestaciones previsionales para agentes discapacitados, otorgadas por el Instituto de Previsión Social de la provincia de Buenos Aires.

En su art. 2º establece: "Está obligatoriamente comprendido en el presente régimen el personal de cualquiera de los tres Poderes del Estado Provincial, Municipalidades, Entidades Autárquicas o Empresas del Estado, afiliado al Instituto de Previsión Social, que hubiere ingresado en virtud de la disposiciones de la ley que instituye el régimen jurídico básico e integral para las personas discapacitadas. La discapacidad, a los efectos de la incorporación al presente régimen, deberá ser permanente y estable, con o sin pronóstico de recuperación, mejoría o asistencia, conforme lo establecido en las escalas de pronóstico del 'Manual de Clasificación del Daño, Discapacidad y Desventaja' de la Organización Mundial de la Salud, Categorías 1, 2, 3 y 4".

Según el art. 6º de la ley, dicha categoría de pronóstico a que pertenece cada agente, la determinará el organismo competente para certificar la existencia de la discapacidad.

Algunos agentes quedan excluidos del régimen de la presente ley, y están mencionados en el art. 3º. Ellos son: "a) Los agentes cuya discapacidad sea creciente, con o sin posibilidades de mejoría en su rendimiento funcional, comprendido en las categorías 5 y 6 de la escala de pronóstico a que hace referencia el art. 2º, los que quedarán sujetos al Régimen de Pensiones Sociales establecido por la ley 10.205 o sus modificatorias" y "b) Los agentes cuya discapacidad fuera temporaria, que estarán sujetos al decreto-ley 9650/1980 y sus modificatorias".

Los agentes discapacitados comprendidos en el art. 2º tendrán, según el art. 4º, derecho a la jubilación ordinaria, siempre que acrediten 45 años y veinte años de servicios con aportes en uno o más regímenes jubilatorios del sistema de reciprocidad, siempre que la discapacidad existiera al inicio de la relación de empleo.

El art. 5º también hace referencia a los agentes comprendidos en el art. 2º, estableciendo que tendrán derecho a jubilación por invalidez, cuando se incapaciten para aquellas actividades que su capacidad inicial restante les permitía efectuar, por causas no previsibles al momento del ingreso al trabajo.

El art. 7º determina que el organismo empleador deberá hacer constar en el decreto de designación y en el legajo personal del agente que éste se encuentra comprendido en el presente régimen y la categoría de la escala de pronóstico que corresponde, según el caso.

Al Instituto de Previsión Social se le comunicará la nómina de los agentes ingresados anualmente en las condiciones que determina la ley, como todo cambio de categoría y/o de régimen. Según el art. 8º, estos cambios se harán previa conformidad del instituto de referencia.

El art. 9º se refiere a los agentes discapacitados con pronóstico de recuperación, encuadrados en la categoría número 1 de la escala, determinando que "...deberán someterse una vez por año a revisión médica ante la Dirección de Reconocimientos Médicos a fin de verificar si han recuperado su capacidad total. En este caso el interesado dejará de estar comprendido en el presente régimen. Deberá hacerse constar

esta circunstancia en el legajo personal del agente y darse intervención al Instituto de Previsión Social”.

El art. 10 menciona que los agentes que hubieren ingresado en virtud de lo dispuesto en el decreto-ley 9767/1981 y se encuentren en actividad a la fecha de sanción de la presente, pueden solicitar su incorporación a ésta, siempre previa certificación extendida por el Ministerio de Salud y la intervención de la Dirección de Reconocimientos Médicos e Instituto de Previsión Social. La reglamentación establecerá forma y plazo para la solicitud.

Según el art. 11, a los efectos de la obtención de los beneficios de la jubilación ordinaria y por invalidez para los agentes discapacitados, se aplicará el decreto-ley 9650/1980 y el Convenio de Reciprocidad instituido por el decreto nacional 9316/1946.

4. Retiro voluntario

El retiro voluntario es un derecho previsto en el estatuto al disponerse en su art. 73 que “todos los agentes que revisten en los planteles del personal permanente con estabilidad y que cuenten con una cantidad menor de años de servicios computables que los necesarios para obtener la jubilación ordinaria —cualquiera fuese su edad— podrán optar por acogerse al régimen de retiro voluntario en la oportunidad, forma y modalidad que el Poder Ejecutivo determine por vía reglamentaria”.

El decreto reglamentario dispone que, para optar por el retiro voluntario, al agente le deberán faltar más de cinco años de los necesarios para obtener la jubilación ordinaria.

Esta solicitud podrá ser denegada por el Poder Ejecutivo, cuando a su juicio el retiro del agente afectara el regular funcionamiento del área o sector en que se desempeña.

Sigue diciendo la reglamentación que el retiro voluntario importa, luego de su aceptación, la extinción de la relación de empleo público, dando derecho al agente a percibir una compensación igual a un mes de su remuneración actual por cada año de servicio. Para su cálculo se entiende como remuneración actual el sueldo básico asignado a la categoría salarial de revista, con más el adicional por antigüedad, excluyendo todo otro adicional o suplemento.

El Poder Ejecutivo es quien determina la puesta en vigencia del régimen de retiro voluntario, con carácter general o por sectores de la Administración, fijando plazos para el acogimiento y estableciendo la modalidad de pago de la compensación.

Termina estableciendo el reglamento que los agentes acogidos a este beneficio no pueden reingresar a la Administración Pública provincial durante los cinco años posteriores a su cese, sea como agente de planta permanente con estabilidad o temporario.

5. Pasividad anticipada

En su art. 74, la LEPBA regula el régimen de pasividad anticipada, al disponer: “El Poder Ejecutivo determinará la oportunidad y condiciones en que los agentes que revisten en los planteles de personal permanente podrán acogerse a un régimen de pasividad anticipada cuando le faltaren dos (2) años de edad y o servicios para obtener su jubilación ordinaria”.

Continúa la ley en su art. 75: “El acogimiento del agente al régimen que se establece en el artículo precedente, importará el cese de la obligación de prestación de servicios, pasando automáticamente a la situación de pasividad con goce parcial de haberes”.

Por su parte, en el art. 76 se dispuso: “La remuneración que percibirá el agente que opte por el régimen de pasividad anticipada, durante el período que restare hasta cumplir con las condiciones necesarias para obtener el beneficio de jubilación ordinaria, será la equivalente al setenta por ciento (70%) de la correspondiente a su cargo, nivel y antigüedad. A dicha suma se aplicarán los descuentos por aportes previsionales y los que legalmente correspondan, calculados sobre el ciento por ciento (100%) del salario que le corresponda en actividad. La Administración Pública deberá efectuar los aportes patronales también tomando como base el ciento por ciento (100%) de la remuneración del agente. Las asignaciones familiares que correspondan al agente, se abonarán sin reducciones durante el período de pasividad”.

Por último, regula la ley en su art. 77 que “cumplidas las condiciones necesarias para la obtención del beneficio jubilatorio el agente obtendrá su jubilación ordinaria en las mismas condiciones que si hubiera prestado servicios efectivos, durante el período de pasividad”.

VIII. DERECHOS COLECTIVOS

1. Los derechos colectivos de los empleados públicos: agremiación y huelga

Es la postura de la mayoría de la doctrina administrativista que los derechos a la agremiación y a la huelga de que gozan los empleados públicos, a diferencia del resto de los trabajadores, se encuentran debilitados, debido al tipo de relación en que se encuentran inmersos. Esta posición doctrinaria es sostenida aun a pesar de la incorporación de estos derechos laborales al art. 14 bis de nuestra Constitución Nacional.

Ya en el año 1929 escribía el Dr. Rodolfo Bullrich en su *Curso de derecho administrativo*: “No analizaremos lo que este derecho significa en sí sino su ejercicio cuando se trata de servicios públicos. Dijimos ya que según el juicio de Jéze y de Hauriou la característica del servicio público es su regularidad y su continuidad. Y debiendo existir necesariamente las características de la regularidad y la continuidad en el servicio público, no se concibe como pueda interrumpirse, ni temporariamente, por razones como la de huelga del personal que lo presta. Podríamos afirmar, así, que servicio público y huelga son términos antagónicos, pues la huelga destruye la regularidad y continuidad del servicio público”⁹⁰.

Félix Sarriá se manifestó en contra del derecho a la huelga de los trabajadores estatales, trayendo a colación cuestiones políticas e ideológicas, y expresando su postura protectora de la posición estatal en contra de los intereses de los empleados públicos. Dijo concretamente: “Mucho se ha discutido acerca de lo que modernamente los partidos de izquierda han llamado con énfasis, el derecho de huelga, llegando a pretender su consagración en los textos legales. Sin embargo, no es posible confundir o identificar la índole y los efectos de la huelga obrera de empresas particulares,

⁹⁰ BULLRICH, Rodolfo, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Biblioteca Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1929, p. 309.

con la de funcionarios y empleados públicos. Una y otra difieren notablemente. El Estado ocupa una situación de preeminencia, que no es posible acordar a la empresa privada. Por razón del fin a llenar, tiene aquél privilegios y derechos excepcionales. Asimismo, el personal adscripto a su servicio, asume deberes y responsabilidades no equiparables a otros. En consecuencia, la huelga en los funcionarios constituye un hecho delictuoso, una falta grave que rompe el contrato de función pública, y equivale a una renuncia colectiva del empleo. Así debe reputarse, asignándole las consecuencias que de ello derivan, es decir, la pérdida del cargo y de los derechos inherentes al mismo. El contrato de función pública no es igual a los contratos civiles comunes. Es un acto *sui generis*, en el que el Estado conserva una posición dominante, pudiendo ser modificado y aun anulado sin el consentimiento de su contra parte... Esto basta para negar al hecho el carácter de derecho, que se pretende atribuirle en el orden privado, y no está de más recordar que los partidos de izquierda (socialistas y comunistas) en todos los países, han usado la huelga como instrumento político de la lucha de clases, para preparar la revolución social que ha de implantar la dictadura del proletariado, con las conocidas derivaciones de exterminio de la burguesía, y supresión de la libertad individual, etc. En realidad la huelga es en sí misma un hecho ilícito, pero en vista de la injusticia social imperante en las relaciones patrones y obreros, de capital y trabajo, se ha considerado tolerable en ciertos casos y en cierta medida, cuando no lleva un fin político, como el arriba indicado, pero estos conceptos son del todo inadmisibles tratándose de funcionarios públicos. La huelga en ellos es inexcusable, es delito siempre y como tal debe juzgarse”⁹¹.

Por su parte, Rafael Bielsa expresó sobre el derecho de agremiación: “La Corte Suprema ha decidido, en conformidad con el dictamen del Procurador General, que un jefe de registro de procuradores y abogados del tribunal, no puede afiliarse a una asociación que según sus estatutos puede declarar el paro o trabajo a reglamento (que paradójicamente es contrario a la eficacia del trabajo). Este fallo es justo, pues se funda en un principio de autoridad que se ejerce en beneficio de la continuidad de servicios públicos necesarios para la sociedad... Las limitaciones a la libertad de agremiación se fundan en el mismo principio”⁹².

Con relación al derecho de huelga este autor estableció su posición contraria a su legalidad al decir: “En opinión nuestra, la huelga de los agentes de la Administración Pública es ilícita en principio, y por eso contra los funcionarios y empleados proceden las medidas disciplinarias graduadas en razón de la índole de la función o empleo y de las circunstancias o actitudes que definen la conducta de ellos. La continuidad de los servicios públicos debe asegurarse a toda costa. Algunas disposiciones del Código Penal reprimen hechos que afectan toda continuidad funcional”⁹³.

⁹¹ SARRÍA, Félix, *Derecho administrativo*, t. I, 4ª ed., Editor Librería Cervantes, Córdoba, 1950, p. 263.

⁹² BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, t. III, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 247. “La agremiación tampoco puede ser impuesta por el Estado como erróneamente lo estableció el decreto del 16 de diciembre de 1943, dictado por el gobierno de facto. Por de pronto, como ya lo hicimos notar en un estudio sobre dicho decreto, la agremiación obligatoria es, por principio, anticonstitucional, y además no tiene sentido jurídico en la Administración Pública. El interés general, que el Estado debe satisfacer a toda costa, está sobre el interés particular del funcionario; el Estado no debe tener más normas que las de su Constitución y las leyes que con ella concuerdan”.

⁹³ BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, cit., ps. 243 y 244: “Por lo demás, los que se alzan en armas para cambiar la Constitución, deponer algunos de los poderes públicos del gobierno

Miguel Marienhoff se refirió al derecho de agremiación de los empleados públicos estableciendo límites precisos a su accionar: “En síntesis: las asociaciones profesionales de funcionarios y de empleados serán lícitas en tanto sólo pretendan el respeto a las normas positivas existentes establecidas por el Estado; pero serían ilícitas si pretendieran actuar como fuerza para obligar al Estado a modificar el régimen jurídico establecido”⁹⁴.

Al tratar el derecho de huelga, Marienhoff se preguntó: “¿Pueden recurrir a la huelga los funcionarios o empleados públicos? La respuesta negativa se impone... En nuestro país la huelga de funcionarios o de empleados públicos es improcedente: 1° Porque el derecho de huelga garantizado por la Constitución Nacional en su art. 14 bis —reforma de 1957—, no comprende ni incluye a los funcionarios y empleados públicos. Tal afirmación aparece corroborada por la redacción de ese precepto y por los debates de la respectiva convención reformadora de la Constitución. 2° Porque, según quedó dicho, es de doctrina y de principio que semejante huelga es concebible, lo que tiene gran valor para resolver cualquier duda que pudiere surgir del actual texto del art. 14, Ley Suprema y de las expresiones empleadas en el seno de la Convención Reformadora de 1957. De manera que en nuestro derecho, no existiendo norma que expresamente y en forma concreta reconozca el derecho de huelga a los funcionarios y empleados públicos, debe tenerse por inexistente tal derecho”⁹⁵.

Por su parte, Juan Carlos Cassagne parte de incluir a los empleados públicos dentro de los destinatarios del derecho de huelga previsto en el art. 14 bis, para luego

nacional, arrancarle alguna medida o concesión de algún poder, aunque sea temporalmente, cometen delito de rebelión (art. 226 del Código Penal), y si los autores son funcionarios públicos se les impone además, inhabilitación especial por el doble de tiempo del de la condena (art. 235 del Código citado). Consecuencia importante del principio señalado es que el gobierno puede válidamente, en caso de seguridad interior y peligro exterior, dictar órdenes excepcionales, aunque altere derechos de los funcionarios o empleados. Este derecho lo justifica el Estado, en razón de su deber de asegurar la continuidad de los servicios que la colectividad usa como necesarios, y también para mantener el principio de autoridad, pero no de autoritarismo, pues los funcionarios y empleados públicos no pueden estar a merced de la arbitrariedad gubernativa”.

⁹⁴ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, Buenos Aires, 1970, p. 315: “Otra cosa distinta ocurre cuando la asociación de funcionarios o de empleados públicos quiera desarrollar una acción que exceda de las finalidades mencionadas precedentemente. Esto ocurre cuando los agentes públicos pretendan organizarse en sindicatos con el objeto de defender sus intereses. ¿Pueden los funcionarios y empleados públicos formar sindicatos? Si bien hay quienes dicen que los sindicatos no deben prohibirse, sino reglamentarse, incluso vedándoles la posibilidad de recurrir a la huelga como medio de acción, la generalidad de la doctrina se pronuncia en contra de la admisión de los mismos. Quienes están en contra de la admisión de los sindicatos de funcionarios y empleados públicos, aducen los siguientes argumentos: a) La propia naturaleza del sindicato implica una finalidad de coacción sobre las autoridades públicas y la utilización de la huelga como instrumento de lucha. b) Sería un contrasentido que el Estado proteja a un sindicato de funcionarios. El Estado, bueno o malo, constituye un régimen jurídico, y, por lo tanto, no puede dispensar protección a sus mismos funcionarios para que le modifiquen. Por lo menos implicaría esto un absurdo en un régimen que tiene sus órganos adecuados de impulsión, modificación y progreso. c) La actividad de los sindicatos puede implicar un avance sobre las funciones del Estado. Por consiguiente, en ausencia de una norma que expresamente reconozca o acepte la existencia de tales sindicatos, éstos no deben admitirse”.

⁹⁵ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho...*, cit., p. 315.

atacar la conveniencia de la constitucionalización de este derecho y otorgarle a la huelga un carácter excepcionalísimo⁹⁶.

A pesar de estar consagrado constitucionalmente el derecho a huelga, para Cassagne no es un derecho fundamental. Así afirmó que “en la naturaleza del derecho de huelga ha de verse la de un derecho secundario cuyo ejercicio no implica el ejercicio de una facultad normal derivada de una auténtica y primaria libertad. No configura, pues, un derecho fundamental ya que no podría concebirse la existencia de un derecho pleno para frustrar las libertades esenciales de las personas. ¿Cuál es entonces la real naturaleza de este derecho? La clave de su sustancia jurídica, evidentemente, consiste en concebir a la huelga como un derecho de excepción, un remedio extremo cuyo fundamento radica en el estado de necesidad que sufren los trabajadores o empleados. Su legitimidad no es de principio sino que irrumpe en el plano del derecho como un instituto jurídico de carácter excepcional. El ejercicio del derecho de huelga se encuentra, entonces, siempre condicionado o limitado por el bien común que debe marcar a través de la legislación, la línea divisoria entre su legítimo ejercicio y el abuso del derecho”⁹⁷.

⁹⁶ CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, 7ª ed., t. II, LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2002, p. 304: “Es sabido que el reconocimiento del derecho de huelga, producido en este siglo, es obra del constitucionalismo social que lo ha incorporado en muchas constituciones modernas. De ese modo, la huelga, de ser un hecho, por lo común antijurídico, pasó a convertirse en un derecho de jerarquía constitucional o, al menos, legal en aquellos países, como los Estados Unidos, que no lo han incorporado a su carta constitucional. En rigor, esta última debió haber sido también la orientación de nuestro derecho positivo si hubiera seguido fiel al modelo adoptado por los constituyentes que aprobaron la reforma constitucional de 1957 lo incorporaron a la Constitución Nacional, en el agregado que efectuaron al art. 14, como un derecho garantizado a los gremios. Su inserción en el citado artículo constituye un verdadero injerto y ha veñido a plantear una honda problemática jurídica (aún no resuelta totalmente en nuestro país) ya que el *status* constitucional del derecho de huelga aparece en colisión directa con los derechos fundamentales consagrados en la Constitución produciendo una importante fractura en el sistema de garantías, al que le resta la vigencia y operatividad. Toda huelga afecta no solamente los derechos de los patrones o empresarios —las llamadas libertades económicas y el derecho de propiedad— sino también la libertad de trabajo de los dependientes (derechos todos cuya efectividad la Constitución reconoce y garantiza en los arts. 14, 17, 19 y 28). Pero, además, y esto es lo que no ha sabido verse con claridad hasta hace poco tiempo, la huelga daña profundamente el tejido social, careciendo de sentido considerarla bajo la óptica de una relación interprivada, porque tanto su extensión como sus objetivos y formas de ejecución rebasan la perspectiva particular de las relaciones entre empresarios y trabajadores, para ingresar decididamente en el ámbito público. Esta calidad pública que posee la huelga se refleja con mayor intensidad cuando se trata de la prestación de servicios esenciales para la población ya que si el trabajo humano goza —en el plano de los valores— de prelación sobre los demás factores económicos el Estado no puede tolerar, sin agravio a la justicia, que grupos, sectores o corporaciones abusen de su poder para impedir el trabajo que otros necesitan realizar para subsistir y mejorar sus condiciones de vida. En ese plano, las huelgas perjudican, directa o indirectamente, a todos los habitantes en su condición de proveedores, usuarios, consumidores, etc., impedidos de trasladarse de un lugar a otro, comunicarse con un semejante o atenderse en un establecimiento sanitario, para citar algunos de los ejemplos más reiterados. Y esa mirada sobre la faceta pública de la huelga nos muestra la profunda desproporción que existe entre el sacrificio de unos y otros, en su conjunto, poniendo en evidencia los graves daños económicos y sociales que provoca un conflicto colectivo, máxime cuando interrumpe la continuidad de los servicios públicos. Lo que se halla en juego entonces es la privación del bien común cuya protección está confiada a los gobernantes”.

⁹⁷ CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo...*, cit., p. 304: “Este punto de vista ha sido sostenido, reiteradamente, en las Encíclicas papales, donde se ha sentado la doctrina de que cuando alcanza a servicios esenciales la continuidad de éstos ha de asegurarse mediante reglamentaciones adecuadas, ya que si el abuso de la huelga conduce a la paralización de toda la vida socioeconómica esto resulta

2. Los convenios colectivos de trabajo en la relación de empleo público

Como producto de la sindicalización de los trabajadores del sector público y junto a la democratización de la sociedad argentina se han incorporado formas participativas a la regulación jurídica del empleo público. El ejemplo más cabal de esta afirmación es la incorporación de la negociación a través de convenios colectivos. Este abandono de la autorregulación estatal de la relación de empleo público se ha dado en diversos países⁹⁸.

En nuestro país, el Congreso de la Nación sancionó la ley 23.544 que permite la aplicación al sector público de la negociación colectiva similar a la que acontece en la actividad privada.

La ley 24.185 sobre convenios colectivos fue sancionada el 11 de noviembre de 1992 y establece las normas de las negociaciones que se celebren entre la Administración Pública nacional y sus empleados.

El decreto nacional 66/1999 homologó el primer convenio colectivo de trabajo general para la Administración Pública nacional celebrado entre el Estado empleador y los sectores gremiales representantes de los empleados públicos nacionales.

En la provincia de Buenos Aires, como ya vimos en el punto anterior, luego de la reforma constitucional de 1994, quedó establecido expresamente el derecho a la negociación colectiva de trabajo para la relación de empleo público provincial. El texto del art. 39 dice en su parte pertinente: "Sin perjuicio de lo establecido en el art. 103 inciso 2° de esta Constitución, la Provincia garantiza a los trabajadores estatales el derecho de negociación de sus condiciones de trabajo y la sustanciación de los conflictos colectivos entre el Estado provincial y aquéllos a través de un organismo imparcial que determine la ley. Todo acto o contrato que contravenga las garantías reconocidas en el presente inciso será nulo".

3. La incorporación en la Constitución bonaerense del organismo imparcial de resolución de conflictos colectivos entre el Estado provincial y los trabajadores estatales

El art. 39, inc. 4°, CPBA dice, como ya vimos, que "...sin perjuicio de lo establecido en el art. 103 inc. 12 de esta Constitución, la provincia garantiza a los traba-

contrario al bien común de la sociedad, de cuya naturaleza participa el trabajo mismo. El ordenamiento actual no prevé la interdicción de las formas irregulares que puede asumir un conflicto colectivo de trabajo ni procedimiento alguno de prevención que encauce la huelga de los servicios esenciales. Al propio tiempo, la normativa legal o reglamentaria debería estatuir un sistema de prestaciones mínimas para la prestación de los servicios esenciales y un régimen sancionatorio, extensivo a los gremios, que garantice contra el abuso en el ejercicio del derecho de huelga y la alteración de la continuidad de los servicios".

⁹⁸ LIVELLARA, Carlos A., "Las relaciones laborales en el sector público", *Revista Trabajo y Seguridad Social*, t. XXXI, p. 889: "Sin embargo, es de advertir que en los últimos años se han producido importantes cambios en las relaciones laborales del sector público de los diversos Estados. Tal vez uno de los cambios más trascendentes se relaciona con el abandono de la autorregulación de sus relaciones con el personal estatal, como única fuente normativa, dando lugar a formas más participativas en la formación de la regulación respectiva. En efecto, se ha producido lo que se ha considerado como la decadencia de la tesis entonces imperante y según la cual incumbía al Estado una facultad soberana y excluyente en la regulación de su relación con sus empleados; de este modo, se han abierto paso formas más concertadas de maduración de las decisiones referentes a las condiciones de empleo y trabajo".

jadores estatales el derecho de negociación de sus condiciones de trabajo y la sustanciación de los conflictos colectivos entre el Estado provincial y aquéllos a través de un organismo imparcial que determine la ley. Todo acto o contrato que contravenga las garantías reconocidas en el presente inciso será nulo”.

Este órgano, que no ha sido creado aún, tiene como función controlar, en forma independiente del poder político central, las relaciones laborales entre los empleados públicos y los organismos empleadores. Esta función redundará en una mejora de las condiciones de trabajo que permitirá, por su parte, disminuir las disfunciones desde el interior del sistema político administrativo.

4. Regulación normativa en la LEPBA

La protección de los derechos colectivos en la LEPBA ha sido regulada en el art. 69, en el que se les reconoce a los trabajadores públicos su derecho a agremiación y asociación. Así dispone: “El personal tiene derecho a agremiarse y o asociarse de acuerdo a las leyes que así lo reglamenten”.

Surge del texto de la LEPBA que la protección de los derechos colectivos de los trabajadores estatales se limita a la libertad de agremiación o sindicalización, cuando estos derechos también se manifiestan en dos conductas colectivas de negociación y presión: la discusión de convenios colectivos de trabajo y la huelga.

Por ser parte esencial de los derechos colectivos, y por estar reguladas estas garantías especiales a nivel constitucional, trataremos las tres manifestaciones de los derechos colectivos aplicables al régimen de empleo público provincial.

5. La sindicalización. Protección internacional del derecho de sindicación

Los derechos laborales que han sido regulados por la OIT, en referencia a la relación de trabajo y que son aplicables a la relación de empleo público son los siguientes: a) derecho a la sindicación, b) derecho a la negociación colectiva y c) derecho a la huelga⁹⁹.

La Conferencia General de la OIT, el 17 de junio de 1948, adoptó el convenio 87 relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación.

En su art. 2º establece: “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”.

La norma expresamente dispone que el derecho a constituir asociaciones y sindicarse es para los trabajadores “sin ninguna distinción” y “sin autorización previa”, por ello entendemos que este derecho comprende también a los agentes estatales.

No obstante la amplitud de los destinatarios del convenio, la norma le otorga a los Estados miembros la posibilidad de regular estos derechos para el caso de personal de las Fuerzas Armadas y de la policía. De esto se puede inferir que el resto de los agentes públicos no tendrían ningún tipo de restricciones.

⁹⁹ FONTANA, Beatriz, “La negociación colectiva en el empleo público”, DT XLIX-B-1109 y ss. MORGADO VALENZUELA, Emilio, “Las relaciones colectivas de trabajo en la Administración Pública”, *Revista Trabajo y Seguridad Social* XIII-1986-685.

El art. 9° de este convenio dispone: “La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto se aplicarán a las fuerzas armadas y a la policía las garantías previstas por el presente Convenio. De conformidad con los principios establecidos en el párrafo 8 del art. 19 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, no deberá considerarse que la ratificación de este Convenio por un miembro menoscaba en modo alguno las leyes, sentencias, costumbres o acuerdos ya existentes que concedan a los miembros de las fuerzas armadas y de la policía garantías prescriptas por el presente Convenio”.

El 8 de junio de 1949 se aprobó el convenio OIT 98, relativo a la aplicación de los principios del derecho de sindicación y de negociación colectiva. En su art. 5° dispuso una norma similar a la establecida en el convenio 87 sobre los agentes de las Fuerzas Armadas y de la policía, pudiéndose hacer en este supuesto las mismas consideraciones que las efectuadas a dicho instrumento.

El 27 de junio de 1978, la Conferencia General de la OIT adoptó el convenio 151 sobre la protección del derecho de sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública. Allí, finalmente, tenemos que expresamente se menciona a la totalidad de empleados públicos sin distinción alguna.

Este convenio fue ratificado por nuestro país a través de la ley 23.328, que admite la sindicación y los procedimientos para determinar las condiciones de empleo en la Administración Pública, y de la ley 23.544, por la que se aplican al sector público las prácticas de negociación propias del sector privado.

El convenio se encuentra dividido en siete partes que, por la trascendencia de este instrumento internacional, será analizado a continuación.

En la primera parte nos encontramos con el ámbito de aplicación del convenio y las definiciones de los conceptos utilizados en la norma.

Su art. 1° establece: “1. El presente Convenio deberá aplicarse a todas las personas empleadas por la administración pública, en la medida en que no les sean aplicables disposiciones más favorables de otros convenios internacionales del trabajo. 2. La legislación nacional deberá determinar hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio se aplican a los empleados de alto nivel que, por sus funciones, se considera normalmente que poseen poder decisorio o desempeñan cargos directivos o a los empleados cuyas obligaciones son de naturaleza altamente confidencial. 3. La legislación nacional deberá determinar asimismo hasta qué punto las garantías previstas en el presente Convenio son aplicables a las fuerzas armadas y a la policía”.

En su art. 2° define al empleado público como “toda persona a quien se aplique el presente Convenio de conformidad con su art. 1°”. En el tercer artículo se expresa: “A los efectos del presente Convenio, la expresión organización de empleados públicos designa a toda organización, cualquiera que sea su composición, que tenga por objeto fomentar y defender los intereses de los empleados públicos”.

La segunda parte del Convenio se refiere a la protección del derecho de sindicación y regula las garantías de los empleados públicos y de las organizaciones sindicales. La parte tercera alude a las facilidades que deben concederse a las organizaciones de empleados públicos a fin de permitirles un rápido y eficaz desempeño de sus funciones. La cuarta parte del Convenio remite a los procedimientos para la determinación de las condiciones de empleo de los agentes públicos. La parte quinta

hace referencia a la solución de conflictos y la sexta, a los derechos civiles y políticos de los empleados públicos. Por último, en su parte séptima regula las disposiciones finales relativas a la ratificación y vigencia del convenio.

6. El contenido de las negociaciones colectivas

6.1. Aspectos sociales de las condiciones laborales

Habíamos afirmado que el concepto “condiciones de trabajo” se refiere a la cantidad y calidad de trabajo. La cantidad de trabajo va a ser un punto importante a abordar en las negociaciones colectivas, estando los límites temporales determinados por la legislación vigente.

La calidad de trabajo se asocia directamente a la actividad que se realiza y el lugar donde ésta es realizada; así podemos hablar de condiciones del medio ambiente de trabajo, que van a ser los elementos que determinen la situación cotidiana en la cual vive el trabajador. Algunos indicadores de las condiciones son: la duración, organización (ambiente) y contenido de la actividad laboral desarrollada, los servicios sociales a los que pueda acceder y la remuneración que perciba por su labor realizada.

Para continuar desarrollando el tema de las condiciones de trabajo, debemos tomar en cuenta que uno de los argumentos utilizados habitualmente para señalar la determinada configuración de las condiciones de trabajo en un ambiente particular es que “las condiciones de trabajo están circunscriptas a las condiciones sociales, políticas y económicas de la realidad del país”. Esta afirmación es realizada tanto por empleadores como por los trabajadores mismos.

Al respecto, la OIT afirma que “el enfoque global no es un obstáculo para las acciones limitadas”, ya que “...la mejora de las condiciones y el medio ambiente de trabajo concierne al hombre en su integridad”.

Con esto queremos reafirmar que la construcción de una óptima salud laboral tiene que ver con una planificación humana de las circunstancias dentro de las cuales se desarrollen las condiciones laborales aptas. Para esto, deberemos desterrar también algunos mitos arraigados en nuestra sociedad, desde donde se observa a la inversión económica en calificación del personal y protección social como un gasto y, por lo tanto, como una instancia ineficiente e improductiva.

El paradigma “neoliberal” se instaló en Argentina durante los años noventa con las sucesivas presidencias de Carlos Saúl Menem. La adopción de medidas y políticas neoliberales han servido para provocar cambios estructurales importantísimos en los diferentes ambientes productivos de la República Argentina.

Algunos de los cambios estructurales observados han ido en detrimento de la población trabajadora, ya que ha crecido el empobrecimiento de las condiciones de vida de la mayoría de los habitantes y los procesos de exclusión social que han marginado a esta mayoría.

Sin embargo, las políticas neoliberales han sido llevadas adelante por un gobierno elegido democráticamente por los electores, con lo que se observa en Argentina un proceso que se repite en otros países de América latina: la democracia se ha consolidado como sistema político en estos países, sin que dicho régimen haya asegurado condiciones de vida óptimas para la mayoría de los habitantes. Esta afirma-

ción nos conduce a pensar que una profundización de la intensidad democrática en Argentina debería conducirnos a un régimen político, económico y social donde se instale un horizonte de igualdades sociales como ideal a alcanzar.

Estamos relacionando aquí democracia con condiciones dignas de vida, cuestión que por supuesto afecta la conformación y el desarrollo del mercado de trabajo en nuestro país.

Esta brega por una instancia de mayor democratización y por consiguiente mayor bienestar para los habitantes latinoamericanos es reseñada en algunos aspectos por el economista Bernardo Kliksberg, quien en el artículo “Hacia una nueva visión de la política social en América latina”¹⁰⁰, se refiere a la eficiente construcción de políticas sociales que superen la instancia excluyente que consolidaron las políticas neoliberales en Argentina. Para el autor, exigir más democracia significaría exigir también un grado mayor de eficacia en las políticas sociales, en las que se registre una mayor y real participación ciudadana en el diseño de las políticas públicas, una mayor transparencia, eficiencia, control social en la aplicación de políticas públicas y un diseño de políticas económicas con rostro humano. Nótese que en todas estas “transformaciones democráticas” de las políticas se resalta el papel de la negociación, valorando en ésta la participación del ciudadano.

Lo anteriormente mencionado permite afirmar la urgente necesidad de introducir la cuestión social en el diseño de políticas y acuerdos entre diferentes sectores sociales. Estas políticas sociales deben ser integradas, cohesionadas, descentralizadas, participativas, transparentes y con alto grado de gerenciamiento social. Sin embargo, este camino está dificultado por algunos mitos que se tejen respecto de las políticas sociales¹⁰¹, entre los cuales nombraremos algunos que creemos están afectando las posibilidades de diseñar planes de negociación colectiva que involucren verdaderamente las preocupaciones de los trabajadores.

Kliksberg nos orienta en torno a cuatro mitos que se oponen a la verdadera democratización de las políticas sociales:

— Tradicionalmente, se apunta a que la política social es un gasto, pero esta afirmación está descuidando que éstas son el verdadero fundamento de gobernabilidad en tanto son fuentes de integración y cohesión social.

— Por otro lado, el asignar recursos para la salud no es un gasto sino una inversión a altos niveles de retorno, sobre aquélla¹⁰². Esta postura se contrapone con la visión mítica neoliberal que indica que el crecimiento económico produce por sí mismo el mejoramiento de la salud.

— Por el contrario, algunos de los problemas aparejados a una salud deficiente son la pérdida de años de vida activa y la reducción en los niveles de productividad de toda organización, pertenezca ésta a la esfera de lo privado o lo público.

— Junto con las visiones que consideran a la política social como ineficiente, también se relativizan los aportes de la sociedad civil. En el caso de una organización de trabajo, esta visión desestima el conocimiento que puede provenir desde el interior mismo de la planta orgánica de trabajadores.

¹⁰⁰ KLIKSBERG, Bernardo, “Hacia una nueva visión de la política social en América latina”, Biblioteca Digital de la Iniciativa de Capital Social, Ético y Desarrollo, www.iadb.org/etica.

¹⁰¹ KLIKSBERG, Bernardo, “Hacia una nueva visión...”, cit.

¹⁰² KLIKSBERG, Bernardo, “Hacia una nueva visión...”, cit.

Como conclusión, podemos afirmar que la temática laboral que se esboce en las negociaciones colectivas puede y debe incorporar cuestiones que excedan lo salarial y que se refieran al aspecto social del trabajo, relacionado con su calidad y la salud laboral. Además, la mención de estas cuestiones puede argumentarse económicamente partiendo desde la base que las medidas sociales en materia laboral contribuyen al aumento de la productividad y eficiencia laboral.

La OIT también se ha manifestado a favor de involucrar nuevos fines y objetivos en el diálogo social. Al respecto, se afirma que "...la negociación colectiva, por ejemplo, no se contenta ya con centrarse en los salarios, sino que desempeña otras muchas funciones, como la negociación de cambios en la organización del trabajo... la experiencia acumulada en el mundo entero sugiere, por ejemplo, que la presencia de sindicatos puede facilitar en realidad la implantación de nuevas técnicas de gestión de los recursos humanos. Pero el diálogo social ha servido también para otras muchas finalidades. Una de las más clásicas es la de establecer un consenso en relación con la modificación de la legislación".

Lo dicho anteriormente se enlaza con la consideración de "trabajo decente" que la misma OIT hace; al respecto "...un trabajo decente es sinónimo de trabajo productivo". Para mantener la "decencia" en el trabajo se deben proteger los derechos, significa generar ingresos adecuados para el trabajador pero sin descuidar una protección social adecuada a éste. Lo dicho "...marca una pauta para el desarrollo económico y social con arreglo a la cual pueden cuajar la realidad del empleo, los ingresos y la protección social sin menoscabo de las normas sociales y de los derechos de los trabajadores. Tanto el tripartismo como el diálogo social son objetivos por derecho propio, que garantizan la participación y la democracia y que contribuyen a la consecución de los demás objetivos estratégicos de la OIT".

La misma organización, al hablar de alta productividad laboral, vuelve a poner el eje en las condiciones ambientales favorables. "Un lugar de trabajo sin riesgo no solamente satisface necesidades humanas vitales sino que eleva, además, la productividad y facilita el crecimiento y la prosperidad de la empresa"; "...las políticas sociales también pueden convertirse en un factor productivo, al contribuir a que aumente la productividad y mejore el ambiente social". Respecto de la seguridad y salud en el trabajo, la OIT señala que "...en la propia empresa, el asunto principal en materia de protección social es la seguridad y la salud en el trabajo... pese a lo cual sorprende el grado modesto de interés y preocupación mundial por la seguridad y la salud en el trabajo, y las medidas que se adoptan al respecto son limitadas. En muchos países en desarrollo y en transición hay poca información pública sobre el particular y es preciso reforzar su capacidad para concebir y aplicar una política y unos programas eficaces".

6.2. *La salud laboral*

El concepto de salud se ha desarrollado a lo largo de los siglos. A menudo se lo define como ausencia de enfermedades; sin embargo, a partir del constante cúmulo de conocimientos que se ha desarrollado en materia de salud, tomándose en cuenta tanto el aspecto físico como psíquico, podemos adoptar la definición de la Organización Mundial de la Salud (OMS) y decir que "la salud está definida por el estado completo de bienestar, físico, mental y psíquico".

En cuanto al concepto de salud laboral, podemos afirmar que se define en función de la salud de los trabajadores, teniendo en cuenta que la actividad laboral influye en gran medida sobre la vida de las personas que trabajan y también sobre su entorno familiar. Un tercio del tiempo de una persona adulta está dedicado exclusivamente al ejercicio laboral; es por esto que “una de las luchas históricas de los sindicatos respecto a la salud de los trabajadores ha sido la lucha por jornadas de ocho horas diarias”¹⁰³.

Debemos tener en cuenta, entonces, tanto la cantidad de tiempo (en horas, días y años) que una persona dedica a su trabajo como la calidad de vida que ha tenido en él, y derivar desde allí la influencia que el trabajo tiene en la salud, no sólo del trabajador, sino también de su entorno humano, familiar y social. En este sentido, la cantidad y la calidad de vida laboral es lo que se denomina las condiciones de trabajo. De esta forma, las condiciones de trabajo van a influir positiva o negativamente en la salud del trabajador.

Es por todo lo dicho hasta aquí que entendemos a la salud laboral vinculada a algunas cuestiones básicas:

— Tomando en cuenta que la salud está directamente relacionada al bienestar, podemos afirmar que la salud puede considerarse en términos de capacidad y posibilidades que tiene los trabajadores de satisfacer necesidades vitales. En este caso, el empleador (el Estado, en nuestro caso), deberá favorecer las posibilidades que puedan tener los trabajadores para alcanzar óptimamente este bienestar.

— La salud implica lucha y negociación con la realidad del medio ambiente, en su concepción más amplia. Lo interesante de esta definición es que ya en el mismo concepto de salud está implicada la noción de negociación.

— La salud guarda relación con las condiciones de trabajo. En este concepto está implícita la noción de que el estado de salud de un trabajador depende enormemente de la actividad laboral que desempeña y de la realidad social y el modo de producción que dicha actividad impone. En este sentido, debemos señalar que el estado ideal de salud no tiene características “divinas” o “mágicas”, sino que es una instancia a ser construida colectivamente, tomándose en cuenta el bienestar de los trabajadores y la acción que éstos emprendan para mejorar la calidad de su vida laboral. Por si fuera necesario, debemos recordar que la mercancía que poseen los trabajadores es su propia fuerza de trabajo, y esta mercancía se puede vender, pero lo que no se puede vender ni comprar es la salud de los trabajadores.

Si los trabajadores no cuentan con salud, tampoco pueden trabajar y sin el trabajo, los trabajadores son condenados a la miseria y se les quita, además, su propia identidad y posibilidad de desarrollo humano. Por ello, el derecho a la salud es individual, debe ser ejercido en primera persona por todos los trabajadores, tanto de la rama privada como pública.

Hemos establecido la importancia que reviste para los trabajadores la “negociación colectiva” como instrumento que permite hacer realidad expectativas que ellos van acufiando en su realidad cotidiana. Es a través de esta negociación como los trabajadores han conseguido aumentos salariales y protección social para ellos y

¹⁰³ RODRÍGUEZ, Carlos A., “La salud de los trabajadores: Contribuciones para una asignatura pendiente”, Superintendencia de Riesgos del Trabajo, Buenos Aires, 2005.

para su entorno; es por esto que, en general, la “negociación colectiva” se asocia con el diálogo encaminado a la mejora en esos ítems.

Este proceso tiene un peso histórico muy fuerte en Argentina, país donde el trabajo y los temas referidos a su esfera han sido el motivo que ha permitido incorporar a la gran mayoría de los ciudadanos a la vida política y social de la nación.

Los cambios estructurales que modificaron los rasgos de la sociedad Argentina a partir de los años noventa, han repercutido también en los diferentes tipos de acción colectiva que emanan del interior de la sociedad. La acción sindical no ha sido ajena a este proceso y registra, en la actualidad, bajas tasas de afiliación y frecuentemente la desafiliación misma de los trabajadores.

También hay que agregar que a este proceso se le suma la desmovilización de los trabajadores, quienes replegados tras el discurso político predominante en la década 90, han abandonado en la mayoría de los casos toda estrategia encaminada a la negociación colectiva como forma de elevar sus niveles de vida.

Es por esto que los sindicatos se ven exigidos a centrar la negociación en áreas que hasta el momento eran consideradas secundarias. La incorporación de nuevos temas dotaría así a la negociación de la flexibilidad requerida para desarrollar nuevos caminos en la búsqueda de elevar el nivel de vida de los trabajadores.

Estaríamos hablando así de una “negociación colectiva” que no se restrinja al salario, sino que incluya al conjunto de las condiciones de trabajo. En este sentido, y tomando en cuenta también el objeto de las negociaciones colectivas en diferentes países, llegamos a la conclusión de que el tratamiento de los aspectos que hacen a la salud de los trabajadores comienza a tomar un espacio de importancia en este proceso.

6.3. *La particularidad de “lo social” en el trabajo administrativo del sector público*

El trabajo administrativo que reviste características particulares. Al respecto, la socióloga Diana Scialpi, en su libro *Violencias en la Administración Pública nacional*, afirma que el trabajo en la Administración tiene sus propias tasas de mortalidad y de enfermedad; lo que quiere decir que hay patologías que son típicas de este sector¹⁰⁴. En dicho trabajo se examinan detalladamente las particularidades que generan estas patologías en el empleado público.

Ya en el punto II del presente trabajo nos hemos ocupado de referirnos a las características particulares del empleo público en Argentina, como ambiente laboral atravesado por las desiciones que el Estado adopta a nivel político y económico. Así, hemos visto que el ambiente laboral de la Administración Pública ha visto disminuir la calidad de vida de los trabajadores como consecuencia del modelo de “gerenciamiento del tipo economicista”¹⁰⁵ en este ámbito.

Al respecto, existen pocos trabajos de investigación empírica acerca de la salud laboral en el ámbito administrativo. Creemos que se podría tener una visión acerca de la “salud laboral en la Administración” investigando acerca de las condiciones

¹⁰⁴ SCIALPI, Diana, *Violencias en la Administración...*, cit.

¹⁰⁵ “Gerenciamiento del tipo economicista” hace referencia a un tipo de gerenciamiento basado en funcionarios “tecnócratas”, ya descriptos en el punto II del presente trabajo.

laborales de los trabajadores a partir del significado que el concepto de salud laboral tiene para ellos mismos. Uno de los elementos a tener en cuenta sería valorar el propio conocimiento que poseen los trabajadores respecto de sus condiciones laborales, esto es: qué piensan los trabajadores de la Administración Pública acerca de los riesgos del trabajo, cómo observan las políticas preventivas que se toman acerca de dichos riesgos y cómo piensan que es su grado de involucramiento en dichas políticas.

Como conclusión, destacamos que el tomar en cuenta la percepción de los empleados públicos respecto de futuras negociaciones y planificaciones del trabajo ayudaría a fortalecer la dimensión social del trabajo, entendiendo a ésta como una construcción grupal.

6.4. Accidentes y enfermedades laborales en el trabajo administrativo del sector público

Primeramente definiremos en forma separada los siguientes conceptos: accidentes de trabajo y enfermedades de trabajo.

El término “accidentes de trabajo”, desde su concepción legislativa, hace referencia a aquellos “accidentes que se producen bajo una relación laboral asalariada que originan lesiones corporales en el trabajador”.

Por otro lado, la denominación “enfermedades” de trabajo comprende a las “enfermedades profesionales” y a las enfermedades “vinculadas” al ambiente de trabajo. Las “enfermedades profesionales” son aquellas causadas directa y exclusivamente por un agente de riesgo propio del medio ambiente de trabajo. Las enfermedades “vinculadas” o “relacionadas” con el trabajo son, en cambio, aquellas en las cuales las condiciones de trabajo son un elemento entre otros en la etiopatogénesis de una enfermedad multifactorial. Es decir, son inespecíficas y el trabajo puede causarlas en parte, agravarlas o acelerar su evolución.

Si aplicamos este marco conceptual al empleo público, vamos a encontrarnos con que la particularidad del trabajo administrativo es que la relación entre empleador (Estado) y empleado (trabajadores de la Administración Pública) es una relación específica, hecho que se comprueba en que el trabajo como empleado del Estado tiene sus propias tasas de mortalidad y de enfermedad, de lo que se deduce que hay patologías que son típicas de este sector. Algunas de las acciones propias de la Administración que generan estas patologías son: la reiterada violación de normas, la reiteración de concursos espurios, el mecanismo de silencio administrativo prolongado ante el reclamo de los trabajadores, las desigualdades salariales, el autoritarismo de los mandos, la infrautilización de las capacidades de los trabajadores, etcétera.

Algunas de las patologías “típicas” que se producen en el ámbito laboral administrativo son ¹⁰⁶:

— El estrés laboral: Se puede definir en relación con factores cuantitativos (cantidad de trabajo, presiones de los tiempos de producción, altas demandas de atención, tareas rutinizadas de oficina, etc.) y en cuanto a factores cualitativos (tra-

¹⁰⁶ Todas las definiciones de las enfermedades que se enuncian a continuación están extraídas de la nota de A. Mañas Cortés.

bajos aburridos, de poco contenido, repetitivos, con falta de variantes estimulantes, etc.). De igual forma, está influido por la pérdida del compañerismo y del rol sindical, entre otras causas. Como consecuencia, el estrés puede desarrollar diferentes patologías: ansiedad, depresión, neurosis, enfermedad cardíaca y cerebrovascular, hipertensión, etc. Y lo que es más importante, puede contribuir al suicidio, el homicidio y los accidentes.

— El envejecimiento precoz: es consecuencia de la acción conjunta de diversos agentes ambientales agresivos y se mide según la aparición de patologías no propias de la edad.

— El desgaste obrero: se define como la pérdida de capacidad efectiva y/o potencial, biológica y psíquica. Los indicadores de desgaste más utilizados son los signos y síntomas inespecíficos, el perfil patológico, los años de vida útil perdidos, el envejecimiento precoz y la muerte prematura. Asimismo, este tipo de procesos se producen en condiciones sociales y relaciones de producción determinadas.

— El deterioro de la salud mental: el desgaste psíquico incluye las enfermedades psiquiátricas, las enfermedades psicósomáticas y los trastornos que incluyen desde la fatiga a la depresión, pasando por alteraciones inespecíficas y que se producen o agravan en situaciones de tensión global en el trabajo. Muchos de estos trastornos no son reconocidos como verdaderos problemas de salud.

— El ausentismo: es un indicador de las malas condiciones y medio ambiente de trabajo, a pesar de que no suponga un daño a la salud de los trabajadores.

Pese a que, como se dijo antes, no existe información empírica acerca de la percepción de los trabajadores de la Administración Pública respecto del significado que le otorgan al concepto de "salud laboral", podemos afirmar que existen dos dimensiones a considerar en cuanto a dichos significados sobre salud laboral:

— por un lado, debemos tener en cuenta las condiciones particulares de salud de cada individuo;

— por otro, deberemos considerar la dimensión social que encierra el concepto de salud laboral, en cuanto a la construcción colectiva de las condiciones ideales de salud, hecho éste que nos lleva a señalar que la negociación laboral y la planificación del trabajo debe tener en cuenta que los trabajadores son personas y no solamente insumos productivos. Es por esto que deberíamos investigar acerca de si los propios trabajadores colocan a la construcción de la salud en un horizonte de acción colectiva.

A modo de conclusión, podemos deducir de esta revisión de problemas que la acción sindical dirigida a negociar una mejor calidad de vida de los empleados públicos debe indagar en diversas esferas: económicas y políticas, pero también culturales, sociales, de género, etc., pensando las condiciones que generan la salud laboral como un "espacio integrado de dimensiones".

7. La negociación colectiva de trabajo en el sector público bonaerense (ley 13.453)

Como producto de la sindicalización de los trabajadores del sector público y junto a la democratización de la sociedad argentina se han incorporado formas participativas a la regulación jurídica del contrato de empleo público. El ejemplo más cabal de esta afirmación es la incorporación de la negociación de las partes de la

relación de empleo público a través de la redacción de convenios colectivos que regulen condiciones del vínculo laboral. Este cambio implica el abandono de la autorregulación estatal de la relación de empleo público.

A nivel nacional, el Congreso sancionó la ley 23.544, que permite la aplicación al sector público de la negociación colectiva, similar a la que acontece en la actividad privada.

La ley 13.453, que derogó el decreto 3087/2004, regula las negociaciones colectivas que se celebran entre la Administración Pública provincial y sus empleados, quedando excluidos: a) el gobernador y el vicegobernador, b) el personal policial de las policías de la provincia de Buenos Aires y el personal penitenciario del Servicio Penitenciario provincial, c) los ministros del Poder Ejecutivo provincial, los subsecretarios, los asesores de gabinete, personal con cargo sin estabilidad y las personas que por disposición legal o reglamentaria ejerzan funciones de jerarquía equivalente a la de los cargos mencionados, d) las autoridades superiores y personal jerárquico sin estabilidad de entes autárquicos, descentralizados e integrantes del clero oficial, e) el personal que requiera un régimen particular por las especiales características de sus actividades cuando así lo resolviera el Poder Ejecutivo Provincial mediante decisión fundada, f) los sectores de la Administración Pública provincial ya incorporados al régimen de las convenciones colectivas de trabajo, a no ser que por acuerdo de las partes se optara por el sistema que aquí se establece y g) los trabajadores docentes y judiciales que tendrán su propio régimen de convenio colectivo.

En cuanto a los empleados docentes y judiciales, por sus características grupales e institucionales, requirieron la sanción de normas especiales para regular los convenios colectivos de trabajo.

El contenido de las negociaciones colectivas está delimitado en el art. 11 de la ley, que establece que podrán comprender todas las cuestiones laborales que integran la relación de empleo, tanto las de contenido salarial como las vinculadas a la prestación de servicios y condiciones de trabajo, quedando excluidas la facultad de dirección del Estado en cuanto a la organización y conducción de la Administración Pública provincial, comprensiva de su estructura orgánica y el principio de idoneidad como base del ingreso y la promoción de la carrera administrativa. Agrega que los acuerdos salariales o de cualquier forma, relacionados con las condiciones económicas de la prestación del empleo, deberán basarse en normas legales y presupuestarias, cargos y horas cátedra.

Establece el régimen un sistema de negociaciones de carácter general y otro de carácter sectorial. En ambos casos, la representación de la Administración Pública provincial será ejercida por el ministro de economía y el secretario general de la gobernación o aquellos en quienes delegaren su competencia, los que en ningún caso deberán tener rango inferior a director general, provincial o equivalente. En caso de negociaciones que comprendan un ámbito sectorial, la representación deberá integrarse, además, con los ministros, subsecretarios o funcionarios del área con rango equivalente, en quienes deleguen su competencia, los que deberán reunir las condiciones previstas en el párrafo anterior

La representación de los empleados públicos en la negociación con carácter general será ejercida por todas las asociaciones sindicales con personería gremial, cuyo ámbito personal y territorial comprenda a los agentes encuadrados en la ley 10.430, y en aquellos supuestos en que dicha norma fuere de aplicación supletoria, análoga

o como consecuencia de la absorción por el Estado provincial, del personal antes sometido a regímenes nacionales. En la negociación de carácter sectorial tal representación será ejercida por la asociación sindical con personería gremial específica del sector y aquellas asociaciones del mismo carácter que incluyan a ese sector en su ámbito de actuación, comprendiendo a los agentes encuadrados en la ley 10.430, y en aquellos supuestos en que dicha norma fuere de aplicación supletoria por expresa disposición legal, análoga o como consecuencia de la absorción por el Estado provincial, del personal antes sometido por regímenes nacionales.

El procedimiento, dispuesto en el art. 7º, dispone que las comisiones negociadoras, de carácter general y sectorial, se integrarán como mínimo por diez representantes de cada parte; en caso de superarse la cantidad antes referida de manera desigual y/o de no existir paridad numérica de representantes gremiales y del Estado, desde su integración se establecerán mecanismos de voto adecuados que garanticen la igualdad de representación, debiendo adoptarse las decisiones por acuerdo. Las representaciones deberán integrarse respetando el cupo femenino. Cuando no exista acuerdo en el seno de la representación de los empleados se conformará su voluntad por votación, requiriéndose la mayoría absoluta de votos de la totalidad de los representantes.

Continúa el art. 8º de la ley afirmando que a cada organización sindical con personería gremial corresponderá un número de votos proporcional a la cantidad de afiliados activos, otorgándosele a cada una de ellas la cantidad de votos que surja de la división entre el número de sus afiliados y aquel que corresponda al gremio de menor cantidad de afiliados.

Formulada la convocatoria a las organizaciones sindicales antes descriptas, establece el art. 9º del régimen legal que la autoridad de aplicación procederá en cada nivel a integrar la comisión negociadora respectiva con los representantes designados a tal fin. La negativa de cualquiera de las organizaciones sindicales a integrar las comisiones negociadoras no impedirá la adopción de decisiones válidas en su seno, siempre que se encuentre representada la mayoría absoluta de los empleados involucrados en la negociación.

Los representantes estatales y de los trabajadores en la negociación de carácter general o sectorial, establece en la ley su art. 10, podrán en cualquier tiempo proponer a la otra parte la formación de una comisión negociadora sectorial, notificando a la autoridad de aplicación, indicando por escrito las razones que justifiquen su pedido y las materias que deben ser objeto de la negociación.

Las condiciones y principios de la negociación están dispuestas en el art. 13 de la ley, que dispone que las partes estarán obligadas a negociar de buena fe. Este principio comporta los siguientes derechos y obligaciones: a) La concurrencia a las negociaciones y a las audiencias citadas en debida forma. b) La realización de las reuniones que sean necesarias, en los lugares y con la frecuencia y periodicidad que sean adoptadas. c) El intercambio de la información necesaria a los fines del examen de las cuestiones en debate. d) La designación de negociadores con idoneidad y representatividad suficiente para la discusión del tema que se trata. e) La realización de los esfuerzos conducentes a lograr acuerdos que tengan en cuenta las diversas circunstancias del caso. f) El reconocimiento de normas legales y presupuestarias, disponibilidad de cargo y horas cátedra.

La negociación concluye en un acuerdo, cuyos requisitos establece el art. 14, que debe ser aprobado mediante el dictado de un decreto del Ejecutivo provincial, dentro del plazo de treinta días de la suscripción del acta (art. 16), cuyo texto completo deberá remitirse en el plazo de cinco días para su registro y publicación (art. 17).

El acuerdo a que las partes arribarán regirá formalmente a partir del día siguiente al de su publicación, y se aplicará a todos los empleados, organismos o entes comprendidos, quedando los aspectos no contemplados en forma expresa por el acuerdo regido por las normas vigentes.

Las impugnaciones que las partes puedan efectuar a los acuerdos o medidas adoptadas en el período de negociación están legisladas en el art. 18 de la ley, que refiere: "En caso de conflictos colectivos suscitados a raíz de la negociación colectiva las partes deberán, en este orden: a) Apelar al procedimiento de autocomposición del conflicto que hubieren acordado. b) Someterse al órgano imparcial establecido en el inc. 4° del art. 39 de la Constitución Provincial el que será creado por ley específica".

A diferencia de su norma predecesora, la ley envía en caso de conflictos a la impugnación frente al órgano imparcial del art. 39, cuya reglamentación aún no fue aprobada por la Legislatura bonaerense (ver proyectos).

Ahora, nada dice la ley del proceso judicial de impugnación de los acuerdos aprobados en la negociación colectiva, tanto por las asociaciones de trabajadores participantes de éstas, como por otros sindicatos o por los propios trabajadores estatales. El Poder Ejecutivo, luego de la aprobación del acuerdo mediante el dictado del correspondiente decreto, no debiera tener objeciones sobre su alcance.

El Código Contencioso Administrativo regula el proceso mediante el cual los empleados públicos provinciales resuelven sus conflictos laborales con su empleador, la provincia de Buenos Aires.

El art. 2° del Código Contencioso Administrativo regula las materias incluidas en la competencia del fuero Contencioso Administrativo, incluyendo las controversias que tengan como objeto la impugnación de actos administrativos, de alcance particular o general (inc. 1°), así como aquellas relativas a los contratos administrativos (inc. 7°).

Mediante el art. 4°, el Código establece la materia excluida de la competencia de los tribunales contencioso administrativos y, entre sus incisos, el primero dispone limitar aquellas causas que se encuentren regidas por el derecho privado, o por las normas o convenios laborales.

La Cámara Contencioso Administrativa de La Plata, en autos "Terminiello v. Fisco de la Provincia de Buenos Aires", sostuvo la competencia del fuero Contencioso Administrativo en una causa en la que la relación laboral que los actores mantenían con el Estado bonaerense se regía por un convenio colectivo de trabajo. En el caso se trataba de un agente de la Dirección Provincial de Actividades Portuarias, cuya relación laboral se encontraba regida por el convenio colectivo de trabajo 164/1975 y por la LCT.

En opinión de Hutchinson, este caso debió ser excluido de la competencia contencioso administrativa, por directa aplicación de la norma procesal que excluye las causas regidas por las normas o convenios laborales o, en caso de considerar que ésta

no respetaba la distribución material de la competencia dispuesta por el art. 166 de la Constitución provincial, correspondía declarar su inconstitucionalidad¹⁰⁷.

8. Los convenios colectivos de trabajo en el sector público bonaerense

8.1. Naturaleza jurídica de los convenios colectivos de trabajo del sector privado

La características de los convenios colectivos de trabajo, en tanto acuerdos entre un grupo de trabajadores y su/s empleador/es, firmado por ambas partes en su condición de personas privadas para regir sus obligaciones y derechos, fueron considerados por parte de la doctrina como contratos privados¹⁰⁸.

El problema se genera cuando se observó que estos convenios colectivos obligaban a personas que no los habían suscripto y se caracterizaban por su inderogabilidad que impide que las disposiciones de estos contratos sean suplidas por las partes en una determinada relación laboral y tiene su fundamento en expresas disposiciones del ordenamiento jurídico, manifestadas en normas legales de orden público.

Así se propusieron respuestas que consideraron a estos convenios como contratos normativos o que afirmaron que éstos contenían normas públicas o de origen público. Algunos autores consideran que los convenios colectivos son fuente formal del derecho y la legislación ha reconocido este carácter al afirmar el carácter imperativo de sus normas¹⁰⁹.

León Duguit, al estudiar las transformaciones del derecho público y privado francés de su época, acuñó el concepto de ley-convención: "El contrato colectivo es una categoría jurídica absolutamente nueva y por completo fuera de los cuadros tradicionales del Derecho civil. Es un convenio-ley que regula las relaciones de dos clases sociales. No es un contrato que produzca obligaciones especiales, concretas y temporales entre dos sujetos de derecho. Es una ley que establece relaciones permanentes y duraderas entre dos grupos sociales, el régimen legal según el cual deberán pactarse los contratos individuales entre los miembros de esos grupos... Dado esto, nada se opone a que ciertas leyes sean una regla establecida por un acuerdo pactado entre dos grupos sociales y sancionado por la fuerza materia de los gobernantes"¹¹⁰.

¹⁰⁷ HUTCHINSON, Tomás (dir.), *Código Procesal Contencioso Administrativo. Provincia de Buenos Aires. Concordado y comentado. Jurisprudencia*, 1ª ed., Dante Scototi, La Plata, 2005, p. 79. Dijo: "A la luz de las disposiciones del Código en comentario surge con claridad que era una cuestión ajena al fuero (pues no se regía por el régimen del derecho administrativo). Pudo argumentarse, como se ha analizado, que bajo la regulación constitucional (art. 166) la función administrativa que allí se menta no se encuentra limitada por la índole del régimen jurídico aplicable. Para ello debió considerarse inconstitucional el inciso que comento; nada de ello se hizo y, por mayoría, se entendió que era competente el fuero".

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ MANCINI, Jorge (dir.), *Curso de derecho...*, cit, 1996, p. 498. Dijo este autor: "De tal modo es que los convenios son actos de autonomía privada, aunque autonomía privada colectiva, en vez de individual. Son verdaderos contratos y desde esta perspectiva es apropiado resolver los problemas que presenten en materia de expresión de la voluntad, de aplicación a los particulares, de eventuales nulidades, de publicidad, de jerarquía normativa, de retroactividad o de métodos de interpretación".

¹⁰⁹ DEVEALI, Mario L. (dir.), *Tratado de derecho...*, cit., t. I, p. 352.

¹¹⁰ DUGUIT, León, *Las transformaciones del derecho (público y privado)*, Heliasta, Buenos Aires, 2001, p. 230. Afirmó también este autor: "Llegamos ahora al estudio de fenómenos que revelan, mejor aún tal vez que los anteriormente descritos, la desaparición de la concepción antigua de la ley, y por lo tanto, la desaparición de la concepción imperialista: nos referimos a las leyes convenciones. En sí

La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires considera que los convenios colectivos de trabajo del sector privado no revisiten categoría de leyes y por ello su violación no habilita la procedencia del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley¹¹¹.

8.2. *Los convenios colectivos del sector público*

Ahora corresponde analizar la naturaleza jurídica de los convenios colectivos de trabajo celebrados entre los representantes de empleados públicos y el Estado empleador. Es un reglamento que materializa el ejercicio de función normativa por parte del Poder Ejecutivo, en cuya formación intervienen las voluntades de un grupo social y de los representantes del Estado.

Antes de la reforma constitucional bonaerense de 1994, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se manifestó sobre el carácter público de una relación de empleo regulada parcialmente por un convenio colectivo de trabajo. Así, en autos "Abbiatti" dijo: "Actuando la Dirección Provincial de Hipódromos como ente autárquico de derecho público y sin fin de lucro (arts. 1° y 23, dec.-ley 13.131/1957), las relaciones con su personal son de naturaleza pública, que no se altera por la circunstancia que entre las partes se hubiera celebrado un convenio colectivo de trabajo".

Los convenios colectivos fueron expresamente reconocidos por la provincia de Buenos Aires en el inc. 2°, art. 39, CPBA. Esta incorporación constitucional expresa de los convenios a nuestro ordenamiento jurídico provincial nos lleva a preguntarnos por el lugar que ocupan en la escala jerárquica de nuestro sistema legal. Los convenios colectivos tienen, luego de la reforma constitucional de 1994, jerarquía similar a las leyes o constituyen una más de las manifestaciones volitivas del Estado, de carácter infralegal.

Puede la voluntad del pueblo, manifestada a través de la sanción de una ley, modificar los contenidos del acuerdo convenido entre los representantes de los trabajadores estatales y su empleador, titular del poder público provincial o los convenios colectivos sólo pueden ser modificados por un nuevo acuerdo.

9. El derecho de huelga

Como ya adelantáramos, el derecho a huelga no está expresamente reconocido en la LEPBA a pesar de su expreso establecimiento en las constituciones nacional

el hecho es bastante sencillo. Se trata siempre de leyes propiamente dichas, disposiciones de carácter general, permanentes, que regulan durante un tiempo indeterminado las situaciones individuales que determinan competencias, que van acompañadas de sanción jurisdiccional. Son ésas, leyes que no son sólo la obra de una voluntad unilateral que formula un mandato, ni tampoco el resultado de un concurso, de una colaboración de voluntades como las leyes de las asociaciones o de los servicios públicos descentralizados. Son la obra de voluntades que realizan verdaderamente una convención...que tiene por objeto determinar las condiciones según las cuales se ajustarán los contratos individuales en el cuerpo del oficio interesado".

¹¹¹ Sup. Corte Bs. As., 6/9/1994, L-53.549, "Luciano de Luengo, Stella Maris v. Bruno, Hércules s/diferencias salariales y despido"; 24/11/1998, L-67.399, "Ciardullo, Antonio v. Agreración Médica Platense s/despido, etc.".

y bonaerense (art. 14 bis, CN, y 39, CPBA) y en tratados internacionales de rango constitucional y legales.

El derecho de huelga transitó el camino histórico que lo llevó, de ser considerado en un principio un derecho individual, reflejo de la libertad del trabajador que decide no trabajar, a ser visto como un derecho colectivo, reconocido constitucionalmente, ejercido por asociaciones de trabajadores organizados a fin de obtener un beneficio social para ese grupo de empleados, reunidos en un sindicato o gremio.

Dentro de la doctrina existen diferentes posturas sobre el derecho de huelga, en general y respecto de los empleados públicos.

Cassagne plantea el inconveniente que el reconocimiento constitucional del derecho de huelga provoca, tanto en la relación empleador-trabajador como en el ámbito público. Dice: "Toda huelga afecta no solamente los derechos de los patrones o empresarios —las llamadas libertades económicas y el derecho de propiedad— sino también la libertad de trabajo de los dependientes... Pero, además, y es lo que no ha sabido verse con claridad hasta hace poco tiempo, la huelga daña profundamente el tejido social..."¹¹². Esta visión, que no compartimos, parte de considerar a la sociedad como un ámbito donde no existen o debieran existir tensiones ni conflictos.

Linares Quintana considera que "la huelga no es un derecho individual del trabajador, sino que constituye, por el contrario, un derecho colectivo o gremial, cuya esencia es la suspensión concertada del trabajo llevada a cabo por una pluralidad de trabajadores"¹¹³.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha dicho: "La huelga es un derecho constitucional que no causa la ruptura del contrato de trabajo sino que suspende sus efectos, cualidad que determina que el empleador se vea obligado, mientras se la ejercite legalmente, a mantener indemne la relación laboral y por lo tanto no puede obligarse en tal caso a los que ejercen tal derecho a que acaten los requerimientos del empleador a que retornen a sus tareas para que cumplan con la efectiva prestación del contrato de trabajo" (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 22/12/1987, L-38.010, "Godoy, Antonio v. Carindu SAICAI s/despido, etc."; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 22/12/1987, L-38.127, "Escobar, Gregorio y otros v. Carindu SAICAI s/despido").

En cuanto a la titularidad de este derecho colectivo, coinciden la doctrina y la jurisprudencia en sacarlo de la esfera individual de los trabajadores y ponerlo en cabeza de las asociaciones gremiales que ostentan su representación legal. Así, el Máximo Tribunal provincial dijo: "De conformidad con el art. 14 bis de la Constitución de la Nación y a la legislación vigente el titular del ejercicio del derecho de huelga es la asociación gremial de los trabajadores, como principio del que sólo es posible apartarse excepcionalmente" (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 26/8/1994, L 52588, "Duarte, Roberto v. Nodulfer Berisso SRL s/despido").

Respecto del derecho a huelga de los agentes públicos dijo la Corte provincial: "Los empleados públicos gozan del derecho de asociación con fines útiles. Admitido el derecho a agremiarse, cobra operatividad la doctrina que establece que la huelga es un derecho constitucional que no causa la ruptura del contrato de trabajo sino que

¹¹² CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, cit., t. II, p. 305.

¹¹³ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, t. V, 2ª ed., Plus Ultra, Buenos Aires, 1979, p. 528.

suspende alguno de sus efectos, cualidad que determina que el empleador se vea obligado, mientras se ejercite legalmente, a mantener indemne la relación —en el caso de empleo público— y por lo tanto no puede obligarse en tal supuesto a los que ejercen tal derecho a que acaten los requerimientos del empleador a que retornen a sus tareas, que cumplan con la efectiva prestación del contrato” (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 4/8/1998, B 53139, “Barrios, Juan Carlos v. Municipalidad de Esteban Echeverría s/demanda contencioso administrativa”; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 24/11/1998, B 53143, “Soria, José M. v. Municipalidad de Esteban Echeverría s/demanda contencioso administrativa”; Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 16/2/1999, B 53455, “Alaimo, Jorge Andrés v. Municipalidad de Esteban Echeverría s/demanda contencioso administrativa”).

En autos “Rocha, Laurindo Darío v. Municipalidad de Esteban Echeverría s/ demanda contencioso administrativa”, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires dijo: “En el presente caso es acertado admitir que los empleados públicos gozan del derecho de asociación con fines útiles, inclusive para la defensa de sus intereses profesionales, siendo que, en la especie, la autoridad municipal les reconoce ese derecho. Admitido el derecho a agremiarse en la norma de derecho público local, la huelga, derecho con reconocimiento constitucional al sindicato es expresamente aceptado en el escrito de responde por la demandada” (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 22/3/2000, B 52931).

El Juzgado Contencioso Administrativo de La Plata n. 1 en autos “Sindicato Unificado de Trabajadores de la Educación de Buenos Aires (SUTEBA) y otro v. Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/amparo” hizo lugar a la medida solicitada por los gremios docentes actores (SUTEBA y FEB), ordenando al Poder Ejecutivo de la provincia de Buenos Aires a que se abstenga de efectivizar cualquier acto o hecho que —como consecuencia de las medidas de fuerza realizadas en mayo, junio y julio de 2005— afecte la percepción íntegra de los salarios del sector docente.

10. La huelga y los servicios públicos esenciales

El art. 99 del Estatuto Escalafón del Personal de la Municipalidad de Esteban Echeverría opera en el supuesto de los conflictos individuales y no cuando se trata de un conflicto colectivo cuyos efectos en la relación de empleo son diferentes, por lo que si el agente notificó a la municipalidad el motivo de sus ausencias en ejercicio del derecho de huelga —el que no fue negado por la comuna— no se configuró el abandono del cargo con arreglo a lo dispuesto por el mencionado estatuto (art. 94, inc. 1a., conc. art. 99).

— Carátula: “Soria, José M. v. Municipalidad de Esteban Echeverría s/demanda contencioso administrativa”.

Publicaciones: AyS 1998-VI-204.

Mag. votantes: Negri, Pisano, Laborde, Salas, Ghione, San Martín, Hitters, Pettigiani.

— Carátula: “Alaimo, Jorge Andrés v. Municipalidad de Esteban Echeverría s/demanda contencioso administrativa”.

Publicaciones: DJBA 156-133; AyS 1999-I-177.

Mag. votantes: Negri, Pisano, Laborde, Salas, Ghione, San Martín, Hitters, Pettigiani.

Si bien el art. 14 de la Corte de Justicia de la Nación reconoce el derecho de huelga a todos los gremios, están excluidos de ese derecho los funcionarios públicos depositarios de cierta parte de la autoridad pública, es decir, los funcionarios y empleados de autoridad —en oposición a los llamados de gestión— entre los cuales se hallan los del Poder Judicial.

— Carátula: “Quinteros, Andrea Ernestina v. Ávila, Enrique Rodolfo s/incidente de nulidad de audiencia”.

Mag. votantes: Rípodas.

CAPÍTULO VII

DEBERES Y PROHIBICIONES

I. SITUACIONES PASIVAS EN LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

La relación jurídica originada en el contrato de empleo público supone la generación de un sinnúmero de situaciones pasivas y activas tanto para el organismo contratante como para el agente¹.

Sin embargo, debemos partir de una premisa básica, no existen situaciones activas o pasivas absolutas. Es que más allá de la intensidad de la relación de poder que pueda asignarse a un sujeto para la realización de acciones generales o individuales, cada derecho o prerrogativa tiene como correlato un deber y viceversa, ya que el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho debe estar estructurado de tal manera que equilibre las atribuciones de poder de cualquier sujeto —independientemente del interés que invoque— frente un plexo básico e irreductible de derechos fundamentales.

El desenvolvimiento de la relación de empleo público supone el intercambio de conductas en su faz positiva como negativa², fuertemente influenciadas por la presencia del Estado como sujeto detentador de poder legítimo para la satisfacción del interés general definido por las normas atributivas de competencia.

Dentro de este contexto, con el fin de resguardar el cumplimiento de las prestaciones públicas que necesariamente deben precisarse y ejecutarse a través de agentes estatales, la norma ha regulado un sinnúmero de situaciones pasivas respecto de éstos que en los estatutos o leyes orgánicas se han plasmado como deberes y prohibiciones.

Los deberes y prohibiciones son una de las variantes que puede adquirir una situación pasiva frente a los poderes jurídicos, ya que éstas varían de acuerdo con la intensidad del vínculo con dichos poderes, partiendo de una situación de sujeción frente a una potestad; surgen luego deberes, prohibiciones y obligaciones producto

¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, t. II, 7ª ed., Civitas, Madrid, 2000, p. 18: “Esta radical transformación que está en la base del orden político y jurídico moderno, parece puesta en cuestión con la reviviscencia del viejo término ‘administrado’ en el actual Derecho Administrativo, porque el ciudadano es hoy no sólo titular de situaciones jurídicas, sino, con la misma normalidad, un sujeto activo frente a la Administración”.

² VON WRIGHT, Georg H., “Valor, norma y acción en mis escritos filosóficos. Con un epílogo cartesiano”, DOXA 26-2006-53. Este autor ha distinguido “cuatro tipos de acciones atómicas o elementales que tengan la naturaleza de poder ser realizadas, viz estos tipos son producir, evitar, mantener y destruir y las correspondientes omisiones de sus realizaciones”.

de la concreción de dicha potestad a través de una relación jurídica o de regulaciones normativas.

1. Contrato de empleo público y potestades

El sujeto estatal, de la misma manera que en otro tipo de contrataciones, tiene asignadas potestades sobre la relación de empleo público derivadas, exclusivamente, de la necesidad de garantizar los cometidos que tiene asignados.

La potestad es una manifestación del concepto genérico de poder jurídico, atribuido por el ordenamiento en forma previa e independiente de toda relación jurídica concreta, por ello se distingue del derecho subjetivo³. Este poder genera, respecto de quienes se encuentran alcanzados por él, una situación de sujeción, y la eventualidad de soportar las consecuencias de su ejercicio⁴.

La naturaleza contractual del vínculo no se debilita por la presencia de deberes y prohibiciones, tampoco por la de potestades.

Esta situación es semejante —obviamente con las particularidades que suponen la presencia de un sujeto especial y los intereses en juego— a la que se produce en el ámbito de la relación laboral del derecho privado, donde el carácter tuitivo del derecho que la rige hace que se regulen legislativamente precisas garantías para proteger a los derechos que nacen de la relación, así como también potestades en cabeza del empleador, que exceden la mera relación contraprestacional de carácter patrimonial.

En el ámbito privado el empleador cuenta con poderes de dirección, organización, disciplinarios y reglamentarios; éstos deben ser ejercidos con carácter funcional de acuerdo con los fines para los cuales fueron reconocidos⁵. En una relación continuada, de tipo mancomunado como es la de trabajador y empleador —más allá de la complejidad o magnitud de la empresa en la que se desenvuelvan— no todo puede estar previsto en un acuerdo expreso o implícito⁶.

³ CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, t. I, 4ª ed. ampl. y actual., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 106. " ...La idea de potestad contrasta con la de derecho subjetivo en los siguientes aspectos:

"a) La potestad no nace de la relación jurídica alguna, sino del ordenamiento jurídico, que la disciplina y regula.

"b) Ella no versa sobre contenidos específicos determinados sino que tiene un objeto genérico, no consistiendo en una prestación individual sino en la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, aunque de su ejercicio y como consecuencia de su titularidad puedan devenir relaciones jurídicas particulares.

"c) No genera deberes concretos, ni sujetos obligados, sino una situación de sometimiento o sujeción a sufrir los efectos jurídicos que de ella emanan, no hay pues sujeto obligado sino una situación pasiva de inercia".

⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho...*, cit., t. II, cap. XV § II a cargo de Tomás Ramón Fernández, p. 31.

⁵ FERNÁNDEZ MADRID, Juan C. - FERNÁNDEZ MADRID, Santiago, *Práctica laboral*, Errepar, Buenos Aires, 1992, p. 213.

⁶ LÓPEZ, Justo - CENTENO, Norberto O. - FERNÁNDEZ MADRID, Juan C., *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, t. I, Contabilidad Moderna, Buenos Aires, 1977, p. 350: "Pero el contrato no agota su contenido obligacional con las prestaciones de carácter patrimonial, pues a la par del trabajo y del salario y como derivados del hecho del trabajo se originan conductas, poderes y deberes que deben ser asumidos o acatados por las partes del contrato, según los casos".

En este sentido, el art. 62 de la Ley de Contrato de Trabajo constituye una cláusula general destinada a consagrar obligaciones y deberes implícitos derivados de la relación laboral, modulados bajo los principios de colaboración y solidaridad⁷, el de buena fe conforme al art. 63⁸ y la exclusión de toda forma de abuso del derecho respetando la dignidad de su contraparte en el vínculo; el art. 68⁹ lo consagra como un deber del empleador, principio que entendemos extensible también al trabajador. Junto con estas potestades generales la ley marco señala otras específicas: como la facultad de modificar las formas y modalidades del trabajo o *ius variandi* en el art. 66¹⁰ o la disciplinaria en el art. 67¹¹.

2. Potestades inherentes a la relación de empleo público

Dentro de las prerrogativas de poder, encontramos poderes expresos, implícitos e inherentes¹². El primero de ellos es aquel previsto expresamente en la norma y la diferencia entre los otros dos tipos es la siguiente: los poderes inherentes son aquellos que derivan de las competencias propias de la naturaleza y fines de un órgano u organismo¹³, a diferencia de los implícitos, que son aquellos que surgen como derivación o extensión de los expresamente atribuidos¹⁴.

⁷ Art. 62, ley 20.744: "Las partes están obligadas, activa y pasivamente, no sólo a lo que resulta expresamente de los términos del contrato, sino a todos aquellos comportamientos que sean consecuencia del mismo, resulten de esta ley, de los estatutos profesionales o convenciones colectivas de trabajo, apreciados con criterio de colaboración y solidaridad".

⁸ Art. 63, ley 20.744: "Las partes están obligadas a obrar de buena fe, ajustando su conducta a lo que es propio de un buen empleador y de un buen trabajador, tanto al celebrar, ejecutar o extinguir el contrato o la relación de trabajo".

⁹ "El empleador en todos los casos, deberá ejercitar las facultades que le están conferidas en los artículos anteriores, así como la de disponer suspensiones por razones económicas, en los límites y con arreglo a las condiciones fijadas por la ley, los estatutos profesionales, las convenciones colectivas de trabajo, los consejos de empresa y, si los hubiere, los reglamentos internos que éstos dictaren. Siempre se cuidará de satisfacer las exigencias de la organización del trabajo en la empresa y el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, excluyendo toda forma de abuso del derecho".

¹⁰ Art. 66, ley 20.744: "El empleador está facultado para introducir todos aquellos cambios relativos a la forma y modalidades de la prestación del trabajo, en tanto esos cambios no importen un ejercicio irrazonable de esa facultad, ni alteren modalidades esenciales del contrato, ni causen perjuicio material ni moral al trabajador. Cuando el empleador disponga medidas vedadas por este artículo, al trabajador le asistirá la posibilidad de considerarse despedido sin causa".

¹¹ Art. 67, ley 20.744: "El empleador podrá aplicar medidas disciplinarias proporcionadas a las faltas o incumplimientos demostrados por el trabajador.

"Dentro de los 30 días corridos de notificada la medida, el trabajador podrá cuestionar su procedencia y el tipo o extensión de la misma, para que se la suprima, sustituya por otra o limite según los casos. Vencido dicho término se tendrá por consentida la sanción disciplinaria".

¹² CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, cit., t. II, p. 484.

¹³ AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución y poder*, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1987, p. 160; entiende que los poderes o facultades inherentes son "...las facultades o potestades propias de la naturaleza de un órgano o institución determinada" y que ésta es "...una condición sustancial, inseparable de la esencia misma del órgano".

¹⁴ AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución...*, cit., p. 159; define potestad o facultad implícita: "...Es aquella que está inserta, implicada, en la voluntad que el legislador ha manifestado en la norma". Luego, deduce las siguientes consecuencias: "a) Una potestad o facultad implícita requiere de una norma expresa; b) una facultad implica otra si la segunda requiere necesariamente de la primera".

Los poderes inherentes hacen a la esencia constitutiva del organismo, a su función fundamental, si bien no requieren una directa derivación de otro poder para considerarlos como tales, sí deben ser la resultante de una derivación lógica de las normas que conforman el núcleo esencial atributivo de competencia al órgano al que se le reconocen; en este sentido podemos decir que los inherentes pueden ser considerados una categoría de los implícitos¹⁵.

En la actualidad difícilmente encontremos potestades vinculadas al desenvolvimiento de la relación de empleo público que no hayan sido consagradas en forma expresa o razonablemente implícita¹⁶ en la normativa vigente, pero si ello ocurriese, nadie podría negar la atribución de poderes reglamentarios en general, o en particular, de dirección, organización y disciplina. No admitirlos implicaría cercenar la propia atribución competencial a su cargo al no poder disponer de prerrogativas para conducir su propia organización, la que en hipótesis sólo podría quedar sometida a la propia voluntad de cada uno de sus integrantes¹⁷ o, en su defecto, a la necesidad de impulsar la actividad legislativa para definir prestaciones, obligaciones y prohibiciones o, a la judicial, para hacerlas cumplir en caso de negativa.

Obviamente, como todo poder estatal, también resulta "inherente" a su ejercicio el reconocimiento de las garantías que resguarden el núcleo esencial e irreductible de derechos fundamentales que no podrán alterar.

En la práctica, las potestades de organización y dirección en general están determinadas en las leyes atributivas de competencia (v.gr. Ley de Ministerios) o en los decretos en los que se aprueban las estructuras orgánico funcionales de las distintas dependencias que integran el conglomerado que conforma la Administración Pública.

¹⁵ AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución...*, cit., p. 161 cita a Joseph Story: "...Quien, en sus *Comentarios*, desarrolló por primera vez el concepto de poderes resultantes, como una categoría de los implícitos, que sólo había insinuado Marshall en un fallo de 1828, cuando expresó que del poder de adquirir territorios surge, como consecuencia inevitable, el derecho de gobernarlos. Así argumenta Story: 'Aquí es el lugar para hablar de otra especie de poderes implícitos, que han sido llamados con gran precisión poderes resultantes (*resulting powers*), pues resultan del conjunto de poderes del gobierno nacional'".

¹⁶ COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo*, 2ª ed. actual. y ampl., LexisNexis, Buenos Aires, 2003, p. 497; expresó: "La implícitud por lo demás, puede consistir en un apoderamiento expresamente implícito, como es el caso de ciertas disposiciones de los marcos regulatorios de los servicios de electricidad y gas, o bien inferirse de poderes expuestos y concretos (v.gr. si el órgano directivo de un ente autárquico tiene atribuciones para nombrar y remover al personal, es razonable concluir en que también puede suspenderlo)".

GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 8ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, cap. XII-6; sostiene: "...En derecho público la competencia de los órganos no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente".

Debo observar que si se incluye a la potestad inherente como una categoría dentro de la implícita y, como consecuencia, se exige para su reconocimiento su derivación de una norma jurídica atributiva de competencia y no que emane de una prerrogativa perteneciente a la "zona de reserva del propio poder al que se le atribuye", las concepciones que aceptan a las potestades inherentes —siempre que sea bajo estas condiciones— y las que sólo aceptan la existencia de potestades implícitas son compatibles.

¹⁷ En el mejor de los casos, a la idea de obra a realizar que los sujetos que conforman una institución asumen como propia y que constituye su elemento principal en la concepción de Maurice Hauriou. HAURIUO, Maurice, *La teoría de la institución y de la fundación*, trad. y prólogo Arturo Enrique Sampay, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968, p. 41.

Así también la ley 10.430, al disponer deberes y prohibiciones para los agentes, está reconociendo como correlato determinadas potestades que la imposición de situaciones pasivas viene a proteger y que resultan inherentes a la función.

Así podemos encontrar, dentro del art. 78, una manifestación del ejercicio de poderes de organización y dirección en los deberes contemplados en los incs. a)¹⁸, b)¹⁹, h)²⁰ e i)²¹; y también en las prohibiciones previstas en el art. 79, tal es el caso de su inc. d)²².

En cambio, la referencia a la potestad disciplinaria ha sido directa en la ley 10.430, regulando tanto en ésta como en su decreto reglamentario 4161/1996 el régimen disciplinario de los agentes estatales.

3. Relaciones de sujeción especial y empleo público

Como premisa básica debemos decir que el vínculo que une al agente con el Estado empleador no genera una situación de sometimiento que permita disminuir el grado de protección de la relación por no constituir una situación excepcional respecto de otros vínculos de tipo convencional que mantiene el Estado²³ o que resulten del ejercicio de prerrogativas generales, por ello es necesario poner en su justo cauce el concepto de "relación de sujeción especial".

Este concepto, nacido en el derecho alemán y utilizado posteriormente en el español, ha permitido justificar en nuestro país la morigeración en la aplicación del principio de legalidad para asignarle mayores atribuciones a la Administración frente a determinados vínculos sectoriales, en principio respecto de personas que se encontraban en una particular situación frente al Estado, como los funcionarios, alumnos, penados o soldados; posteriormente, en algunos casos se lo ha hecho extensivo a

¹⁸ Art. 78, inc. a), ley 10.430: "Prestar servicios en forma regular y continua, dentro del horario general, especial o extraordinario que de acuerdo a la naturaleza y necesidad de los mismos se determine, con toda su capacidad, dedicación, contracción al trabajo y diligencia, conducentes a su mejor desempeño y a la eficiencia de la Administración Pública".

¹⁹ Art. 78, inc. b), ley 10.430: "Obedecer las órdenes de su superior jerárquico con jurisdicción y competencia cuando éstas se refieran al servicio y por actos del mismo y respondan a las determinaciones de la legislación y reglamentación vigentes.

"Cuestionada una orden dada por el superior jerárquico, advertirá por escrito al mismo sobre toda posible infracción que pueda acarrear su cumplimiento. Si el superior insiste por escrito, la orden se cumplirá".

²⁰ Art. 78, inc. h), ley 10.430: "Conocer fehacientemente las reglamentaciones, disposiciones y todas aquellas normas que hacen a la operatividad y gestión de la Administración y las referidas específicamente a las tareas que desempeña".

²¹ Art. 78, inc. i), ley 10.430: "Cumplir los cursos de capacitación, perfeccionamiento y exámenes de competencia que se dispongan con la finalidad de mejorar el servicio".

²² Art. 79, inc. d), ley 10.430: "Asociarse, dirigir, administrar, asesorar, patrocinar o representar a personas físicas o jurídicas, que cuestionen o exploten concesiones o privilegios de la Administración Provincial, salvo que las mismas cumplan un fin social o de bien público y que no se manifiesten incompatibilidades entre las funciones o tareas asignadas en la Administración y las desarrolladas en tales entidades, ni puedan presumirse situaciones de favoritismo o arbitrariedad en el otorgamiento de tales beneficios, así como también, mantener relación de dependencia con entes directamente fiscalizados por la representación a que pertenezca".

²³ SCOLA, Héctor J., *Tratado integral de los contratos administrativos*, t. II: "Parte especial", Depalma, Buenos Aires, 1979, p. 405.

otras relaciones, tal es el caso de concesionarios, licenciarios, colegiados profesionales²⁴, etcétera.

Consideramos que no hay justificativo alguno para soslayar la aplicación de garantías fundamentales, de absoluta raigambre en nuestro derecho²⁵, como lo es el principio de legalidad, con base en la modulación especial que deben tener determinadas relaciones, como tampoco es posible aceptar la existencia de “zonas de reserva” o parcelas exentas de control judicial²⁶.

Tampoco puede aceptarse que el agente haya renunciado a parte de sus derechos por su sometimiento voluntario a un régimen especial, ya que, sin perjuicio de la protección general que éstos tienen, rige en nuestra provincia el principio de irrenunciabilidad de los derechos del empleado público consagrado en el art. 39, inc. 3° de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

El concepto de “relaciones de sujeción especial” puede ser útil para señalar la presencia de relaciones en las que las prerrogativas de los organismos estatales se encuentran acentuadas, en las que el ejercicio de la potestad reglamentaria, como consecuencia de la dinámica del vínculo, debe ser más acentuado, pero ello no debe implicar como correlato renunciar o eliminar garantías esenciales, como el principio de legalidad²⁷, el debido proceso o la garantía protectoria del derecho de propiedad prevista en los arts. 17, CN, 10 y 31, Constitución de la Provincia de Buenos Aires, y que se manifiesta en forma específica en materia de empleo público en los arts. 14 bis, CN y 39, inc. 1°, Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

²⁴ MALJAR, Daniel E., *El derecho administrativo sancionador*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, p. 292. Con cita de Fallos 251:347 y 303:177, entre muchos otros.

²⁵ MALJAR, Daniel E., *El derecho...*, cit., p. 296. Concluye: “Por mi parte, comparto la opinión del doctor Salomoni, en el sentido que las RES constituyen un concepto que es ajeno a nuestro derecho y su aplicación indiscriminada sin fundamentación alguna, violenta el principio de legalidad y la división de los poderes del Estado”. En la nota se remite al trabajo del Dr. SALOMONI, Jorge L., “La cuestión de las relaciones de sujeción especial en el derecho público argentino”, en obra conjunta titulada *Problemática de la Administración contemporánea*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, ps. 133 y ss.

²⁶ Esta posición ha quedado reflejada de manera elocuente en la posición del Dr. Soria expuesta, entre otras, en sentencia del 22 de agosto de 2007 en la causa B-57.268, caratulada “B., J. C. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (voto mayoritario). En la que en el parág. IV, pto. 2, párr. 1°, expresa: “...La fiscalización jurisdiccional de los actos administrativos, aun de aquellos que traducen el ejercicio de la potestad disciplinaria, no exhibe en principio, elemento estructural alguno que conlleve un trato diferencial a la hora de establecer su impugnabilidad en sede procesal administrativa, ni menos todavía, un acotamiento en las causales determinantes de su invalidez. Bajo la observancia de la regulación material que les sea aplicable, tales actos también se encuentran comprendidos por las normas y principios informadores de la juridicidad administrativa; ellos traducen un quehacer que, como tal, está sujeto a control y eventual invalidación judicial al comprobarse no sólo arbitrariedad o irrazonabilidad, sino también la concurrencia de cualquier otra causal de nulidad prevista en el ordenamiento positivo (arg. art. 15, Constitución provincial; 16/2/2005, doc. causa B. 59.986, ‘Caselli’)”.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho...*, cit., t. II, p. 21. Allí el primero de los autores señala: “El problema de la disciplina interna de un servicio o de una corporación no puede, pues, resolverse al margen de la legalidad; lo más que puede llegar a legitimar es una deducción de poderes implícitos en los otorgados por la ley de una manera general o de un más amplio margen del papel del Reglamento en desarrollo de esa ley, nunca una exención de ésta”.

4. Diferencia entre deber jurídico y obligación en el marco de la relación de empleo público

La relación de empleo público, como todo contrato administrativo, trasunta sus efectos más allá del vínculo sinalagmático entre las partes en virtud del interés público en juego. Así también su naturaleza exige de las partes compromisos que exceden a las respectivas contraprestaciones que suponen el desempeño laboral: débito laboral y remuneración.

Posicionados del lado de las situaciones jurídicas pasivas del agente estatal, es decir, aquellas que se producen en función de los poderes jurídicos de los organismos estatales, debemos decir que ellas varían en intensidad y precisión.

Ya explicamos la situación de sujeción en la que se encuentra quien debe soportar el ejercicio de una potestad, tal es el caso de los agentes respecto de aquellas vinculadas a la relación de empleo público. Pero una vez ejercida dicha potestad, se produce como consecuencia la constitución o modificación de un vínculo y nacen deberes jurídicos.

Por otra parte, la ley define y enumera un catálogo de deberes que rigen la relación independientemente de la voluntad de las partes.

Junto con los deberes, encontramos obligaciones derivadas de la relación contractual; podemos decir que las obligaciones pueden ser consideradas una variante de los deberes²⁸, pero corresponde distinguirlas por la importancia que tiene en el derecho privado y las consecuencias jurídicas de esta figura.

La obligación²⁹ se caracteriza por ser un deber específico de carácter prestacional debido a otro sujeto de naturaleza patrimonial³⁰. Quizá como ejemplos podamos poner el deber de prestación laboral en cabeza del trabajador y, como contrapartida, los diferentes rubros salariales derivados de éste y que, lógicamente, puede exigir.

El deber jurídico responde a un interés que no es el de los propios sujetos —si bien la Administración tiene a su cargo la satisfacción del interés general, éste es el de la comunidad y no el de la propia organización—³¹.

²⁸ ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Curso de obligaciones*, t. I, 2ª ed. actual. reimpr., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1984, p. 11: "Los deberes jurídicos nacen de las más diversas relaciones jurídicas (de la personalidad, de la familia, reales, etc.), de manera que, si bien toda obligación es un deber jurídico, no todo deber jurídico importa una obligación".

²⁹ ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Curso...*, cit., p. 8: "Relación jurídica en virtud de la cual un sujeto (deudor) tiene el deber de realizar a favor de otro (acreedor) determinada prestación".

³⁰ ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Curso...*, cit., p. 10. En referencia a la obligación expresan: "Se trata de una conducta o actitud de dar, hacer o no hacer, que sólo versa sobre entrega de cosas, sobre prestación de actividad o sobre abstenciones, y es típica de la obligación. La deuda —esto es el deber jurídico del deudor emergente de la obligación— tiene contenido patrimonial pues recae sobre bienes susceptibles de valor (arts. 2311 y 2312, CCiv.), y sujeta el patrimonio del deudor a la satisfacción del crédito del deudor. Compárese en cambio p. ej. con el deber de fidelidad que incumbe a los cónyuges (arts. 50, 12.393), que no es una obligación porque no recae sobre prestación alguna; con el deber de respetar el derecho subjetivo ajeno que, aun importando una abstención, tampoco es una obligación pues no tiene signo negativo en el patrimonio de todos los sujetos pasivos de ese deber".

³¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, t. II, cit., p. 33: cap. XV § 2 (redacción base del párrafo a cargo de Tomás Ramón Fernández): "La distinción entre deber y obligación discurre, en efecto, por un camino paralelo a la potestad y derecho subjetivo. Deberes y obligaciones son dos especies de un género común, los deberes en sentido amplio, en cuanto comportamientos, positivos

Los deberes genéricos provienen de la ley o de las normas de aplicación de éstas, pero nada obsta a que ellos también surjan en el marco propio de la relación, ya que definida la obligación como la contraprestación patrimonial debida a otro sujeto, el resto de las exigencias de obrar o abstenerse que surjan como concreción del deber genérico en el marco de la relación deben ser conceptuados como deberes y no como obligaciones, que como hemos expuesto, ha sido caracterizada por la exigencia de una prestación concreta, nacida de un vínculo jurídico³², de naturaleza patrimonial y exigible en interés propio³³.

El cumplimiento del deber en un caso concreto no le hace perder la naturaleza de tal; no obstante ello, siempre estaremos haciendo mención a una especie dentro del mismo género en el que comparten similares características.

Desde otra óptica³⁴, según opinión de Tomás Ramón Fernández, la obligación sería la concreción del deber genérico, definiendo en un caso concreto el alcance general definido por la norma.

En otra parte de la misma obra —en un punto cuya redacción base correspondió a Eduardo García de Enterría—, en cambio, se acentúa la diferencia entre deber y obligación en la articulación con el derecho de otro sujeto³⁵. Compartimos esta posición.

o negativos, que se imponen a un sujeto en consideración a intereses que no son los suyos propios, sino los de otro sujeto distinto o los generales de la colectividad". *Curso...*, cit., p. 33: "Otras veces, en cambio, la situación de deber se produce en el seno de una relación dada en estricta correlación con un derecho subjetivo de otro sujeto que es parte de dicha relación y que, en consecuencia, tienen el poder de exigir del sujeto gravado, so pena de responsabilidad, el efectivo cumplimiento del comportamiento previsto, en la medida en que ese comportamiento viene impuesto en el marco de la relación considerada en atención, precisamente, a los específicos intereses del titular del derecho. Para ese tipo de deberes específicos se reserva la denominación de obligaciones".

³² CASSAGNE, Juan C., *Derecho...*, cit., p. 110: "El deber, en sentido estricto, nace de la norma general y no de una relación jurídica intersubjetiva (v.gr. el deber de cumplir con prescripciones legales de policía sanitaria —vacunación—, el deber de educación primaria, etc.). La obligación, en cambio, supone un vínculo proveniente de una relación jurídica de la cual surge el poder reconocido a favor de otro sujeto a obtener el cumplimiento de la conducta debida. En este caso, la conducta debida aparece impuesta en consideración a los intereses propios del titular del derecho subjetivo".

³³ CASSAGNE, Juan C., *Derecho...*, cit., p. 110: "La diferenciación entre el deber y la obligación es relativamente sencilla, si se parte de la concepción que postula la adscripción de ambas figuras jurídicas subjetivas pasivas al género de los deberes, en sentido amplio, que recaen sobre el administrado en atención a intereses que no le pertenecen sino que corresponden a una persona distinta o a la comunidad".

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., p. 34, cap. XV § 2 (redacción base del párrafo a cargo de Tomás Ramón Fernández): "Entre el deber en sentido estricto y la obligación suele mediar, por lo tanto, un proceso de concreción semejante al que, con toda frecuencia se produce entre la potestad y el derecho subjetivo, proceso que en este caso se resuelve en actos administrativos de *ascertainmento* o fijación, que en atención a las circunstancias concurrentes en cada caso, precisan en relación a un sujeto determinado el deber genérico impuesto en la norma y el alcance concreto del comportamiento exigible al sujeto gravado".

³⁵ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., p. 126, cap. XVII § 3 (redacción base del párrafo a cargo de Eduardo García de Enterría), allí define deber como "...la necesidad de que un sujeto adopte un cierto comportamiento, consistente en hacer o en no hacer o en padecer". Y lo distingue de obligación: "Separamos este supuesto del de 'obligación' en la circunstancia de que en ésta el comportamiento, que puede consistir también en un dar o en retener, se articula correlativamente como derecho de otro sujeto; por ejemplo, una obligación contractual".

Se distinguen tres tipos de deberes³⁶: 1) imposición de deberes efectuada por normas de formulación administrativa —reglamentos—, 2) por decisiones administrativas específicas sobre la base de una norma previa que los habilita, concretando la exigibilidad o la medida del deber para el sujeto vinculado o para la situación dada, 3) deberes directamente nacidos de las normas cuya vigilancia es confiada a la Administración, para lo cual cuenta con los poderes de inspección y control, la facultad de definir la extensión concreta del deber legal y/o poderes de sanción o de denuncia diferenciada ante un órgano sancionador.

En particular el segundo de los supuestos señalados supone la concreción de un deber genérico consagrado en una habilitación legal, a través de un acto administrativo, imponiendo un deber de hacer, no hacer o padecer; este deber se denomina orden. Eduardo García de Enterría³⁷ señala que la teoría de las órdenes conforma el supuesto —entre los deberes— más estudiado en el derecho administrativo.

Otra postura, a la que hace referencia Manuel María Diez³⁸, entiende que las conductas exigidas dentro del marco de la relación de empleo público deben denominarse deberes y no obligaciones, a fin de acentuar el carácter predominantemente ético de la función de empleo público. Esta posición es también la de José Canasi, quien señala que no obstante revestir las obligaciones una idea de técnica jurídica debe aceptarse la denominación de deberes por contener un “*substratum* ético característico de los funcionarios y empleados públicos”³⁹.

5. Contenido valorativo como factor distintivo de los deberes en la relación de empleo público

La presencia de un plus valorativo, o de fines superiores, en el desempeño de la función administrativa ha sido señalado por distintos autores para particularizar a los deberes que nacen de ella, no ya con el fin de distinguir conceptualmente al “deber” de la “obligación”, sino con el objetivo de perfilar la óptica con que deben ser apreciadas las situaciones jurídicas derivadas de la relación.

Rafael Bielsa entendió que el desempeño de una función o de un empleo administrativo, por regla general, no consiste simplemente en una serie de prestaciones particulares sino que debe resumirse en la obligación genérica de realizar la actividad exigida por la Administración dentro de la ley en sentido lato (explica en la nota que comprende también el concepto de reglamento, ordenanza e instrucción). Señala que esta condición explica el carácter personal de la prestación y la imposición de ciertos deberes implícitos al funcionario⁴⁰.

Benjamín Villegas Basavilbaso sigue el mismo concepto de Bielsa y entiende que los deberes de la función pública derivan del deber fundamental de fidelidad a

³⁶ Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., p. 126, cap. XVII § 3 (redacción base del párrafo a cargo de Eduardo García de Enterría).

³⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., p. 127, cap. XVII § 3 (redacción base del párrafo a cargo de Eduardo García de Enterría).

³⁸ DIEZ, Manuel M., *Derecho administrativo*, t. III, Omeba, Buenos Aires, 1967, p. 397. Allí remite en la nota a la opinión de CRETTELLA JR., J., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, San Pablo, 1966, p. 399.

³⁹ CANASI, José, *Derecho administrativo*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1972, p. 596.

⁴⁰ BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo*, t. III, cit., p. 239.

la ley, entendido en sentido lato; entiende que esto hace que la relación de empleo público sea una relación de fidelidad y, por consiguiente, una relación ética⁴¹.

Manuel María Diez también reitera este mismo concepto en toda su extensión, pero previamente señala el contenido ético de dichos deberes al hacer la distinción conceptual con las obligaciones⁴².

José Canasi, quien también hace hincapié en el contenido ético de los deberes derivados de la relación de empleo público, señala que ésta tiene un grande y necesario contenido moral y que éste se acentúa progresivamente en la escala jerárquica e importancia de las actividades. Entiende que los deberes de lealtad y fidelidad a la ley (la que entiende también en sentido lato) sintetizan todos los deberes de los funcionarios y empleados; luego, al referirse concretamente al deber de fidelidad, señala que todos los deberes le son conexos e inseparables, siguiendo en esto a Villegas Basavilbaso⁴³.

Bartolomé Fiorini ha señalado que en las relaciones provenientes del trabajo o servicio estatal que se realizan con el signo de permanencia o continuidad se hallan comprometidos todos los valores que integran los bienes comunes. También hace mención a los deberes implícitos que surgirían de la naturaleza contractual administrativa al criticar el detallismo en la regulación estatutaria ante el peligro de considerar excluidos los principios implícitos del contrato del agente estatal⁴⁴.

Por otra parte, hacen hincapié en la importancia de la función encomendada por sobre los derechos del trabajador, Gastón Jèze⁴⁵, Enrique Sayagués Laso⁴⁶ y Miguel S. Marienhoff⁴⁷.

Las posiciones éticas insisten en los valores que deben prevalecer en el ejercicio de la función administrativa, las funcionalistas en la eficacia del desempeño estatal; ambas, por lógica, deben coincidir pero, obviamente, siempre debe prevalecer la primera.

Una manifestación de ello es la exigencia de mantener determinada conducta fuera del servicio⁴⁸, avanzando sobre valoraciones respecto de la vida privada del agente público. Estos deberes y prohibiciones exceden el marco prestacional en sí

⁴¹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho administrativo*, t. III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, p. 426.

⁴² DIEZ, Manuel M., *Derecho administrativo*, cit., p. 397.

⁴³ CANASI, José, *Derecho administrativo*, t. I, cit., p. 596.

⁴⁴ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., p. 816.

⁴⁵ JÈZE, Gastón, *Principios...*, cit., p. 182. Al mencionar "la subordinación de las conveniencias personales del agente público al interés general del funcionamiento regular del servicio público".

⁴⁶ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 5ª ed., puesta al día 1987 Dr. Daniel H. Martins, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, p. 307, hizo hincapié en el art. 59 de la Constitución de Uruguay en cuanto a que "el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario", señalando que este principio básico de buena organización debe guiar toda interpretación de las normas vigentes.

⁴⁷ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 223. Entiende que el deber básico de todo agente público es cumplir la función o empleo que se le ha encomendado.

⁴⁸ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., p. 826, en cuanto entiende que puede considerarse la existencia de una deontología del agente estatal, en la que su conducta puede relacionarse con: a) los administrados, sus colegas en la administración y sus superiores; b) los cometidos públicos de sus servicios; c) su conducta personal fuera de la Administración; y d) las provenientes de la extinción del contrato de trabajo.

mismo y se basan en la necesidad de cuidar la imagen y decoro de quien desempeña una función pública. Los actos que se tienen en cuenta son aquellos que trascienden la esfera privada del individuo, dependiendo su gravedad de la valoración social de dicha conducta y de la repercusión que ésta pudiere tener sobre la imagen de la Administración.

Ejemplos de este tipo de deberes los encontramos en la ley 10.430, en el inc. e) del art. 78, al exigir tanto dentro como fuera del servicio una conducta digna y decorosa en función con las tareas asignadas. También dentro de prohibiciones relativas a la actividad fuera del servicio encontramos a la veda impuesta a la práctica de la usura en cualquiera de sus formas prevista en el inc. g) del art. 79.

En este sentido, así como los deberes que derivan de la relación de empleo público exceden el mero ejercicio de la función, resultando ejemplo de ello los deberes y prohibiciones sobre determinadas conductas en la vida privada, la propia relación de empleo público excede el solo cumplimiento de la actividad encomendada. Por ello, el Estado cubre a través de ellas otras necesidades derivadas del cumplimiento integral de los fines que tiene encomendados. Podemos dar como ejemplo la previsión legislativa de cupos en los cuadros administrativos para permitir a personas discapacitadas⁴⁹ o liberados⁵⁰ que puedan incorporarse al mercado laboral, previo cumplimiento de la exigencia de idoneidad.

6. El concepto de deber

Podemos definir el deber jurídico, en sentido general, como la imposición de una conducta fundada en razones de interés público, derivada de una norma habilitante, de un contrato o de un acto administrativo. Constituirán deberes del agente público cuando se establezcan con motivo o como consecuencia de la relación de empleo público.

Esta imposición de conducta puede ser positiva o negativa, es decir, puede exigir un obrar o una conducta omisiva de abstención o de soportar; en el primer caso estamos en presencia de los deberes propiamente dichos; en el segundo, de las prohibiciones.

⁴⁹ Art. 8º, ley 10.592 (texto según ley 13.508): "El Estado Provincial, sus organismos descentralizados, las empresas del Estado, las municipalidades, personas jurídicas de derecho público no estatal creadas por ley, las empresas subsidiadas por el Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, están obligados a ocupar personas discapacitadas que reúnan condiciones de idoneidad para el cargo, en una proporción no inferior al cuatro (4) por ciento de la totalidad de su personal y a establecer reservas de puestos de trabajo a ser ocupados exclusivamente por ellas, de acuerdo con las modalidades que fije la reglamentación.

"El porcentaje determinado en el párrafo anterior será de aplicación sobre el personal de planta permanente, temporaria, transitoria y/o personal contratado cualquiera sea la modalidad de contratación. Asimismo y a los fines del efectivo cumplimiento del mínimo establecido, todos los Entes enunciados en el párrafo precedente, deberán comunicar a la Autoridad de Aplicación el relevamiento efectuado sobre el porcentaje aquí prescripto, precisando las vacantes existentes y las condiciones para el puesto o cargo que deba cubrirse".

⁵⁰ Art. 178, ley 12.256: "La legislación que establezca y regule la actividad laboral para el empleado público provincial, como así también la de los entes autárquicos y/o descentralizados, deberá prever la ocupación laboral de los liberados, mediante la reserva para tal fin de un tres (3) por ciento del total de los puestos de trabajo, en la forma que determine la reglamentación. Se invita a cada Municipalidad a adoptar similar criterio al establecido en el presente".

Tomás Ramón Fernández⁵¹ destaca el escaso desarrollo que se le ha dedicado a la teoría de los deberes públicos en comparación con el de los derechos, lo que explica, se encuentra justificado en la necesidad de reconocer a estos últimos ante la posibilidad permanente de su conculcación o desconocimiento; en cambio, los deberes se desprenden de las potestades públicas, de cuyo ejercicio en particular surgen eventualmente, lo cual, entiende, hace innecesaria su afirmación específica.

Entendemos que el tratamiento de la figura del deber jurídico como forma de imposición de conductas tiene gran importancia, fundamentalmente para determinar sus alcances, sus modalidades, límites y garantías, brindando claridad y certeza tanto para su utilización por el detentador o para garantizar al sujeto a quien se impone los límites del deber y los derechos de los que dispone como consecuencia de su aplicación.

7. Clases de deberes de los agentes estatales

Los deberes del agente estatal pueden ser clasificados:

a) En función de la fuente de la cual emanen pueden provenir de la propia Constitución⁵², de leyes, reglamentos o actos administrativos. El último incluye a las denominadas órdenes, que en la relación de empleo público se imponen a través de actos de mando⁵³.

b) De acuerdo con su laxitud pueden ser generales o particulares; en el primer caso son aquellos que obligan al funcionario como tal, sin considerar el cargo que desempeña; en el segundo, se trata de aquellos deberes específicos de un determinado cargo o función⁵⁴.

⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., cap. XV § 2 (redacción base del párrafo a cargo de Tomás Ramón Fernández), p. 33.

⁵² Arts. 53 (prohibición de acumular dos o más empleos públicos a sueldo) y 54 (deber de residencia) de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., cap. XVII § 3 (redacción base del párrafo a cargo de Eduardo García de Enterría), p. 128. Si bien las clasificaciones realizadas en la obra lo son respecto de los deberes jurídicos como una técnica de limitación de derechos y que el autor observa —con cita de Giannini— que las órdenes en ejercicio de la potestad de mando en una relación organizativa, en una “relación de sujeción especial” —limitando éstas a la integración de una organización administrativa— y en los contratos o concesiones de servicio, no inciden propiamente sobre derechos, no tienen efecto privativo o limitativo, sino —entiende— son manifestación normal de una relación ya creada previamente, en la que está establecido que una de las partes disponga de la otra —da como ejemplos situaciones similares que podrían darse en la vida privada: órdenes en relaciones de servicios o laborales, de mando, familiares, etcétera—.

Entendemos que las clasificaciones expuestas son útiles respecto de los deberes del agente estatal sin perjuicio de la observación que expusieramos en el párrafo precedente. Respecto de ésta caben las siguientes observaciones. En primer lugar, tal como señaláramos precedentemente, la figura de las relaciones de sujeción especial debe ubicarse en sus justos límites y no ser utilizada como herramienta para limitar los derechos en ninguna relación jurídica, ya que independientemente de su modulación e intensidad, todas ellas están bajo el principio de legalidad protegidas por las mismas garantías, tal como señalara. Posición que también expusiera en su obra García de Enterría (cfr. *Curso...*, cit., p. 21).

En segundo lugar, una orden en ejercicio de una potestad de mando puede limitar los derechos de quien ha sido impuesto con un deber como en cualquier relación jurídica (ejemplo de ello es la orden de traslado de un empleado que vería afectada la garantía de resguardo de la unidad familiar) y legítimamente hacer valer sus derechos para tratar de rever dicha cesación.

⁵⁴ DIEZ, Manuel M., *Derecho administrativo*, cit., p. 397.

c) De acuerdo con su alcance pueden ser generales o individuales. Dentro de los primeros podemos incluir a aquellos impuestos por una norma o un reglamento; entre los segundos, a los exigidos a través de ordenes individuales y también a los que surgen de actos administrativos generales, esto es, aquellos que si bien tienen por destinatarios a un número indeterminado de personas, su realización agota el mandato allí contenido, constituyendo una especie de orden⁵⁵.

d) De acuerdo con el tipo de conducta exigida pueden ser positivos o negativos; los primeros imponen una acción, los segundos un deber de abstenerse o de soportar. Aquí tenemos como ejemplos, por un lado, los deberes enumerados en el art. 78; ley 10.430, y por el otro, las prohibiciones previstas en el art. 79.

e) Por el ámbito donde deben ser cumplidos encontramos deberes de la función o de la vida privada; ejemplo paradigmático del primero es el contemplado en el inc. a) art. 78, ley 10.430, en cuanto establece: "Prestar servicios en forma regular y continua, dentro del horario general, especial o extraordinario que de acuerdo a la naturaleza y necesidad de los mismos se determine, con toda su capacidad, dedicación, contracción al trabajo y diligencia, conducentes a su mejor desempeño y a la eficiencia de la Administración Pública". Como ejemplo de los segundos, el previsto en el inc. e) en cuanto exige: "Conservar en el servicio y fuera de él, una conducta decorosa y digna, acorde con las tareas que le fueran asignadas".

f) Por su funcionalidad pueden ser preventivos, conservativos, organizacionales o directivos y represivos.

Los deberes preventivos son aquellos que tienen por finalidad evitar riesgos, peligros o situaciones disfuncionales; un ejemplo lo tenemos en el inc. b), art. 78, ley 10.430, que establece: "Obedecer las órdenes de su superior jerárquico con jurisdicción y competencia cuando éstas se refieran al servicio y por actos del mismo y respondan a las determinaciones de la legislación y reglamentación vigentes. Cuestionada una orden dada por el superior jerárquico, advertirá por escrito al mismo sobre toda posible infracción que pueda acarrear su cumplimiento. Si el superior insiste por escrito, la orden se cumplirá".

Tal como fue consagrada la posibilidad de observación de la orden del superior, adoptando la "teoría de la reiteración", la función preventiva parece prevalecer respecto de la de resistencia a la orden, sin perjuicio de la interpretación que cabe hacer de dicha norma.

Los deberes conservativos son aquellos destinados a mantener las condiciones laborales, tanto de los bienes necesarios para su desempeño o bajo su custodia, como en las relaciones laborales en sí. Así, entran dentro de esta categoría el impuesto en el inc. d), art. 78, ley 10.430, y respecto de las relaciones laborales, aquellas conductas que imponen no alterar el trato con el público o con los demás agentes de la Administración, tales los deberes previstos en los incs. f) y g), art. 78, ley 10.430.

Los deberes organizacionales o directivos son aquellos dictados en el curso normal del desenvolvimiento funcional para el cumplimiento de los cometidos asignados al organismo, tanto para mantener un esquema organizacional como para modificarlo.

⁵⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., cap. XVII § 3 (redacción base del párrafo a cargo de Eduardo García de Enterría), p. 126. Hace la distinción dentro de la clasificación de las órdenes.

CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, cit., t. II, p. 470 toma esta clasificación.

Los deberes represivos son aquellos que tienen por finalidad hacer cesar conductas disfuncionales o disvaliosas. Entendemos que dentro de esta variante debe incluirse a la potestad sancionatoria, en su faceta de deber para quien la tiene asignada, sin perjuicio de la sanción en sí por el incumplimiento de otro deber jurídico por quien resulta pasible de ser sancionado⁵⁶. También como represivo incluimos el deber previsto en el inc. j), art. 87, ley 10.430: "Dar cuenta, por la vía jerárquica correspondiente a los organismos de fiscalización y control, de las irregularidades administrativas que llegaren a su conocimiento".

g) Por el tipo de conducta impuesta pueden ser personales o reales, si la imposición está dirigida a un hacer específicamente o respecto de cosas determinadas⁵⁷; si bien en la ley 10.430 la mayoría de los deberes se refieren específicamente a imposiciones de conducta, el inc. d) alude a un deber real, al establecer la exigencia de economizar y conservar el material confiado a su custodia, utilización o examen.

8. El concepto de deber en la ley 10.430

— Art. 78, ley 10.430 (encabezado):

Deberes. Sin perjuicio de lo que particularmente impongan las leyes, derechos, resoluciones y disposiciones, los agentes deben cumplir estricta e ineludiblemente las siguientes obligaciones...

Los estatutos o leyes reguladoras de la función o empleo público siempre establecen un catálogo de deberes en cabeza de los agentes; en general los autores han señalado que ello no implica que fuera de los regulados expresamente no puedan existir deberes fundamentales implícitos⁵⁸ o ínsitos en toda relación de empleo público⁵⁹.

Bartolomé A. Fiorini observó el riesgo del excesivo detallismo en la reglamentación estatutaria de los deberes de los agentes, ya que su apariencia taxativa puede inducir a suponer que lo que no se encuentre dispuesto expresamente no constituye un deber en detrimento de los deberes implícitos provenientes del contractualismo administrativo; en el caso, respecto del contrato del agente estatal⁶⁰.

Entendemos que caben las mismas precisiones que realizamos respecto de las potestades implícitas e inherentes para el caso de los deberes. Así también por tratarse ambas figuras de diferentes grados de imposición de conductas también cabe aplicar los conceptos vertidos en torno a las garantías respecto de éstos, así como la

⁵⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., cap. XVII § 3 (redacción base del párrafo a cargo de Eduardo García de Enterría), p. 130. El autor señala que no debe confundirse, en su caso respecto de órdenes represivas respecto de actividades privadas, éstas con la imposición de sanciones. En este sentido, como señaláramos en el texto, el ejemplo de deber represivo no es el infringido sino el deber de sancionar.

⁵⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., cap. XVII § 3 (redacción base del párrafo a cargo de Eduardo García de Enterría), p. 130.

⁵⁸ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., p. 239; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., p. 425; DIEZ, Manuel M., *Derecho administrativo*, cit., p. 397.

⁵⁹ CANASI, José, *Derecho...*, cit., p. 595; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 223.

⁶⁰ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., p. 817.

aplicación plena del principio de judiciabilidad y por sobre éste del de legalidad o de juridicidad.

Éste es el sentido que cabe inferir del encabezado del art. 78 ya que, expresamente, asigna carácter enunciativo al catálogo y lo hace sin perjuicio de los que impongan leyes, resoluciones y disposiciones, es decir, a deberes consagrados expresamente en textos normativos o actos administrativos concretos, pero también hace mención al término “derechos”, el que no parece responder a una de las fuentes de imposición mencionadas.

Entendemos que el término “derecho”, en este caso, debe ser entendido en su sentido amplio, comprendiendo aquellas emanaciones normativas —en el caso de imposición— provenientes del ordenamiento jurídico, en tanto integrado por lo que se ha denominado el bloque de legalidad o sometido al principio de juridicidad⁶¹, lo que supone la existencia de deberes “implícitos o inherentes” que surgen del propio ordenamiento jurídico, así como también de garantías y derechos que de la misma manera provienen de éste.

II. DEBERES REGULADOS EN LA LEY 10.430

1. Prestación de servicios

— Art. 78, inc. a), ley 10.430:

Prestar servicios en forma regular y continua, dentro del horario general, especial o extraordinario que de acuerdo a la naturaleza y necesidad de los mismos se determine, con toda su capacidad, dedicación, contracción al trabajo y diligencia, conducentes a su mejor desempeño y a la eficiencia de la Administración Pública.

— Reglamentación: art. 78, inc. a), decreto 4161/1996

I. El agente deberá cumplir íntegramente el horario que se fije para el desempeño de sus tareas, sin perjuicio de las franquicias que en forma expresa determina esta reglamentación.

II. Cuando el agente preste servicios en días feriados o no laborables para la Administración Pública de la Provincia o en días en que le correspondía hacer uso de franco, y con tal motivo no gozará del pertinente descanso semanal, el mismo le será concedido dentro de los quince (15) días siguientes, sin perjuicio de lo determinado por el art. 26 de esta reglamentación siempre que excediere su jornada de labor.

III. El personal que tenga asignado un cargo cuyo régimen horario semanal sea de cuarenta y ocho (48) horas aunque esté alcanzado por la reducción horaria correspondiente a tareas infectocontagiosas, insalubres o de atención de enfermos mentales y las desempeñe

⁶¹ GORDILLO, Agustín, *Después de la reforma del Estado*, 2ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1998, cap. VI-1: “El principio de legalidad significa que los actos y comportamientos de la Administración deben estar justificados en una ley previa, que preferible pero no necesariamente ha de ser de carácter general. Se trata, desde luego, del sometimiento en primer lugar a la Constitución y a la ley del Poder Legislativo, pero también al resto del ordenamiento jurídico, por ejemplo a las normas reglamentarias emanadas de la propia Administración, lo que ha sido dado en llamar el bloque de la legalidad o principio de juridicidad de la Administración”. (El primer concepto definido por Maurice Hauriou; el segundo por Adolfo Merkl, a cuyas obras el Dr. Gordillo remite en sus notas).

íntegramente en turno nocturno, tendrá derecho, en el curso de la semana, a un descanso equivalente a una jornada de labor, sin perjuicio del descanso semanal normal.

Cuando en el desempeño se alternen horas diurnas con nocturnas, el agente tendrá derecho a una jornada de descanso complementaria de la semanal cuando haya acumulado cuarenta (40) horas nocturnas o treinta (30) si fueren infectocontagiosas, insalubres o de atención de enfermos mentales.

El mismo derecho establecido en el primer párrafo tendrá el personal de enfermería que desempeñe sus tareas en horario diurno en establecimientos hospitalarios provinciales, a excepción del personal que revista en establecimientos o servicios infectocontagiosos, insalubres o de atención de enfermos mentales.

IV. El cumplimiento de lo dispuesto en el apartado I se documentará mediante la verificación por medio de las planillas de asistencia u otro sistema debidamente autorizado, registrándose la presencia del agente a la iniciación y a la finalización del horario de trabajo.

V. Inmediatamente de iniciada la labor, el jefe de la oficina o su reemplazante natural, llenará los casilleros en blanco con las anotaciones pertinentes, estableciéndose en ellas la indicación que corresponda (ausentes, llegadas tarde, licencias, etc.) y certificadas con su firma, enviará las planillas a la oficina de personal o área que haga sus veces. Esta última, después de tomar nota y dentro de la hora de iniciación del horario, las remitirá al Organismo Sectorial de Personal. De adoptarse otro sistema de control de asistencia, se imprimirá igual trámite a los comprobantes y partes de novedades que deberán confeccionarse para el caso.

VI. Las planillas de salida juntamente con el parte de novedades que hubieren ocurrido con respecto a la asistencia de ese día, serán también remitidas al Organismo Sectorial de Personal.

En caso de que por distancia no pueda cumplirse este requisito en el día, las planillas de salida serán giradas junto con las de entrada del día siguiente.

Cada Organismo Sectorial de Personal y las oficinas de personal, llevarán un registro de firmas de todos los empleados para controlar, en caso de duda, si la firma registrada en el casillero respectivo de la planilla de asistencia o sistema adoptado, corresponde al agente que debió firmar. El agente no podrá poner iniciales o medias firmas.

El Organismo Central de Personal implementará sistemas para unificar métodos para el control en los casos en que no pueda cumplimentarse lo dispuesto precedentemente.

VII. Exceptúase de registrar su asistencia en el horario general que se fije para la Administración Pública únicamente al personal sin estabilidad, asesores y el personal comprendido en los alcances del art. 151 de la ley.

VIII. El agente podrá incurrir hasta en tres (3) llegadas tarde que no excedan de treinta (30) minutos cada una, por mes calendario. Si en ese periodo se presentare a iniciar sus tareas después de la hora fijada, por cuarta vez o posteriores, no podrá prestar servicios y se lo tendrá por inasistido con ajuste a los términos del art. 85, segundo párrafo, de la ley.

IX. El agente no podrá prestar servicios cuando la demora exceda de treinta (30) minutos. En este caso se lo tendrá por inasistido en los términos del apartado anterior.

X. Cuando el agente se hallare cumpliendo una comisión de servicio, dispuesta por la autoridad correspondiente, el jefe de oficina o servicio que tenga a su cargo el control de asistencia del personal, consignará esa circunstancia en la planilla de asistencia o parte de novedades respectivo, indicando el destino de la misma.

XI. Podrá acordarse horario especial con carácter eventual por razones de servicio, estudio u otros motivos debidamente fundados.

El otorgamiento del horario especial por motivo de estudios se hará por el lapso determinado en el certificado de la correspondiente autoridad educacional de establecimiento oficial, incorporado o reconocido oficialmente.

El titular de la repartición resolverá el pedido en acto debidamente fundado y de ser favorable fijará al agente el horario especial y/o compensatorio de acuerdo con las necesidades y posibilidades del servicio, con comunicación al Organismo Sectorial de Personal.

El beneficio se mantendrá mientras subsistan los motivos que le dieron origen, que deberán ser acreditados cuando así se le requiera al agente.

XII. El titular de una unidad orgánica o en quien éste delegue, con conocimiento de la oficina de personal y siempre que no afecte el normal desenvolvimiento del servicio a su cargo, podrá conceder al personal de su dependencia permisos para salir en horas de labor, que no podrán exceder de dos (2) horas cada vez y de un total de cinco (5) horas por mes calendario y no más de treinta (30) horas anuales. En el mismo día, podrá otorgarse un único permiso.

XIII. El agente deberá prestar servicios en el lugar que tenga determinado, de acuerdo con la naturaleza de las tareas propias de su cargo y usar la indumentaria, elementos y útiles que para el caso se establezca.

XIV. Al agente con prestación de servicios en tareas insalubres, riesgosas o peligrosas, reconocidas pecuniariamente o con reducción de horario de tareas, le está prohibido el desempeño de trabajos de la misma índole en jurisdicción de la Administración Pública, salvo lo dispuesto en los apartados XIV y XV del art. 26 de esta reglamentación.

Este deber es de tipo funcional⁶² y prescribe la obligación del agente de prestar el servicio en forma personal y permanente conforme así sea determinado por la autoridad administrativa.

Consagra parámetros de compromiso hacia el trabajo, exigiendo poner toda la capacidad, dedicación, contracción al trabajo y diligencia, señalando que ello debe ser para un mejor desempeño del agente, enfocado desde un punto de vista individual, como para un funcionamiento eficiente de la Administración, enfocado desde un punto de vista organizacional.

Bartolomé A. Fiorini también ha tenido en cuenta este doble enfoque, ya que al tratar el deber de dedicación al servicio, al resaltar que el agente no debe mantenerse ajeno a la actividad estatal que realiza, ha señalado que ésta debe ser eficiente, proba y de respeto a los administrados. Así también que el trabajo de los agentes se encuentra alcanzado por los caracteres sustanciales de toda la actividad administrativa, de tal manera que lo que se desea de la Administración deberá requerírsele a sus agentes⁶³.

Este autor, entre los deberes que destaca, junto con el de dedicación al servicio, coloca el de asistencia y destino por servicio. En el segundo de los mencionados vuelve a destacar la realización eficaz de las tareas; entiende que ello se produce con una consagración diligente, productiva y responsable del agente. La obligación de asistencia implica que debe hacerlo dentro de horario permanente y continuo.

Como consecuencia de este deber y la imposibilidad de abandonar el cargo, los estatutos —la ley 10.430 lo hace— consagran el deber de permanecer en el cargo por un plazo posterior a la presentación de la renuncia o hasta que sea aceptada.

El destino en el servicio debe ser el que se indique, puede ser modificado siempre que ello sea razonable, no afecte las condiciones esenciales de su contrato y el principio de unidad familiar.

⁶² SAYAGUÉS LÁSO, Enrique, *Tratado...*, cit., p. 311.

⁶³ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., p. 818.

Rafael Bielsa también destaca los deberes de prestación directa de la actividad personal y asiduidad, entendiendo a esta última como la contracción o la dedicación constante al empleo o función. Entiende que éste no consiste en el solo cumplimiento de horarios, ni de estar en el lugar del empleo el tiempo reglamentario, sino la dedicación activa y consciente a la función o el empleo⁶⁴.

Villegas Basavilbaso⁶⁵ lo clasifica como deber de dedicación al cargo; este autor destaca que, a diferencia de los deberes de fidelidad, obediencia y de dignidad de la conducta, este deber caracteriza específicamente al funcionario o empleado por su profesionalidad, signo distintivo ausente en la función *ad honorem*. Entiende que éste es el fundamento de la prohibición de acumular cargos distintos. Señala que de esto surge una presunción *iuris tantum*, cuya excepción podrá admitirse cuando se demuestre la ausencia de perjuicios para la Administración Pública.

Manuel María Díez⁶⁶ también vincula el deber de dedicación al cargo con el deber de incompatibilidad. Vincula el deber de dedicación especial con la necesidad de una adecuada remuneración.

Miguel S. Marienhoff⁶⁷ señala que el deber básico de todo agente público es cumplir la función o el empleo que se le ha encomendado. Entiende que implica el deber de dedicación y es el objeto mismo del contrato de empleo público. Señala como derivación de éste el deber de cumplir horario y el de continuar ejerciendo tareas hasta que le sea aceptada la renuncia. Dentro de este deber, el agente, como principio, tiene que prestar servicios en el lugar mismo para el cual se hizo su nombramiento o designación; señala que la excepción requiere texto expreso. Analiza la atribución de la Administración para poder trasladar a sus agentes de un lugar a otro (encuentra su apoyo en la potestad constitucional en cabeza del Ejecutivo para nombrar y remover empleados que, por tratarse de potestades “extremas”, implicarían la aceptación de otras potestades “intermedias” como ascender, trasladar, suspender, etc.), la que considera válida en tanto no viole el principio de juridicidad (arbitrariedad, irrazonabilidad, desviación de poder, agravio a una situación esencial, etc.). En nota al pie señala que se trata de una situación de hecho a resolver en cada caso, ya que ni por cuestiones disciplinarias el traslado sería lícito, si con relación al lugar para el cual el agente fue designado éste significa una alteración sustancial del contrato, pudiendo implicar una verdadera “cesantía” encubierta al poner al empleado en la necesidad de renunciar, caso en que considera que se incurriría en desviación de poder.

El deber bajo comentario ha sido receptado adecuadamente en el inc. a), exigiendo un plus sobre el cumplimiento formal de las tareas en el lugar y horario dispuesto por la Administración al prever la obligación de cumplir horarios extraordinarios cuando las necesidades del servicio lo requieran.

La reglamentación se dedica exhaustivamente a precisar la forma en que debe cumplirse con la exigencia horaria, las excepciones a ello y los derechos que asisten a los trabajadores cuando cumplen con tareas fuera de él (regulado en los puntos II y III de la reglamentación).

⁶⁴ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., ps. 239-242.

⁶⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho...*, cit., p. 456.

⁶⁶ DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., p. 415.

⁶⁷ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., ps. 223-226.

En los puntos IV a VII se precisa el mecanismo de registraci3n de ingreso y egreso, as3 como las excepciones a la regla.

El r3gimen horario del personal de la Administraci3n P3blica provincial comprendido en la ley 10.430⁶⁸ se encuentra regulado en el decreto 786/1991, en el que en su art. 1^o⁶⁹ dispone que los 3nicos r3gimenes horarios de labor para el personal son de treinta horas o de cuarenta y ocho horas semanales de labor. El primero como car3cter general en el horario de 8 a 14 hs⁷⁰ —modificado luego por decreto 2127/1992 a un horario de 9 a 15⁷¹—, el segundo como excepci3n respecto de los organismos que se detallan⁷². Luego, a trav3s de diversos decretos se excepcionaron otros organismos

⁶⁸ El decreto rige para el r3gimen general de la Administraci3n P3blica, no para los r3gimenes especiales. En algunos casos, la jornada de trabajo se encuentra prevista en los propios estatutos o su reglamentaci3n, tal el caso del decreto-ley 9578/1980 de R3gimen del Personal del Servicio Penitenciario, en el que se establece, por el art. 44, que 3ste debe ser reglamentado por el jefe del servicio. En el caso de la ley 10.449 —R3gimen del Personal T3cnico Gr3fico— 3ste est3 regulado en su art. 7^o; en la ley 10.384 —Estatuto Escalaf3n para el Personal de Obras Sanitarias—, por el art. 129, se establece el horario de su personal; la ley 10.328 —R3gimen para el Personal de Planta Permanente de la Direcci3n de Vialidad— dispone el r3gimen horario en el art. 48. En el caso de los docentes, la duraci3n de las jornadas se encuentra regulada en el art. 13 del decreto 2485/1992, reglamentario de la ley 10.579 —Estatuto del Docente—; la ley 13.201 —R3gimen del Personal de la Polic3a Bonaerense— prev3 en su art. 44 que el horario de trabajo debe ser establecido por la reglamentaci3n y a trav3s del art. 83, ley 13.482 —Ley de Unificaci3n de las Normas de Organizaci3n de las Polic3as de la Provincia de Buenos Aires—, se regula la jornada de trabajo del personal bajo las 3rdenes del jefe de Polic3a Comunal.

⁶⁹ Art. 1^o, decreto 786/1991: "Establ3cese. a partir del 1 de abril de 1991, como 3nicos r3gimenes horarios de labor para el personal comprendido en las disposiciones del Estatuto aprobado por ley 10.430, los que abarcan treinta (30) horas y cuarenta y ocho (48) horas semanales de labor".

⁷⁰ Art. 2^o, decreto 786/1991: "F3jase con car3cter general, a partir de la fecha citada en el art3culo anterior, el r3gimen de treinta (30) horas semanales de labor para los servicios de la Administraci3n P3blica de la Provincia, el que se cumplir3 de 8.00 a 14.00 horas".

⁷¹ Art. 1^o, decreto 2127/1992: "Establ3cese que el horario de labor para los servicios generales de la Administraci3n P3blica Provincial, ser3 a partir del 3 de Agosto de 1992, de 9.00 a 15.00 horas".

Art. 2^o, decreto 2127/1992: "Fac3ltase a los se1ores Ministros Secretarios, Secretarios de la Gobernaci3n, Titulares de Organismos de la Constituci3n, Asesor General de Gobierno, y Titulares de los Organismos Descentralizados y/o Aut3rquicos, a establecer dentro de su Jurisdicci3n y mediante resoluci3n fundada, un horario de labor distinto del previsto en el art. 1^o del presente, cuando las caracter3sticas y modalidades de los servicios que all3 se desarrollan, as3 lo requieran".

Por decreto 3320/1999 se fija el horario de atenci3n de las entidades financieras abarcadas por la ley nacional 21.526 ubicadas en el 3mbito de la provincia de Buenos Aires en el horario de 10 a 15.

⁷² Art. 4^o, decreto 786/1991: "F3jase como excepci3n al art. 2^o de este decreto el r3gimen de cuarenta y ocho (48) horas semanales de labor para los Organismos que seguidamente se detallan:

"Gobernaci3n

"Direcci3n de Aeron3utica (dec. 351/85).

"Ministerio de Gobierno

"Direcci3n Provincial de Comunicaciones (decs. 1245/1976 y 652/1981).

"Direcci3n Provincial del Registro de las Personas: jefes de las Delegaciones (dec. 1065/1979).

"Direcci3n Provincial del Registro de las Personas: personal afectado a las tareas de registraci3n de defunciones.

"Ministerio de Obras y Servicios P3blicos

"Direcci3n Provincial de Hidr3ulica: personal de las diversas zonas - Plantel B3sico Campa1a (dec. 1245/1976).

"Ministerio de Salud

"Direcci3n de Servicios Generales. Departamento Electromedicina (resoluci3n 2033/1974).

"Direcci3n de Emergencias Sanitarias (decs. 4533/1984 y 3991/1988).

con regímenes horarios de cuarenta y ocho horas semanales⁷³, posteriormente se ha intentado llevar el horario a cuarenta horas semanales en organismos que tenían distintos regímenes horarios, de treinta o de cuarenta y ocho horas, disponiendo el nuevo horario para los que ingresaren a futuro y permitiéndole al resto de los agentes optar por este nuevo régimen o el que tenían hasta ese momento. Éste es el caso del decreto 2889/2007 para el personal de las Secretarías de la Gobernación, de Turismo y de Prensa y Comunicación Social o del decreto 1535/2007 para la totalidad del personal del Ministerio de Economía. Así también por decreto 3320/1999 se fija el horario de atención de las entidades financieras abarcadas por la ley nacional 21.526 ubicadas en el ámbito de la provincia de Buenos Aires en el horario de 10 a 15⁷⁴ y la posibilidad de ampliar el horario por razones de mejor servicio⁷⁵.

"Dirección de Zoonosis Urbana - Avellaneda (dec. 7124/1974).

"Dirección de Zoonosis Urbana - Avellaneda (decs. 1351/1971 y 987/1974).

"Dirección de Zoonosis Rural - Azul (dec. 1337/1976).

"Dirección Provincial de Saneamiento y Control del Medio: Departamento de Medio Biológico (dec. 9307/1987).

"Dirección Provincial de Atención Médica.

"Departamento Depósito y Suministro (dec. 6436/1986).

"Dirección de Laboratorio Central de Salud Pública (resolución N 164/1972).

"Personal que presta servicios en hospitales (dec. 8751/1987 y su modificatorio).

"Ministerio de Acción Social

"Dirección Provincial del Menor, la Familia y el Discapacitado: personal de los Agrupamientos
"Servicio, Obrero, Administrativo y Técnico que se desempeña en los Institutos de Menores.

"Ministerio de Asuntos Agrarios y Pesca

"Dirección de Extensión y Tecnología Rural (dec. 504/1978).

"Dirección de Agricultura y Sanidad Vegetal (dec. 1807/1990).

"Dirección de Economía Agropecuaria (dec. 504/1978).

"Dirección de Desarrollo Forestal (dec. 378/1988).

"Dirección de Sanidad y Producción Animal (decs. 901/1988 y 4090/1989).

"Dirección de Desarrollo Regional (dec. 456/1986).

"Dirección de Conservación y Ambiente Naturales (dec. 1180/1989).

"Dirección de Explotaciones Comerciales no Tradicionales (dec. 504/1978).

"Dirección General de Escuelas y Cultura

"Escuela N° 2 de General Viamonte (dec. 3043/1990).

"La asignación del régimen de cuarenta y ocho (48) horas semanales de labor se limitará al personal comprendido en los actos que se indican a continuación del Organismo respectivo y que oportunamente acordarán mayor régimen horario a esos servicios".

⁷³ V.gr. decreto 2195/1992 para el personal de la Dirección Provincial de Rentas (luego decreto 1563/1993, actualmente se encuentran bajo el decreto 1535/2007 con régimen optativo); decreto 864/1993 para el personal del Departamento Laboratorio de Diagnóstico y Zoonosis Dirección Ganadería; decreto 710/1998 para el personal de los agrupamientos jerárquicos y profesional que desempeñan tareas en institutos dependientes del Consejo Provincial del Menor; decreto 312/2007 para el personal de servicio de la Residencia de los Gobernadores; decreto 1164/2007 para personal de Agrupamiento Servicios-Porteros de Escuelas (establecimientos educacionales) respecto de cuyo régimen luego se dictó el decreto 3127/2007 que dispuso un régimen de cuarenta horas semanales, sin perjuicio de lo dispuesto en el decreto anterior.

⁷⁴ Art. 1º, decreto 3320/1999: "Fijase como horario de atención al público para las entidades financieras abarcadas por la ley nacional 21.526, ubicadas en el ámbito de la provincia de Buenos Aires y para todo el año calendario, el comprendido entre las 10 y las 15 hs."

⁷⁵ Art. 2º, decreto 3320/1999: "Facúltase a cada una de las entidades citadas en el art. 1º a ampliar el horario de atención que se fija en el presente decreto, por razones de mejor servicio, debiendo comunicar dicha circunstancia a la Autoridad de Aplicación con un plazo previo de cuarenta días".

En el punto VIII de la reglamentación del inc. a), art. 78, ley 10.430, se dispone un mecanismo taxativo para computar llegadas tarde aparentemente automático, permitiendo hasta tres llegadas tarde que no excedan de treinta minutos cada una por mes calendario. Si luego de la tercera el agente llegare una vez fuera del horario fijado, no podrá prestar servicios y se lo considera ausente resultando de aplicación el art. 85, segundo párrafo de la ley. El mismo mecanismo procede con los retrasos sucesivos.

Entendemos que en aplicación de la norma debe respetarse el derecho de defensa y la posibilidad de oído al agente para justificar la situación de demora, esto puede inferirse de la remisión que la propia norma hace al art. 85, segundo párrafo de la ley. En esta última norma se prevén supuestos graduales de sanción, que van desde suspensión hasta cesantía de acuerdo con la cantidad de días de inasistencias “injustificadas”; lo que implica considerar el reconocimiento del derecho de defensa del agente para poder justificar las causales de sus ausencias o, en el caso, de sus llegadas tarde.

De la misma manera corresponde entender los alcances de la consideración como ausente en el punto IX cuando la demora exceda a los treinta minutos.

Por decreto 319/1992 se establecieron deberes de carácter genérico relativos al cumplimiento del horario y controles de ausentismo respecto del propio agente⁷⁶ y el deber de control para los superiores y organismos sectoriales de personal; se atribuye condición de falta grave⁷⁷ a las inasistencias injustificadas, habituales y reiteradas al lugar de trabajo con percepción de haberes pese a la inejecución de tareas —reconocimiento de haberes que resulta difícil si la ausencia ha sido injustificada—, la falta de control y, junto con éstas, una causal genérica de incumplimiento de tareas por parte del personal jerárquico y los organismos sectoriales de personal⁷⁸.

El punto X de la reglamentación del art. 78, inc. a) de la ley se regula el trámite de llenado de la planilla de asistencia para el personal en comisión, los puntos XI y XII tampoco se refieren al deber en sí mismo sino a la prerrogativa del titular de la unidad orgánica de acordar horarios especiales o conceder permisos.

⁷⁶ Art. 1º, decreto 319/1992: “Todos los funcionarios y agentes de planta permanente, temporaria y contratados de la Administración Pública bonaerense deberán cumplir obligatoriamente con las disposiciones que en materia de asistencia y horario establecen las normas legales y/o contratos vigentes”.

⁷⁷ Art. 2º, decreto 319/1992: “Será considerada falta grave en perjuicio de la Administración Pública provincial:

”a) la inasistencia injustificada, habitual y reiterada al lugar de trabajo, con percepción de haberes pese a la inejecución de tareas;

”b) la falta de control por parte de los respectivos jefes o quienes tengan asignada la conducción de sector, área o jurisdicción de la Administración Pública, de la asistencia, del cumplimiento de horarios y funciones y de la permanencia en su lugar de trabajo de los agentes y/o funcionarios a cargo. Igual responsabilidad cabrá a los organismos sectoriales de personal en el cumplimiento de su función de contralor de personal;

”c) la falta de ejecución por parte de los niveles jerárquicos y de los responsables de los organismos sectoriales de personal de las normas estatutarias cuyo cumplimiento les incumbiere, así como omitir, rehusar hacer o retardar algún acto de su oficio”.

⁷⁸ Art. 3º, decreto 319/1992: “El incumplimiento de las prescripciones del presente decreto dará lugar a la promoción de los sumarios administrativos, cuando correspondan; a la formulación de los cargos patrimoniales que resulten y/o a la iniciación de las acciones que pudieren corresponder ante la Justicia Penal por la comisión del delito de fraude a la Administración Pública y/o incumplimiento de los deberes del funcionario público”.

El punto XIII recepta el deber de prestar el servicio en el lugar que tenga determinado, ello en función de la naturaleza de las tareas propias de su cargo, así como también la exigencia de usar la vestimenta, los elementos y útiles que determine la autoridad administrativa. Este deber debe correlacionarse con la prerrogativa prevista en el art. 21 de la ley, que establece: "Cuando necesidades propias del servicio, debidamente justificadas, o de reorganización de la jurisdicción o de las distintas áreas del gobierno lo requieran, podrá disponerse el pase y/o traslado del agente dentro del ministerio u organismo donde preste servicios o a otro ministerio u organismo, siempre que con ello no se afecte el principio de unidad familiar.

"A los fines del presente artículo establécese que el principio de unidad familiar queda afectado cuando el agente deba desplazarse diariamente a más de sesenta (60) kilómetros de su lugar habitual de residencia".

Del juego armónico de ambas normas, la legislativa y la reglamentaria, podemos interpretar que el traslado debe estar justificado en necesidades del servicio, es decir, debidamente motivado, no debe afectar el principio de unidad familiar, pero también debe tener relación con las tareas propias de su cargo, tal como lo prevé el punto XIII de la reglamentación del art. 78 a) de la ley.

El punto XIV no establece un deber para el agente sino una exigencia para la Administración, ya que impide la realización de similares tareas en sus dependencias cuando el agente desarrolle tareas insalubres, riesgosas o peligrosas, cuando éstas estén reconocidas pecuniariamente o con reducción de horario. Se excepciona, conforme al punto XIV de la reglamentación del art. 26, ley 10.430, la posibilidad de hacer horario extraordinario hasta completar una jornada de seis horas o treinta y seis semanales, así también, por el punto XIV de la reglamentación del art. 26, cuando por las características del servicio éste no pueda ser interrumpido y su relevo no se presentare; en estos casos tampoco regirá el límite de las seis horas diarias o treinta y seis semanales. Así también excepciona el descanso semanal obligatorio.

2. Deber de obediencia

— Art. 78, inc. b), ley 10.430:

Obedecer las órdenes de su superior jerárquico con jurisdicción y competencia cuando éstas se refieran al servicio y por actos del mismo y respondan a las determinaciones de la legislación y reglamentación vigentes.

Cuestionada una orden dada por el superior jerárquico, advertirá por escrito al mismo sobre toda posible infracción que pueda acarrear su cumplimiento. Si el superior insiste por escrito, la orden se cumplirá.

Este deber supone la obligación de cumplir las órdenes de los superiores relativas a su trabajo. Su fundamento responde a una necesidad funcional⁷⁹, ya sea respecto de la organización en general o como requisito de una de sus herramientas de conducción, como lo es la subordinación jerárquica.

Para Manuel María Diez⁸⁰ se trata de una manifestación del deber de lealtad pero que se vincula con los de competencia y jerarquía, coincide en ello Miguel S.

⁷⁹ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Derecho...*, cit., p. 312.

⁸⁰ DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., p. 401.

Marienhoff⁸¹ al entender que es una forma práctica de hacer efectiva la jerarquía. También José Canasi⁸² encuentra su fundamento en el orden jerárquico. Bartolomé A. Fiorini lo vincula con la organización jerárquica pero estima que es una consecuencia implícita del deber de dedicación al servicio⁸³.

Rafael Bielsa⁸⁴ entiende que tanto el deber de obediencia como el poder disciplinario tendiente a asegurar su cumplimiento son consecuencias necesarias de la organización y subordinación jerárquica de la Administración. Este autor hace hincapié en la necesidad organizacional de funcionar sin rozamientos frente a la complejidad y variedad de las funciones administrativas para justificar la relación de mando. Enrique Sayagués Laso⁸⁵ entiende que el principio de obediencia es inherente a la organización administrativa.

Benjamín Villegas Basavilbaso también lo relaciona con el principio de supremacía jerárquica y la organización administrativa pero entiende que es una aplicación específica del deber de fidelidad, al que pone por sobre el resto de los deberes⁸⁶.

Según Bielsa⁸⁷, el deber de obediencia varía en extensión y contenido, según la naturaleza de la función y en el primer caso según la jerarquía. Sayagués Laso⁸⁸ y Marienhoff⁸⁹ también notan la relación entre deber de examen y nivel jerárquico.

También se ha hecho una distinción entre jerarquía orgánica e individual⁹⁰: la primera se da entre órganos-institución; la segunda, entre órganos-individuos. En la primera la jerarquía está dada por la naturaleza del órgano, independientemente de la calidad del funcionario; en la jerarquía individual, la subordinación se establece solamente dentro de un mismo organismo, teniendo en cuenta su organización interna, preceptuada por la ley o los reglamentos. Pero en este supuesto no todo superior puede ordenar al inferior, ya que aquí rige otro principio, que es el de competencia, el que será útil, luego, para determinar uno de los criterios de limitación del deber de obediencia.

2.1. Límites al deber de obediencia

Actualmente nadie discute que el deber de obediencia no es absoluto, pero las posiciones varían al señalar cuál es su límite, es decir, cuándo el subordinado está habilitado para observar o incumplir la orden; en otras palabras, varían acerca del *quantum* de dicha relatividad⁹¹.

⁸¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 229.

⁸² CANASI, José, *Derecho...*, cit., p. 597.

⁸³ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., p. 819.

⁸⁴ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., p. 265.

⁸⁵ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Derecho...*, cit., p. 314.

⁸⁶ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., p. 430.

⁸⁷ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., p. 265.

⁸⁸ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, cit., p. 317.

⁸⁹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 239.

⁹⁰ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., p. 432; CANASI, José, *Derecho...*, cit., p. 598; ambos siguiendo a Petrozziello, citado en la nota en la primera obra.

⁹¹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., p. 452.

Las posiciones extremas son obediencia absoluta a la orden y obediencia absoluta a la ley.

La primera de ellas implicaría la ejecución sin condicionamientos de cualquier orden —incluso las ilegítimas y delictivas sin responsabilidad alguna—. Ésta es una posición abstracta, ya que como señala Villegas Basavilbaso, ni siquiera en el derecho romano —según el *Digesto*— el siervo debía ejecutar las órdenes cuando configuraran un delito o un crimen⁹².

El otro extremo, el de obediencia absoluta a la ley, libera al dependiente del deber de obediencia cuando él aprecie que la orden se aparta de la ley; esta doctrina ha sido sostenida por Duguit. Esta posición, en su faceta extrema, llevaría a un estado de anarquía organizacional al dejar librado el cumplimiento de la orden a la apreciación subjetiva de quien la recibe.

Frente a ellas, los autores han buscado alternativas que permitan equilibrar ambas posturas, de tal manera que el subordinado, ante una orden ilegítima, por un lado, no caiga en responsabilidad disciplinaria por su incumplimiento y, por el otro, pueda evitar caer en responsabilidad civil o penal por su cumplimiento automático.

Resulta interesante describir estas teorías porque algunas de ellas han sido plasmadas en el texto del inc. b), art. 78, ley 10.430, y, hacemos la referencia en plural porque, como explicaremos más adelante, dichas teorías no se encuentran representadas claramente sino entremezcladas.

Podemos distinguir las siguientes posturas de obediencia relativa: a) teoría de la reiteración; b) teoría de la legalidad formal y c) teorías de la legalidad formal y material acotadas; d) teorías de la legalidad formal y material; a su vez, esta última tiene variantes que luego abordaremos.

a) Teoría de la reiteración

Esta construcción proveniente del derecho alemán sostiene que frente a la observación de la orden por el órgano inferior, el superior puede reiterarla y el subordinado debe cumplirla sin responsabilidad por ello. Esta postura ha sido criticada ya que no impide el cumplimiento de órdenes ilegítimas y no excusaría de responsabilidad civil o penal al ejecutante. Se dice que tiene valor práctico y no jurídico, ya que no impide la ilegalidad pero pone sobre aviso al superior. No obstante ello, la legislación la ha adoptado, tal era el caso del decreto-ley 23.354 —Ley de Contabilidad Nacional—, como su antecesora la ley 12.961; consagraron la teoría de la reiteración con relación a las observaciones que efectuaba el Tribunal de Cuentas de la Nación, que eran susceptibles de subsanación, tal vez debería decidirse superación —según palabras de Viviana Bonpland⁹³—, a través del decreto de insistencia del Poder Ejecutivo nacional. Villegas Basavilbaso ha entendido que si la posibilidad de hacer cumplir la orden mediante la insistencia está reconocida legislativamente, la tesis debe cumplirse, ya que el inferior se limita a cumplir la ley, no la orden, trasladán-

⁹² VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., p. 435.

⁹³ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen del empleo público en la Administración nacional*, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, art. 23 a cargo de la Dra. Viviana Bonpland, p. 225.

dose la responsabilidad al superior que la impartió⁹⁴. José Canasi⁹⁵, en el ejemplo legislativo de la antigua ley de contabilidad, señala que de todas maneras el Tribunal de Cuentas pone sobre aviso al Congreso nacional denunciando el hecho; entiende que con ello se satisfacen las dos posiciones extremas (obediencia a la orden y a la ley), considerando que para ello resulta de importancia la garantía de estabilidad para los funcionarios del organismo de control, observando que ello también se produciría con los demás agentes estatales en virtud del art. 14 bis, CN, garantía que se ve relativizada por las condiciones de hecho en la que se encuentren las estructuras organizativas sometidas a los vaivenes institucionales.

Consideramos que el ejemplo del Tribunal de Cuentas era “aparente”, ya que se trataba de un organismo de control y no del subordinado que debía acatar la orden y ejecutarla; por otra parte, el organismo cumplía su función dando a conocer la irregularidad a quien tiene potestad de control sobre el Poder Ejecutivo, como lo es el Congreso (v.gr., interpelación a los ministros, juicio político).

Luego analizaremos la variante de la teoría de la reiteración consagrada en el inc. b), art. 78, ley 10.430, y en el art. 112, ley 13.767 —Administración Financiera de la Provincia de Buenos Aires—.

b) Teoría de la legalidad formal

Esta posición no tiene en cuenta el contenido de la orden sino sus formas extrínsecas, expuesta en primer lugar por Laband, luego con variantes a través de sendas teorías expuestas por Mayer y Orlando. Es importante su tratamiento porque cada una de ellas fue delimitando los alcances del deber de obediencia hasta llegar a la teoría de la legalidad formal y material.

Teoría de Laband: según este autor, el control de legalidad formal de la orden supone constatar: 1º) si la autoridad que dio la orden es competente para impartirla; 2º) si el funcionario destinatario de la orden es competente para ejecutarla; 3º) si la orden ha sido dada en forma regular. Este último punto significa el control de la forma del acto; por ejemplo, si es escrito, la presencia de firma o su autenticidad⁹⁶. En cuanto a la evaluación de la propia competencia del destinatario, ésta se limita a corroborar si lo es territorialmente y en razón de la materia, pero tiene vedado ponderar si la orden es contraria a derecho.

c) Teorías de la legalidad formal y material

Teoría de Mayer: según este autor, el subordinado debe constatar: 1º) que la orden emane de su superior; 2º) que, por su contenido, la orden sea relativa a la conducta en el servicio.

Quedan excluidas del contenido de la orden jerárquica: a) las actividades que, por su naturaleza, quedan fuera del círculo de negocios del obligado; b) las actividades que puedan ser exigidas en interés personal del superior; c) las actividades de la vida privada del subordinado. Aclara que si bien sus actos privados no son indiferentes, no puede ser determinada por el superior. Señala que no debe obedecer cuando el cumplimiento de la orden suponga violar una ley penal. Se entiende que por esta

⁹⁴ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., p. 438. Opinión que también comparte MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 234.

⁹⁵ CANASI, José, *Derecho...*, cit., p. 602.

⁹⁶ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., p. 439.

condición y por permitir un examen para verificar si se trata de una conducta del servicio, la teoría entraría a evaluar el contenido de la orden dando un paso más respecto de la teoría de Laband. También abre la posibilidad de examen al subordinado cuando reciba órdenes de dos autoridades superiores, debiendo acatar la de aquel que se encuentre jerárquicamente por sobre el otro, quedando en su cabeza realizar dicha evaluación. Según Villegas Basavilbaso⁹⁷, la teoría explicada presenta un defecto de imprecisión sistemática por resultar conexa con la “forma del orden jerárquico” que obliga a su determinación, en lugar de referirla directamente a la competencia del órgano que dictó la orden. No obstante ello, entiende que no ofrece observaciones sustanciales. Tampoco la encuentra cuestionable Canasi⁹⁸.

Teoría de Orlando: siguiendo las teorías de Laband y Mayer, entiende que el inferior puede examinar la orden si fue dictada en la esfera de su competencia; dentro de ésta puede analizar y determinar si la acata o desobedece por ser ilegal. La formulación de esta posición ha sido criticada, dado que no se da el mismo tratamiento a las órdenes dadas cuando es competente que cuando no lo es, y pareciera estar obligado, aun cuando fuere manifiestamente incompetente frente a cualquier tipo de orden, inclusive cuando se trate de ilegales⁹⁹. En cambio, Bielsa encuentra aceptable esta teoría¹⁰⁰.

d) Teoría de la legalidad formal y material

De acuerdo con esta teoría no sólo el subordinado podrá controlar las formas extrínsecas sino también el contenido intrínseco del acto, cuando de acuerdo con su apreciación resulta de ilegalidad manifiesta; ésta sería la opinión de Romano. El examen no tiene que ser exhaustivo, ya que no se exige al agente los conocimientos de un jurista, dado que iría en detrimento de la presunción de legitimidad de la orden. Villegas Basavilbaso¹⁰¹ señala que no toda orden, por más manifiesta que sea su ilegalidad, debe incumplirse, ya que como condición debe lesionar derechos de terceros, no así cuando la violación lo sea a intereses del servicio o de la Administración Pública. Diez, quien también adscribe a esta construcción, no limita el derecho a examen en función de los intereses en juego¹⁰². Marienhoff, al hacer mención a esta teoría, expresa que subsana los defectos de la legalidad formal, por lo que parece adscribir a ella¹⁰³.

La posición de Fiorini¹⁰⁴ parece adscribir a la teoría de Mayer, ya que señala como condiciones: 1) la afectación del agente a la función; 2) la competencia de los órganos en la relación jerárquica; 3) el contenido de la orden debe tener relación con la función a la cual sirve. No podrá obedecer órdenes ilícitas o delictivas. Señala que el subordinado tendrá derecho a examinar la legalidad de la orden impartida conforme a los siguientes puntos: a) competencia del órgano que la ordena; b) la relación con su servicio; c) forma de la orden. Entiende que no debe hacer actos que no correspondan a su afectación funcional. Luego parece darle un mayor alcance por

⁹⁷ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., p. 443.

⁹⁸ CANASI, José, *Derecho...*, cit., p. 604.

⁹⁹ VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho...*, cit., p. 444; DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., p. 409.

¹⁰⁰ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., p. 269.

¹⁰¹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., p. 446.

¹⁰² DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., p. 412.

¹⁰³ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 236.

¹⁰⁴ FIORINI, Bartolomé, *Derecho...*, cit., p. 820.

sobre la teoría de Mayer, ya que al abordar el derecho al examen indica que el agente puede negarse a cumplir la orden cuando no se cumplieren los requisitos de fondo y forma de la orden impartida; dicha evaluación es sobre la legitimidad y no sobre su mérito u oportunidad.

Reconoce como excepciones a este principio a los órganos de jerarquía superior con amplias atribuciones en la actividad a la que se encuentran afectados. También a quienes desarrollen actividades específicamente técnicas, pero en este caso el examen debe circunscribirse a dicho ámbito.

Pone énfasis en los límites del derecho de examen, entendiéndolo que debe desarrollarse en forma que el orden, la disciplina y el servicio no puedan ser afectados. Para ello considera que el agente debe exteriorizar su manifestación en forma inmediata, de lo contrario no podrá salvar su responsabilidad aun cuando la observación tardía fuere exacta. Debe hacerla al órgano que la impartió y en la misma forma.

Parece aceptar la teoría de la reiteración para salvar la responsabilidad del subordinado, al señalar que la notificación de la insistencia y luego la ejecución de la orden eximen de responsabilidad al agente¹⁰⁵.

Refiere a que jurisprudencialmente se extendió el examen al supuesto en que la realización de la orden produjere daños. Entiende que no es un examen de mérito sino de las consecuencias imprevistas que la ejecución pudiere ocasionar, y que podría calificársela de advertencia previa. Ello se fundamenta en que el inferior conoce mejor la realidad y el lugar donde se lleva a cabo la ejecución de la orden, por ello tiene el deber de advertir los daños y perjuicios que provocará su realización. Señala que la jurisprudencia entiende que es una carga impuesta al agente de cumplir su labor con eficiencia y responsabilidad. Cita a la doctrina alemana, en la que el incumplimiento negligente de observar esta situación fue entendido como violación del deber de información¹⁰⁶.

2.2. *Deber de obediencia a decisiones judiciales*

El agente estatal algunas veces tiene que obedecer órdenes que no provienen de la línea jerárquica de su propia organización, tal es el caso de las decisiones judiciales.

En estos casos el fundamento del deber de acatar la orden no proviene de una exigencia organizacional, sino de la fuerza legal de las propias decisiones judiciales.

En este punto es importante destacar la expresa previsión en el art. 163 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires conforme fuera reformada en el año 1994:

La Suprema Corte de Justicia, al igual que los restantes tribunales, dispone de la fuerza pública necesaria para el cumplimiento de sus decisiones. En las causas contenciosoadministrativas, aquélla y los demás tribunales competentes estarán facultados para mandar a cumplir directamente sus sentencias por las autoridades o empleados correspondientes si el obligado no lo hiciera en el plazo de sesenta días de notificadas.

Los empleados o funcionarios a que alude este artículo serán responsables por el incumplimiento de las decisiones judiciales.

¹⁰⁵ FIORINI, Bartolomé, *Derecho...*, cit., p. 824.

¹⁰⁶ FIORINI, Bartolomé, *Derecho...*, cit., p. 824.

A diferencia de sus predecesoras (art. 151 de la Constitución provincial de 1934 y art. 159 de la Constitución provincial de 1889), se incorporó un párrafo destinado a reconocer la disposición de la fuerza pública a todos los tribunales provinciales para hacer cumplir sus decisiones.

Así también, de la misma manera que sus antecedentes, ahora con la ampliación al fuero Contencioso Administrativo, la atribución en cabeza de éstos y de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires para hacer cumplir sus decisiones en caso de inobservancia por quienes debieron hacerlo, estableciendo que en el plazo de sesenta días de su notificación podrá efectivizarlas directamente a través de los agentes del organismo que debió hacerlo, bajo su responsabilidad en caso de incumplimiento de esta última orden.

A su vez, esta cláusula, así como estaba reglamentada en el antiguo Código Varela, lo está en el vigente Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires (ley 12.008 y modificatorias), en el capítulo XII "De la ejecución de la sentencia contra los órganos y entes estatales", arts. 63 a 66. El mecanismo de ejecución directa está regulado fundamentalmente en el art. 63¹⁰⁷ y la posibilidad de solicitar su suspensión por causas de interés público, en el art. 65¹⁰⁸.

En el caso del fuero Contencioso Administrativo, la cláusula constitucional ha sido reglamentada en el actual Código Procesal Contencioso Administrativo.

En estos supuestos el agente no puede desobedecer la manda judicial; aquí no juegan las construcciones destinadas a determinar las situaciones en las que pueda observar la orden impartida, ya que las decisiones judiciales solamente pueden ser

¹⁰⁷ Art. 63 (texto ley 13.101), ley 12.008. Comunicación y trámite:

"1. Cuando la sentencia haga lugar a la pretensión deducida contra la Provincia, un Municipio o un ente provincial o municipal, una vez consentida o ejecutoriada, el Juez la notificará a la parte vencida e intimará su cumplimiento dentro del término fijado en aquélla. Esta notificación deberá hacerse dentro de los cinco (5) días siguientes al fallo. El procedimiento de ejecución se regirá por las disposiciones del Código Procesal Civil y Comercial, en tanto no contradigan las del presente Código.

"2. Si transcurriese el plazo previsto en el art. 163 de la Constitución de la Provincia, sin que la autoridad requerida objetase su ejecución ni diese cumplimiento a lo resuelto por el órgano jurisdiccional, la parte vencedora en el juicio podrá pedir que aquél mande cumplir directamente lo dispuesto en la sentencia.

"3. En tal caso, el Juez ordenará a la autoridad correspondiente el cumplimiento de la sentencia, determinando concretamente lo que aquélla debe hacer y el plazo en que debe realizarlo.

"4. En caso de incumplimiento, los funcionarios involucrados incurrirán en la responsabilidad establecida por el art. 163 de la Constitución. Esta responsabilidad será solidaria con la del ente u órgano respectivo y abarcará todos los daños que ocasione su irregular actuación.

"5. El Juez podrá adoptar de oficio todas las providencias y resoluciones que estime convenientes, para poner en ejercicio la atribución que le confiere el art. 163 de la Constitución".

¹⁰⁸ Art. 65 (texto ley 13.101), ley 12.008. Solicitud de suspensión:

"1. A los fines de lo dispuesto en el inc. 2) del art. 63, cuando la Provincia, el municipio o el ente provincial o municipal, vencidos en el proceso, considerasen imprescindible la suspensión de la ejecución de la sentencia, por graves razones de interés público, podrán solicitarla al juez dentro de los veinte (20) días después de notificada. En tal petición deberán asumir el compromiso de reparar los daños y perjuicios que pudiere causar la suspensión, acompañando el acto administrativo que así lo autorice.

"2. De la solicitud de suspensión se correrá traslado por cinco (5) días a la contraparte. Si ésta se opusiere y ofreciere prueba, el Juez abrirá el incidente a prueba por el plazo de diez (10) días.

"3. El juez dictará resolución dentro de los diez (10) días de encontrarse los autos en estado. Si resolviere la suspensión de la ejecución del fallo, fijará el plazo correspondiente a su cumplimiento así como el monto de la indemnización de los daños ocasionados, previo requerimiento de los informes que estimare necesarios".

discutidas en el marco del proceso por los mecanismos allí previstos, a través de su representante constitucionalmente asignado, esto es, el fiscal de Estado. A ello se adiciona esta previsión constitucional que consagra una herramienta diferente para el cumplimiento de sus decisiones, modulada reglamentariamente, pero que en caso de aplicación puede acarrear la responsabilidad personal de quienes omiten cumplirla, sin perjuicio de las responsabilidades de otra índole que pudiere acarrearles la desobediencia.

Resultaba por demás elocuente la redacción que tenía el art. 85, ley 2961 (Código Varela), que establecía: “Cualquiera que sea la disposición que la Suprema Corte mande cumplir por sus empleados o funcionarios de la Administración, éstos deberán hacerlo, aun cuando no exista ley que lo autorice, aun cuando haya ley que lo prohíba, y cuando sus superiores le ordenasen no obedecer. En caso de omisión en el cumplimiento los directa o indirectamente culpables incurrirán en la responsabilidad personal establecida por el art. 159 (*antecedente del actual art. 163 correspondiente a la Constitución de 1889*) de la Constitución”.

2.3. *El deber de obediencia en la ley 10.430*

El inc. b), art. 78 de la ley parece adscribir a la teoría de la legalidad formal y material, ya que exige los siguientes requisitos: 1) que la orden provenga del superior jerárquico con competencia para ello; 2) que se refieran al servicio, es decir, que sean competencia del subordinado; 3) que los actos sean del servicio, es decir, no deben responder a otros intereses y 4) efectuar un control de contenido, es decir, verificar que “respondan a las determinaciones de la legislación y reglamentaciones vigentes”.

Luego, en el segundo párrafo parece adscribir a la teoría de la reiteración para determinar la exención de responsabilidad, exigiendo la comunicación por escrito de la advertencia. Se hace mención al término infracción, con lo que obviamente quedarán afuera los ilícitos que constituyan delitos, los que obviamente no podrán ser excusados bajo pretexto del deber de obediencia. Por otra parte, tampoco cuando entre en colisión con el art. 163 de la Constitución provincial descrito en el punto precedente, ya que la exención de responsabilidad administrativa no podrá impedir la responsabilidad personal por el incumplimiento de la orden emanada en los términos de la cláusula constitucional.

El actual art. 112¹⁰⁹, ley 13.767 de Administración Financiera Provincial, de la misma manera que lo hacía el art. 65¹¹⁰, decreto-ley 7764/1971, dispone que quien reciba órdenes en contraposición con la ley de contabilidad, sus reglamentaciones o

¹⁰⁹ Art. 112, ley 13.767: “Todo acto u omisión que viole disposiciones legales o reglamentarias y que ocasione un daño económico a la Provincia importará responsabilidad solidaria para quienes lo dispongan, ejecuten, intervengan o controlen.

”El funcionario que reciba orden de hacer o no hacer, que implique transgredir aquellas disposiciones, está obligado a advertir por escrito al superior de quien reciba la orden acerca del carácter de la transgresión y sus consecuencias y el superior está obligado a responderle también por escrito. En caso que el superior insista, no obstante dicha advertencia, el funcionario cumplirá lo ordenado y comunicará la circunstancia a la autoridad máxima del Organismo o Ente y al Contador General de la Provincia, quedando a salvo su responsabilidad”.

¹¹⁰ Art. 65, decreto-ley 7764/1971: “Todo acto u omisión que viole disposiciones contenidas en esta ley, sus reglamentos y normas concordantes, importará responsabilidad solidaria para quienes lo dispongan, ejecuten o intervengan.

normas concordantes está obligado a advertir por escrito al superior sobre el carácter de la transgresión y sus consecuencias; el superior debe responderle por escrito, si éste insiste, el agente debe cumplir con lo ordenado pero debe comunicar lo ocurrido al contador general de la provincia y, ahora, a diferencia del art. 65 del decreto-ley 7764/1971, también a la máxima autoridad del organismo o ente al que pertenece. Valen las mismas observaciones que para el art. 78, inc. b), ley 10.430, con la diferencia que aquí se regula expresamente la exigencia de denunciar lo ocurrido que, en la ley 10.430, debe correlacionarse con el deber de denunciar irregularidades administrativas previsto en el art. 78, inc. j).

3. Deber de reserva

— Art. 78, inc. c), ley 10.430:

c) Mantener, en todo momento, la debida reserva que los asuntos del servicio requieren de acuerdo a la índole de los temas tratados.

Este deber impone al agente estatal la exigencia de mantener reserva respecto de los asuntos de su función; la norma específica que ello será cuando dicho servicio lo requiera de acuerdo a la índole de los temas reservados.

Según Manuel María Diez, el deber de guardar secreto deriva del genérico de lealtad¹¹¹; para otros autores, en cambio, del también genérico deber de desempeñar la función¹¹².

El deber de reserva no se agota con la extinción de la relación¹¹³, ya que la finalidad que procura la protección de la información se desvirtuaría si no fuera así.

El cumplimiento de este deber implica que el agente debe tener discreción respecto de las cuestiones relativas a su función, lo que supone no comentar, ni divulgar, publicar o difundir cuestiones relativas a su trabajo. El objetivo de esta conducta imperativa es mantener la información dentro de los límites del organismo o área específica donde ella se utilice.

La exigencia de reserva puede estar sometida a matices, variando en intensidad de acuerdo con la naturaleza de la cuestión objeto de ésta. En este sentido se ha di-

"El funcionario que reciba orden de hacer o no hacer, que implique transgredir aquellas disposiciones, está obligado a advertir por escrito al superior de quien reciba la orden, acerca del carácter de la transgresión y sus consecuencias y el superior está obligado a responderle también por escrito. En caso que el superior insista, no obstante dicha advertencia, el funcionario cumplirá lo ordenado y comunicará la circunstancia al Contador General de la Provincia, quedando a salvo su responsabilidad".

¹¹¹ DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., p. 420.

¹¹² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 243, entiende que tanto el deber de guardar el secreto como el deber de fidelidad son inherentes al deber de desempeñar el cargo en forma fiel y exacta. BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., p. 249, también señaló que el deber de conservar el secreto es una consecuencia, como deber especial, del correcto cumplimiento de la función o empleo. VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamin, *Derecho...*, cit., p. 460, en idéntico sentido al de Bielsa, deriva este deber como un supuesto especial consecuente del deber de cumplimiento normal de la función o empleo. SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, cit., p. 314, también entiende que es un deber inherente a las funciones públicas.

¹¹³ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., p. 251. Este autor, al indicar la perdurabilidad del deber de secreto, señala que "...puede ocurrir que el propósito de conocer secretos para luego revelarlos, sea el móvil determinante de ejercer un cargo público, hipótesis que no es cavilosa, sino realista en muchos casos".

ferenciado el deber genérico de guardar reserva de una de sus especies, el deber de guardar secreto.

Manuel María Diez¹¹⁴ señala que dentro del deber de discreción podemos distinguir dos clases diferentes: 1) El deber de guardar secreto, que el autor entiende se encuentra estrictamente determinado y precisado por los textos, sobre todo de naturaleza penal y que, a su vez, puede subdividirse según se refiera a hechos e informaciones del servicio o relativo a intereses particulares. 2) El deber de reserva, que resulta más difícil de definir por el hecho de haber varios según el cargo y las circunstancias. La reserva implica excluir determinada información, documentación u objetos del alcance indeterminado de cualquier sujeto que pudiese tomar conocimiento de ellos.

3.1. Deber de guardar secreto

El secreto¹¹⁵ supone para un sujeto una prohibición de acceder o revelar determinada información que hace al ámbito de intimidad¹¹⁶ de otra persona cuando ésta no ha autorizado su conocimiento o divulgación.

Dentro del Código Penal encontramos un título y varios tipos delictivos más que tratan concretamente el deber de guardar secreto¹¹⁷.

¹¹⁴ DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., p. 420.

¹¹⁵ NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal argentino*, Omeba, Buenos Aires, 1967, ps. 117-118. "El secreto no sólo se refiere a lo que es tal según la gramática, vale decir, a lo que cuidadosamente se tiene reservado y oculto, pues en el concepto cabe el hecho desconocido por el propio interesado, como es la enfermedad ignorada por su paciente. La restricción del secreto al hecho *intencionalmente reservado y oculto*, tendría efectos perniciosos para el razonable resguardo de la relación que la ley quiere preservar, porque existiría el peligro de que lícita, aunque inmoralmente, se revelasen hechos dañosos a cuyo conocimiento hubiera llegado el autor por la necesidad que hubo de utilizar sus servicios.

"Con arreglo a la ley, en relación al sujeto activo del delito —a cuyo respecto interesa determinar el concepto— como son las ideas, conocimientos y sentimientos, lícito o ilícito propio o ajeno, relativo a una persona, institución u objeto. No está divulgado el hecho cuyo conocimiento no es público o no está puesto al alcance de cualquiera".

SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, actual. Manuel Bayala Basombrío, t. IV, 4ª ed., parte especial, 10ª reimpr. total, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1992, p. 139. Con cita de Finger, expresó: "...El secreto es un concepto con un contenido negativo: es secreto lo que no puede ser conocido ni por todos ni por un círculo indeterminado de personas, sino solamente por una o por algunas".

¹¹⁶ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 117. Al distinguir la inclusión bajo el mismo título de las acciones delictivas que consisten en abrir indebidamente, apoderarse, suprimir o desviar de destino una carta aun cuando ésta no contenga secreto alguno, responde a la inclusión en el capítulo "violación de secretos" de dos tipos básicos de infracciones: la intrusión en la esfera de secretos y la revelación de un secreto, donde en ambos casos se procura la protección del ámbito inmaterial de intimidad, reconocido por la ley como personal, propio e inviolable.

¹¹⁷ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., t. IV., p. 116. Distingue dos tipos básicos muy generales, en los que encuadrarían todos los tipos previstos en materia de violación de secretos: a) la intrusión en la esfera de secretos; b) la propalación de secretos. Este último puede subdividirse en: a) la publicación abusiva de correspondencia; b) la revelación de secreto profesional; c) la revelación de secretos oficiales (p. 111).

El capítulo III del título V (“Delitos contra la libertad”) se denomina “Violación de secretos y de la privacidad”¹¹⁸ y está conformado por siete artículos que sancionan distintas facetas del deber de proteger la privacidad personal como parte del bien jurídico libertad, éstos son: art. 153¹¹⁹ (violación, acceso, apoderamiento de documentación privada en soporte papel o comunicación electrónica, indebida supresión o desvío de correspondencia o comunicación electrónica, interceptación o captación indebida de comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones privadas o de acceso restringido), art. 153 bis¹²⁰ (acceso no autorizado o en exceso a un sistema o dato informático de carácter restringido), art. 154¹²¹ (violación de correspondencia por empleo de correos o telégrafos), art. 155¹²² (publicidad indebida de correspondencia o documentación privada o una comunicación electrónica), 156¹²³ (violación de secretos profesionales), 157¹²⁴ (violación de secretos oficiales por un funcionario

¹¹⁸ Cfr. modificación al título introducida por el art. 3º, ley 26.388 (publicada el 25/6/2008 en BO 31433, ya que antes se denominaba solamente “violación de secretos”).

¹¹⁹ Art. 153, CPen. (texto según ley 26.388): “Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses el que abriere o accediere indebidamente a una comunicación electrónica, una carta, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, que no le esté dirigido; o se apoderare indebidamente de una comunicación electrónica, una carta, un pliego, un despacho u otro papel privado, aunque no esté cerrado; o indebidamente suprimiere o desviare de su destino una correspondencia o una comunicación electrónica que no le esté dirigida.

”En la misma pena incurrirá el que indebidamente interceptare o captare comunicaciones electrónicas o telecomunicaciones provenientes de cualquier sistema de carácter privado o de acceso restringido.

”La pena será de prisión de un (1) mes a un (1) año, si el autor además comunicare a otro o publicare el contenido de la carta, escrito, despacho o comunicación electrónica.

”Si el hecho lo cometiere un funcionario público que abusare de sus funciones, sufrirá además, inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena”.

¹²⁰ Art. 153 bis, CPen., incorporado por ley 26.388: “Será reprimido con prisión de quince (15) días a seis (6) meses, si no resultare un delito más severamente penado, el que a sabiendas accediere por cualquier medio, sin la debida autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido.

”La pena será de un (1) mes a un (1) año de prisión cuando el acceso fuese en perjuicio de un sistema o dato informático de un organismo público estatal o de un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros”.

¹²¹ Art. 154, CPen.: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el empleado de correos o telégrafos que, abusando de su empleo, se apoderare de una carta, de un pliego, de un telegrama o de otra pieza de correspondencia, se impusiere de su contenido, la entregare o comunicare a otro que no sea el destinatario, la suprimiere, la ocultare o cambiare su texto”.

¹²² Art. 155, CPen. (texto según ley 26.388): “Será reprimido con multa de pesos un mil quinientos (\$ 1500) a pesos cien mil (\$ 100.000), el que hallándose en posesión de una correspondencia, una comunicación electrónica, un pliego cerrado, un despacho telegráfico, telefónico o de otra naturaleza, no destinados a la publicidad, los hiciere publicar indebidamente, si el hecho causare o pudiere causar perjuicios a terceros.

”Está exento de responsabilidad penal el que hubiere obrado con el propósito inequívoco de proteger un interés público”.

¹²³ Art. 156, CPen.: “Será reprimido con multa de *mil quinientos a noventa mil pesos* (*) e inhabilitación especial, en su caso, por seis meses a tres años, el que teniendo noticias, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa”.

(*) Monto según ley 24.286, art. 1º, apart. 7.

¹²⁴ Art. 157, CPen. (texto según ley 26.388): “Será reprimido con prisión de un (1) mes a dos (2) años e inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años, el funcionario público que revelare hechos, actuaciones, documentos o datos, que por ley deben ser secretos”.

público), 157 bis¹²⁵ (acceso ilegítimo a un banco de datos personales, violación del deber de confidencialidad de información registrada en un banco de datos personales; esta última agravada para el caso del funcionario público; inserción ilegítima de datos en un archivo de datos personales).

Es de destacar que, salvo los supuestos de los arts. 154 y 157, el resto de los delitos tipificados en dicho título corresponden a acciones de instancia privada, esto significa que dependerá del sujeto pasivo el desarrollo de la represión estatal¹²⁶.

El deber de guardar secreto ha sido considerado también en el art. 222, CPen. Este artículo forma parte del capítulo II (“Delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación”) dentro del título IX (“Delitos contra la seguridad de la Nación”). Este artículo tipifica el delito de revelación de secretos políticos o militares concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o a las relaciones exteriores de la Nación; a su vez, en el art. 223 se prevé la forma culposa de este delito.

Por último, en el capítulo XII bis (“Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados”) del título XI, (“Delitos contra la Administración Pública”) se ha tipificado en el art. 268 (1)¹²⁷ el delito de utilización de información oficial reservada con fines de lucro, el que, si bien no contempla como en los otros tipos la violación de un secreto específico tal como se lo ha definido, la figura no excluye dentro del concepto de “deber de reserva” —que trataremos posteriormente— a una especie de éste como lo es el deber de secreto.

El secreto, para constituirse como tal, puede resultar del texto expreso de la ley como también de la naturaleza de la cuestión reservada, tal es el caso del denominado “secreto profesional”, en el que una persona, por su estado, oficio o profesión toma conocimiento de hechos o circunstancias relativos a otra persona que se los confía por el vínculo que mantiene con motivo de una particular relación con aquélla y que lo obligan a mantenerlo dentro de su esfera íntima.

Ambos supuestos han sido considerados por tipos delictivos en el Código Penal.

¹²⁵ Art. 157 bis (incorporado por ley 25.326, art. 32, apart. 2), CPen. (texto según ley 26.388): “Será reprimido con la pena de prisión de un (1) mes a dos (2) años el que:

”1. A sabiendas e ilegítimamente, o violando sistemas de confidencialidad y seguridad de datos, accediere, de cualquier forma, a un banco de datos personales;

”2. Ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información registrada en un archivo o en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de la ley.

”3. Ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales.

”Cuando el autor sea funcionario público sufrirá, además, pena de inhabilitación especial de un (1) a cuatro (4) años”.

¹²⁶ Art. 73, CPen.: “Son acciones privadas las que nacen de los siguientes delitos:

”1. calumnias e injurias;

”2. violación de secretos, salvo en los casos de los arts. 154 y 157;

”3. concurrencia desleal, prevista en el art. 159;

”4. incumplimiento de los deberes de asistencia familiar, cuando la víctima fuere el cónyuge”.

¹²⁷ Art. 268 (1), CPen.: “Será reprimido con la pena del art. 256, el funcionario público que con fines de lucro utilizare para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo”.

3.2. Deber de guardar secreto por estado, oficio o profesión

En el delito previsto en el art. 156, CPen., el deber de guardar secreto respecto de algún tema específico no está regulado en forma específica en una ley —como sí lo requiere la figura del art. 157— sino que aquí, siendo una especie de tipo delictivo dentro del grupo general “propalación de secretos”, resulta trascendental para su configuración el vínculo por el cual una persona (sujeto activo) transmite información o hechos reservados de otra persona (sujeto pasivo) a un tercero.

Resulta condicionante para considerar a una cuestión como secreto profesional¹²⁸ la naturaleza de la cuestión transmitida, la posición de quien transmite el secreto y la condición de quien lo recibe¹²⁹.

Dentro de la Administración Pública provincial podemos encontrar varios agentes que por su condición reciben información reservada. Tal es el caso de los capellanes en las cárceles y comisarías, los defensores oficiales o los profesionales de la salud en hospitales y centros asistenciales públicos.

El tipo descrito en el art. 156 prevé que quien teniendo noticia, por razón de su estado¹³⁰, oficio¹³¹, empleo¹³², profesión¹³³ o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa.

¹²⁸ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 135. Este autor señala que el calificativo de “profesional” resulta algo inadecuado para abarcar otras hipótesis comprendidas en el tipo, tal el caso de sujetos respecto de los cuales no puede afirmarse sean estrictamente profesionales, de ahí que se castiga la revelación del secreto conocido por razón de estado, oficio, empleo, profesión o arte.

¹²⁹ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado de derecho penal*, t. V, 3ª ed. actual. Guillermo A. C. Ledesma, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, p. 340, § 111. Allí señaló: “...El carácter del secreto protegido lo da aquí más de una circunstancia: el hecho mismo, en cuanto a su naturaleza y conocimiento por terceros; la situación en la que el titular comunica el secreto y el depositario lo recibe; la condición del depositario. Desde el punto de vista objetivo, el hecho es secreto cuando no es del dominio de un número indeterminado de personas, ni está al alcance del conocimiento de ellas. El hecho en sí mismo no deja, pues, de ser secreto solamente porque es conocido, sino porque por su naturaleza y por las circunstancias, puede serlo. Hechos cuyo conocimiento es accesible a cualquiera, no pueden ser secretos”.

¹³⁰ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 135. “Estado de una persona, en el sentido de este artículo, es una situación social en virtud de la cual ella tiene acceso legítimo a secretos independientemente del ejercicio de una profesión y también prescindiendo de la naturaleza lucrativa o no lucrativa de la actividad que esa situación comporta, aunque, por regla, el lucro no entra en consideración. Lo importante es que se trate de una situación asumida por la persona con caracteres de duración o permanencia”. Da como ejemplos al sacerdote, ministros de otras religiones, monja, estudiante de Medicina, conviviente con persona obligada profesionalmente a guardar el secreto, y en casos en que el estado sea lucrativo encuadraría en los supuestos de oficio o empleo.

¹³¹ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 136. Entiende que se trata de aquellas personas que desempeñan funciones privadas que no son propiamente profesionales. Da como ejemplos: cerrajeros, institutrices, masajistas, enfermeros libres, domésticos, los que desempeñan un oficio dentro de un taller, los periodistas, etcétera.

¹³² SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 136. En esta categoría entran quienes se encuentren en relación de dependencia en el ámbito privado, ya que los empleados públicos se encuentran previstos en el tipo del art. 157, CPen.

DONNA, Edgardo A., *Derecho penal*, t. II-A: “Parte especial”, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 367. Señala: “Empleo es el trabajo de cualquier índole, retribuido o no, a las órdenes de un empleador público o privado”.

Entendemos que los empleados públicos están contemplados en el tipo del art. 156 cuando no se dé el particular supuesto previsto en el art. 157, tal el caso de no tratarse de un secreto previsto en las leyes.

¹³³ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 137. En el concepto de “profesión o arte” entran toda clase de actividades que suponen un título o autorización especiales, ejercidas como medio lucrativo

La divulgación del secreto para que se configure el ilícito debe poder causar un daño y que la revelación se produzca sin justa causa.

El daño puede ser cierto o potencial¹³⁴, es decir, encuadran también en la figura las situaciones de peligro.

Para que la revelación sea ilegítima tiene que haber sido sin justa causa, en caso contrario no se configura el delito.

3.2.1. *Justa causa y deber de secreto profesional*

De los tres ejemplos que dimos, capellán, defensor oficial, profesionales y auxiliares de la medicina, son estos últimos quienes han encontrado mayores problemas para definir cuál es su obligación frente a hechos o información recibida en el ejercicio de su función que por poder constituir delitos¹³⁵ generan una disyuntiva frente al deber de guardar secreto profesional.

Es así que frente al tipo previsto en el art. 156, CPen., el profesional o auxiliar de la medicina se encuentra con otro tipo de normas de fondo e instrumentales que le generan el deber de denunciar los hechos que hayan entrado a su esfera de conocimiento.

En este sentido, el art. 287¹³⁶ del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires prevé el deber de denunciar delitos perseguibles de oficio.

El inc. 1° impone a todo agente público denunciar los delitos que conozca en ocasión de sus funciones.

El inc. 2° establece el deber de médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar (tanto aquellos que se desempeñen en el ámbito público como privado), de denunciar los delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de la profesión, pero se exime de dicha responsabilidad cuando hayan tomado conocimiento de los hechos bajo el amparo del secreto profesional. Finalmente, este inciso consagra una presunción, en virtud de la cual se dispone que, salvo manifestación en contrario, se debe entender que el agente ha conocido los hechos bajo reserva de secreto profesional.

de vida, y reconocidas jurídicamente como legítimas. Ejemplos de ello son: abogados, procuradores, escribanos, médicos en general, dentistas, parteras.

¹³⁴ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 139.

¹³⁵ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 141. Señala que la justa causa puede no provenir necesariamente de cuestiones judiciales (deber de denunciar o atestiguar y encubrimiento) sino que la revelación deba ser hecha a un particular, por ejemplo cuando un médico pone en conocimiento de parientes del enfermo el peligro de contagio, a la nodriza el peligro de contagio nutricional o al padre de un menor la enfermedad de su hijo.

¹³⁶ Art. 287, CPP Bs. As.: "Denuncia obligatoria:

"Tienen obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

"1°) Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan con ocasión del ejercicio de sus funciones.

"2°) Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional, el cual, salvo manifestación en contrario, se presumirá.

"3°) Los obligados expresamente por el Código Penal".

Por otra parte, el art. 236¹³⁷ del Código ritual provincial consagra el deber de abstención de ser citados a prestar declaración testimonial a quienes por su estado, oficio o profesión hayan tomado conocimiento de los hechos, ello bajo sanción de nulidad.

El artículo realiza una enunciación, en la que cita a: ministros de un culto admitido, abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras o demás auxiliares del arte de curar; militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

Frente a estos artículos, el Código Penal en su título XI "Delitos contra la Administración Pública", consagra varias figuras vinculadas con el deber de denunciar ilícitos, dentro de las cuales, al deber de abstención, cabe confrontarlo fundamentalmente con el art. 277¹³⁸ incluido en el capítulo XIII "Encubrimiento" que, por su inc. 1° punto d), castiga a quien no denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal del tipo de delitos de que se trate.

Otras figuras en las que se contemplan obligaciones vinculadas con el efectivo cumplimiento de sus deberes y con la denuncia y persecución delictiva han sido con-

¹³⁷ Art. 236, CPen.: "Deber de abstención. Deberán abstenerse de declarar sobre los hechos secretos que hubieren llegado a su conocimiento en razón del propio estado, oficio o profesión, bajo sanción de nulidad, los ministros de un culto admitido; los abogados, procuradores y escribanos; los médicos, farmacéuticos, parteras o demás auxiliares del arte de curar; los militares y funcionarios públicos sobre secretos de Estado.

"Sin embargo, estas personas no podrán negarse a testificar cuando sean liberadas del deber de guardar secreto por el interesado.

"Si el testigo invocare erróneamente el deber de abstención, con respecto a un hecho que no puede estar comprendido en él, se procederá, sin más, a interrogarlo".

¹³⁸ Art. 277, CPen. (artículo sustituido por ley 25.815): "1.- Será reprimido con prisión de seis (6) meses a tres (3) años el que, tras la comisión de un delito ejecutado por otro, en el que no hubiera participado:

"a) Ayudare a alguien a eludir las investigaciones de la autoridad o a sustraerse a la acción de ésta.

"b) Ocultare, alterare o hiciere desaparecer los rastros, pruebas o instrumentos del delito, o ayudare al autor o partícipe a ocultarlos, alterarlos o hacerlos desaparecer.

"c) Adquiriere, recibiere u ocultare dinero, cosas o efectos provenientes de un delito.

"d) No denunciare la perpetración de un delito o no individualizare al autor o partícipe de un delito ya conocido, cuando estuviere obligado a promover la persecución penal de un delito de esa índole.

"e) Asegurare o ayudare al autor o partícipe a asegurar el producto o provecho del delito.

"2.- En el caso del inc. 1, c), precedente, la pena mínima será de un (1) mes de prisión, si, de acuerdo con las circunstancias, el autor podía sospechar que provenían de un delito.

"3.- La escala penal será aumentada al doble de su mínimo y máximo, cuando:

"a) El hecho precedente fuera un delito especialmente grave, siendo tal aquel cuya pena mínima fuera superior a tres (3) años de prisión.

"b) El autor actuare con ánimo de lucro.

"c) El autor se dedicare con habitualidad a la comisión de hechos de encubrimiento.

"d) El autor fuere funcionario público.

"La agravación de la escala penal, prevista en este inciso sólo operará una vez, aun cuando concuerreren más de una de sus circunstancias calificantes. En este caso, el tribunal podrá tomar en cuenta la pluralidad de causales al individualizar la pena.

"4.- Están exentos de responsabilidad criminal los que hubieren obrado en favor del cónyuge, de un pariente cuyo vínculo no excediere del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad o de un amigo íntimo o persona a la que se debiese especial gratitud. La exención no rige respecto de los casos del inc. 1, e) y del inc. 3, b)".

templadas en el art. 249¹³⁹ dentro del capítulo IV “Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos”, que castiga al funcionario público que “... ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio”, y en el art. 274¹⁴⁰ dentro del capítulo XI “Denegación y retardo de justicia” se sanciona al “...funcionario público que, faltando a la obligación a su cargo, dejare de promover la persecución y represión de delincuentes”, pudiendo eximirse de responsabilidad si demuestra que no lo hizo por “...un inconveniente insuperable”.

3.2.2. Posiciones divergentes en torno a la “justa causa”

Como expresáramos, la situación para quien se desempeña en un centro de salud es confusa, ya que estará en la disyuntiva entre guardar el secreto profesional y denunciar los presuntos delitos de los que tomare conocimiento en el ejercicio de sus funciones. Ambos deberes parecen hacerlo incurrir en delitos punibles por el Código Penal: por un lado, la violación del art. 156, por el otro, fundamentalmente el art. 277, punto 1, inc. d) ante las obligaciones surgidas del art. 287, incs. 1° y 2° del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, respectivamente, por su condición simultánea¹⁴¹ de funcionario público y profesional o auxiliar de la medicina.

Esta situación ha sido abordada fundamentalmente para tratar la legitimidad de los procesos que fueron iniciados en virtud de denuncias realizadas por médicos o directores de hospitales y en las que, la situación de éstos, generalmente es tratada tangencialmente, dado que lo es en el proceso en el que se encuentra imputada la persona atendida por el profesional.

3.2.3. Posición que hace prevalecer al art. 156, CPen.

De acuerdo con esta posición se considera que no es un supuesto de “justa causa” la posible comisión de un delito de quien, ante la disyuntiva entre poner en riesgo su vida y ser penado, recurre a un hospital. Debe prevalecer lo dispuesto en art. 18, CN (el art. 29¹⁴² de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires también proscribiera cualquier norma que obligue a una persona a declarar contra sí mismo en materia penal) en cuanto prohíbe la “autoincriminación”.

Esta postura fue modulada al permitir hacer valer la denuncia contra los coautores, cómplices o instigadores pero no contra quien recibe atención médica, tal lo

¹³⁹ Art. 249, CPen.: “Será reprimido con multa de pesos setecientos a pesos doce mil quinientos e inhabilitación especial de un mes a un año, el funcionario público que ilegalmente omitiere, rehusare hacer o retardare algún acto de su oficio”.

¹⁴⁰ Art. 274, CPen.: “El funcionario público que, faltando a la obligación de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delincuentes, será reprimido con inhabilitación absoluta de seis meses a dos años, a menos que pruebe que su omisión provino de un inconveniente insuperable”.

¹⁴¹ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 150. El autor ha entendido que los funcionarios públicos se encuentran sujetos exactamente al mismo deber de los profesionales particulares cuando prestan socorro en la situación de secreto.

¹⁴² Art. 29, Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “A ningún acusado se le obligará a prestar juramento, ni a declarar contra sí mismo en materia criminal, ni será encausado dos veces por un mismo delito”.

resuelto en el fallo plenario "Natividad Frías"¹⁴³. Edgardo Donna señala que al resolver el tribunal ha sido cauteloso, al permitir la investigación de terceros, cuya información formaba parte del secreto profesional¹⁴⁴.

Este tipo de posiciones otorga preeminencia al tipo sustancial previsto en el art. 156, CPen., por sobre las normas adjetivas en el art. 287 de la ley procesal provincial.

Para Carlos Fontán Balestra¹⁴⁵, el profesional incurriría en el delito de violación de secretos si éstos le han sido revelados por el interesado o quien lo representa, como también, con fundamento en base al principio de justicia, si aun sin habersele revelado tomó conocimiento en virtud del ejercicio de su profesión, tal el caso de quien entró inconsciente a un servicio médico.

Ricardo C. Nuñez enumera como supuestos de justa causa: 1) el consentimiento del interesado. Entendiendo por interesado en el secreto no al poseedor ni a quien lo lleva a noticia del obligado a guardarlo, sino aquel al que pertenece, se relaciona o afecta directamente el hecho que constituye objeto del secreto; 2) en defensa del propio interés, así también en defensa de los derechos de otro (art. 34, inc. 7°, CPen.), para lo que exige que concurren los requisitos legales necesarios (art. 34, inc. 6°, letras a y b, y 7°, CPen.), 3) por estado de necesidad (art. 35, inc. 3°, CPen.), 4) el ejercicio de un derecho, tal el caso del cobro de honorarios correspondientes al servicio prestado, 5) cuando una ley dispone la comunicación del secreto particular. Aquí distingue: a) la obligación del profesional del arte de curar de comunicar ciertos hechos, por ejemplo en caso de nacimientos, defunciones o enfermedades infectocontagiosas. Casos en que el secreto no desaparece, ya que los que oficialmente reciben la denuncia, como empleados, están obligados a guardar el secreto; da como ejemplo de excepción, el caso de secreto en el ámbito de las enfermedades declaradas, contagiosas o transmisibles por la ley 12.317 (art. 3°), que afectan los servicios de sanidad pública. b) Cuando la ley obliga a los funcionarios o empleados a denunciar delitos perseguibles de oficio que conozcan en el ejercicio de sus funciones; ésta sólo existiría para éstos cuando no presten o cooperen a prestar los auxilios propios de una profesión. c) Si la ley obliga a los profesionales en el arte de curar a denunciar a la autoridad los atentados personales en los cuales hayan restado los auxilios de su profesión. Aquí, frente a las normas procesales que pueden disponer dicha obligación, hace prevalecer la norma de fondo sobre aquélla, de lo que hace derivar

¹⁴³ C. Nac. Crimen, 26/8/1966, "Frías, Natividad", fallo plenario.

¹⁴⁴ DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, cit., p. 373.

¹⁴⁵ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado...*, cit., p. 346, § 111. Expresó: "Entendemos que ella debe ser interpretada en el sentido de que, cuando los médicos parteros, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar tuvieren conocimiento, en el ejercicio de esas funciones, de un delito contra la vida o la integridad física, están, en principio, obligados a denunciar el hecho a las autoridades competentes y, por tanto, al hacerlo, no incurrir en la violación de secretos que prevé el art. 156 del Código, pues actuaron *con justa causa*. Sin embargo, si quien reclamó los servicios de alguno de aquellos profesionales del arte de curar exigió expresamente de éstos que guardaran secreto respecto de su intervención, quedan exentos de la obligación de denunciar. Por un tiempo, hemos limitado la facultad del silencio a los casos de revelación efectuada expresamente bajo secreto profesional. Razones de justicia que Nuñez señala y encuentran su apoyo en el derecho de fondo, nos deciden a considerar dentro de la facultad de reserva también a las hipótesis en las que el profesional ha tenido conocimiento de los hechos con motivo del ejercicio de su profesión y sin que se le haya hecho mención expresa del secreto profesional (véase NUÑEZ, Ricardo C., *Derecho penal...*, cit., p. 131; conforme con la conclusión, aunque fundamentándola de un modo distinto, SOLER, Sebastián, *Derecho penal...*, cit., 107, IX)".

dos consecuencias importantes: la primera es que cabe aplicar como regla el secreto profesional y el deber de revelarlo la excepción, la segunda es que el profesional está obligado a guardar reserva no sólo del secreto que se le revela o manifiesta, como también de los que advierte en ocasión de prestar socorro.

Sebastián Soler¹⁴⁶, con cita del Código Procesal Penal nacional, entendió que no existe obligación de denunciar cuando ésta expone al necesitado a un proceso cuando su padecimiento fue resultado de su propia culpa criminal.

Da como ejemplo el caso de un sujeto que recibió lesiones de su esposa y que le transmite el hecho en confianza al profesional; el autor entendió que aquí tiene obligación de denunciar pero limitada a informar que atendió a una persona por lesiones por ser el paciente exclusivamente víctima, lo demás no, por lo que queda afuera lo atinente a la materialidad del delito y a la imputación.

El autor también se inclina por hacer prevalecer el deber de guardar secreto respecto de hechos desvinculados de los que motivan la atención profesional; por ejemplo el caso de un prófugo de la justicia, que ha resultado víctima de algún hecho. Para adoptar esta postura hace prevalecer razones de humanidad.

Señala como excepciones al deber de guardar secreto la colisión de éste frente a la necesidad de defender un interés legítimo o ejercer un derecho. Expresó que esto ocurre en dos hipótesis, cuando el médico fuere procesado por lesiones y cuando a los fines de su defensa le sea necesario hacer alguna revelación referente al caso, haciendo referencia a que para el profesional "la defensa es tan libre como para cualquier otro imputado"¹⁴⁷.

El autor también señala como excepción la consagración legislativa del deber de revelar, generalmente de determinada manera y en formas preestablecidas, respecto de circunstancias o hechos conocidos en el ejercicio de la profesión, en general, respecto de enfermedades peligrosas (leyes 11.359, sobre lepra; 12.317, sobre enfermedades contagiosas y transmisibles; 12.331, sobre enfermedades venéreas), pero entendió que sólo es lícita la revelación ordenada por la ley y no otra, ya que los propios funcionarios que reciben la denuncia quedan, a su vez, expresamente obligados por el secreto profesional en cuanto éste no afecte los servicios de santidad; cita el art. 2º, ley 12.317. Ejemplifica también con las obligaciones emanadas de la Ley de Registro Civil, arts. 38 y 71, referentes a nacimientos y defunciones, comunicaciones en las que puede existir la necesidad de hacer manifestaciones ordinariamente secretas¹⁴⁸.

Edgardo A. Donna¹⁴⁹, compartiendo estas posturas, señala que se ha confundido la discusión sobre el enfoque del problema, ya que, en el caso del aborto, no debe discutirse la obligación del médico frente al deber de salvar la salud de la madre o el de salvar la vida del niño, ya que los bienes jurídicos que confrontan son distintos, esto es, la salud de la madre y la obligación de denunciar. Entiende que no hay conflicto alguno ya que rige la obligación de guardar secreto sin justa causa para revelarlo. Señala que se está frente a un problema que se planteó más por cuestiones religiosas o ideológicas que jurídicas.

¹⁴⁶ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 148.

¹⁴⁷ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 149.

¹⁴⁸ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 143.

¹⁴⁹ DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, cit., p. 374.

Este autor señala que, frente a nuevas enfermedades que afectan a terceros¹⁵⁰, tal el caso del sida, el principio fundamental de preservar el secreto profesional puede tener tratamiento diferente.

3.2.4. Posición que hace prevalecer el deber de denunciar delitos de acción pública

De acuerdo con esta postura tenemos:

a) Hay justa causa de revelación cuando se está cumpliendo con la obligación de denunciar un delito de acción pública cuando ello está previsto como un mandato legal en forma expresa.

b) La justa causa no está definida por ley sino que debe quedar a la prudente interpretación de los jueces.

c) No se trata de un supuesto de autoincriminación forzada para preservar la vida, sino que es el desenlace natural de una acción ilícita ejecutada a sabiendas de los riesgos que previsiblemente podrían afrontarse.

d) Los valores en juego no pueden plantearse desde la opción prisión o muerte sino en la exigencia que el imputado puede hacer valer de debida asistencia médica y un proceso imparcial en la justicia penal¹⁵¹.

e) No puede hablarse de declaración cuando al momento de concurrencia al hospital todavía no se han puesto en marcha los mecanismos preventivos o judiciales.

f) Cabe distinguir la *notitia criminis* puesta en conocimiento de las autoridades encargadas de llevar adelante la investigación de la "denuncia" propiamente dicha.

g) La Constitución prohíbe compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que no realiza voluntariamente; esto no incluye los casos en que la evidencia es de índole material y producto de la libre voluntad.

h) Deben prevalecer las normas y los tratados internacionales que protegen el derecho a la vida, ya que lo que está en juego no es sólo la potestad punitiva del Estado.

¹⁵⁰ DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, cit., p. 374. Con cita de HUBERMAN, Karina, "El secreto profesional", señala que los casos que se pueden analizar son los siguientes: "a) Parejas sexuales conocidas". Aquí Huberman, de acuerdo con "Tasoff v. Regents de la Universidad de California", de la Corte de Norteamérica, afirma que es obligación proteger a terceras personas, máxime cuando la víctima sea identificable. "b) Personas que comparten agujas. c) Familia: la obligación no se extiende más allá de la persona que tiene contacto sexual conocido. d) La escuela y trabajo; allí no se admite ninguna excepción al principio establecido".

¹⁵¹ Corte Sup., 12/8/1997, Z 17 XXXI, "Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737", Fallos 320:1717. Considerando 9º del voto de la mayoría (Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Guillermo A. F. López, Adolfo Roberto Vázquez): "Que, en atención a los valores en juego en el proceso penal resulta inadmisibles plantear la cuestión de la prohibición de la autoincriminación desde la opción del *a quo* —prisión o muerte— puesto que el legítimo derecho de la imputada de obtener asistencia médica en un nosocomio debe relacionarse con los requerimientos fundamentales del debido proceso en la administración imparcial de la justicia penal.

"Así, la idea de justicia impone que el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito sea conjugado con el del individuo sometido a proceso en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro".

i) La comunicación del hecho revelado es válida porque se está privilegiando la protección del derecho a la vida o a la integridad física mediante el castigo de delitos de acción pública, cuando en el caso del tipo previsto en el art. 156 se protege un delito de instancia privada.

j) Siguiendo la tesis contraria (la que impide la denuncia), cualquier autor de un delito podría especular concurriendo a un hospital con el solo fin de hacer jugar la garantía de proscripción de la autoinculpación y neutralizar la pesquisa. En este sentido la investigación tendría vedado no sólo tomar los hechos denunciados sino también los efectos obtenidos de la intervención médica en un hospital.

k) No puede argumentarse que hay ilicitud *a priori* en el caso del médico que pone en conocimiento un hecho delictivo porque el delito previsto en el art. 156 es de instancia privada y que para su configuración requiere una serie de requisitos que deben ser constatados en la eventual instrucción judicial, por lo que adoptar una posición como la expuesta significaría adelantarse a una situación hipotética.

3.3. Situación del profesional o auxiliar de la medicina

De acuerdo con la primera posición, el profesional o agente denunciante podría incurrir en el delito de violación del deber de guardar secreto previsto en el art. 156, CPen., en caso de realizar la denuncia.

De acuerdo con la segunda posición, en una versión extrema, se debería entender que la no comunicación de los hechos delictivos lo haría incurrir en el delito de encubrimiento previsto en el art. 277, inc. 1 d), CPen.

Por otro lado, una postura intermedia podría sostener que frente a un delito de acción pública, el profesional —el que también podría tener la condición de agente estatal— se encuentra exento del deber de denunciar previsto en las leyes adjetivas (tal el caso del art. 287, inc. 2º, CPP Bs. As.) y que éste no genera una prohibición de denunciar sino que la exención elimina la obligación de denunciar el delito. Con ello la ley no impondría la reserva sino que la autoriza, ya que, por ser el principio general la denuncia de los delitos de acción pública, su cumplimiento no podría ocasionar una sanción¹⁵².

Así también se excluyó de responsabilidad al director médico, quien recibiera la noticia del presunto hecho ilícito en el ejercicio de sus funciones, por no ser quien tiene el deber de guardar el secreto profesional por no haber sido quien ha tenido una relación particularizada con el paciente¹⁵³.

¹⁵² MORENO (h.), Rodolfo, *El Código Penal y sus antecedentes*, t. V, Tommasi, Buenos Aires, 1923, ps. 37/38, citado en resolución de la C. Nac. Crim. y Corr., sala 7ª, 1/4/2007, “G., N”, voto de los Dres. Juan E. Cicciaro y Abel Bonorino Peró.

Sup. Corte Bs. As., 7/7/1992, P 39085, “I., D. s/aborto”. En su voto, el Sr. juez Ghione hace mención a esta posición: “El art. 75 n.a. del Código Procesal (invocado en el caso, en su actual numeración, como art. 82) no fue transgredido por el denunciante ya que en su primera parte impone la obligación de denunciar y en la segunda solamente deja sin efecto tal obligación (se exceptúa de la obligación), pero no prevé prohibición alguna”.

¹⁵³ Resolución del Trib. Casación Penal Bs. As., sala 1ª, 26/11/2002, nro. 6353, “Recurso de Casación interpuesto por el Ministerio Público Fiscal en causa nro. 6193” (Dres. Benjamín Ramón Sal Llargués, Carlos Ángel Natiello y Horacio Daniel Piombo).

3.4. Nuestra opinión

Las posiciones descriptas se ven reflejadas en distintos criterios jurisprudenciales que adoptan posiciones encontradas, tanto a nivel provincial como nacional, en tribunales de grado como en los máximos tribunales. Las posiciones valorativas parecen variar conforme al tipo de ilícito.

La mayor parte de los casos tratados y destacados jurisprudencialmente corresponden a delitos de aborto denunciados por médicos o directores de hospitales públicos¹⁵⁴ respecto de personas de condición social humilde, sin contar que muchas veces se trata de menores adolescentes que en muchos casos han utilizando métodos de grave riesgo personal, producto de las mismas necesidades económicas en las que se encuentran. Frente a esta realidad difícilmente encontremos algún precedente de denuncia realizada por médicos o directores de clínicas o sanatorios privados y creemos que esta realidad es puesta en la balanza al momento de sentenciar.

Distinta ha sido la posición jurisprudencial asumida frente a otro tipo de delitos respecto de la “la justa causa” y el deber de denunciar ilícitos, tal el caso de delitos con estupefacientes. Aquí, si bien muchas veces también hay una realidad económica precaria de trasfondo de quienes utilizan su cuerpo para transportar droga, la valoración es diferente, y la obligación de denunciar el ilícito, como la legalidad del proceso incoado en virtud de esta ponderación, prevalece.

Sin perjuicio de estas posturas, lo que debe quedar en claro es que la conducta del profesional o director del nosocomio no puede ser punible, ya que si efectiviza la denuncia ha considerado que hubo una “justa causa” para ello y, si no la efectúa, tampoco correspondería aplicar el art. 277, inc. 1 d), frente al secreto profesional.

Consideramos que debe distinguirse el relato de los hechos que el paciente involucrado le realizara al profesional —lo que pudo haberse hecho bajo condición de guardar el secreto en forma expresa o implícita— de los indicios que surgen de la propia atención y los elementos que pueden recabarse en dicha ocasión; tal es el caso de que se hallare el cuerpo del delito (un arma, una bala, elementos robados, etc.).

Éste parece ser el criterio que se desprende del fallo de la sala 2ª de la Cámara Nacional de Casación Penal en el caso “Valdivieso”¹⁵⁵, con cita del precedente

¹⁵⁴ DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, cit., p. 372. Destaca el voto en disidencia de los Dres. Fayt, Belluscio, Petracci y Bossert en causa “Zambrana Daza”, en el que se señala el privilegio irritante que se produciría de aceptar el deber de denunciar frente a quienes pueden pagar servicios privados y estarían resguardados por el secreto profesional.

¹⁵⁵ C. Nac. Casación Penal, sala 2ª, 12/11/2003, “Valdivieso, César A.” (magistrados votantes Raúl Madueño, Juan E. Fégoli, Pedro R. David): “En el precedente ‘Zambrana Daza’, de previa cita, la Corte señaló que el riesgo tomado a cargo por el individuo que delinque y que decide concurrir a un hospital público en procura de asistencia médica incluye el de que la autoridad pública tome conocimiento del delito cuando las evidencias son de índole material, siendo que vedar automáticamente la investigación de las pistas que pudieran surgir del secuestro de efectos obtenidos a raíz de la concurrencia de quien delinque a un nosocomio público significaría erigir un obstáculo legal a la persecución del delito y alentar la difusión del medio de comisión empleado, con grave menoscabo de los bienes jurídicos de relevante jerarquía que ampara el tipo penal del tráfico de estupefacientes”.

“Zambrana Daza” de la Corte Suprema¹⁵⁶, si bien en el primero se hace mención a las evidencias de índole material obtenidas en la atención médica, en la cita del precedente, correspondiente al voto del Dr. Boggiano, no se hace mención alguna a qué elementos aportados entiende como razonables. Éstos pueden ir desde: a) la puesta en conocimiento de hechos verificados por su actuación profesional, b) elementos materiales recabados, c) información requerida al paciente o información suministrada voluntariamente por el paciente; en este último caso, con exigencia o no de guardar secreto. Consideramos que en los dos primeros supuestos el profesional está en condiciones de informar y poner a disposición de la investigación los objetos obtenidos.

Recordemos que los casos de personas que concurren a un hospital como consecuencia de haber cometido un delito no se agotan con los supuestos de aborto y delitos vinculados con estupefacientes, también podemos encontrar casos vinculados a homicidios, robos, violaciones, secuestros, delitos contra la seguridad pública, delitos contra la salud pública, contra el orden público, contra la seguridad de la nación o contra los poderes públicos y el orden constitucional. La lista es numerosa y la gravedad y el disvalor de cada uno de ellos también es dispar.

3.5. Deber de guardar secreto previsto en las leyes. Revelación de secreto oficial

El art. 157, CPen., sanciona al “funcionario público que revelase hechos, actuaciones o documentos o datos, que por ley deben ser secretos”. No define específicamente respecto de qué cuestiones debe guardarse secreto, sino que reenvía a los supuestos que estén previstos en las leyes.

El sujeto activo siempre debe ser un funcionario público y el conocimiento del secreto debe ser en razón del cargo que ocupa. La acción no consiste en divulgar sino revelar, por lo que no es necesaria su difusión masiva¹⁵⁷ o publicación¹⁵⁸.

¹⁵⁶ Sentencia del 12/8/1997, Z 17 XXXI, “Zambrana Daza, Norma Beatriz s/ infracción a la ley 23.737”, Fallos 320:1717. En el considerando 9º de su voto, el Dr. Boggiano expresa: “Que vedar automáticamente la investigación de las pistas que pudieran surgir del secuestro de efectos obtenidos a raíz de la concurrencia de quien delinque a un nosocomio público significaría erigir un obstáculo legal a la persecución del delito y alentar la difusión del medio de comisión empleado en la especie. Todo ello con grave menoscabo de los bienes jurídicos de relevante jerarquía que ampara el tipo penal en juego en el *sub examine*: la salud pública, la protección de los valores morales, de la familia, de la sociedad, de la juventud, de la niñez y, en última instancia, la subsistencia misma de la Nación y hasta de la humanidad toda (Fallos 313:1333, consid. 13 y su cita)”.

¹⁵⁷ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 152. “Divulgar no quiere decir comunicar a una persona, pero tampoco quiere decir publicar”. “Basta la comunicación a terceras personas que no tengan acceso legítimo al secreto”.

¹⁵⁸ DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, cit., p. 377.

El deber de secreto fue previsto expresamente en el título V de la Ley 21.526 de Entidades Financieras, al regular en el art. 39¹⁵⁹ la situación de las entidades financieras y en el art. 40¹⁶⁰ la del Banco Central de la República Argentina.

También consagran el deber de guardar secreto los arts. 8^o 161, 46¹⁶² y 48¹⁶³, Ley 17.811 Reguladora de Bolsas y Mercado de Valores. Este deber ha sido excepcionado por el art. 1^o, ley 23.271¹⁶⁴, tanto en el caso de los artículos mencionados

¹⁵⁹ Art. 39, ley 21.526 (título modificado por el art. 3^o, ley 24.144): "Las entidades comprendidas en esta ley no podrán revelar las operaciones pasivas que realicen.

"Sólo se exceptúan de tal deber los informes que requieran:

"a) los jueces en causas judiciales, con los recaudos establecidos por las leyes respectivas;

"b) el Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus funciones;

"c) los organismos recaudadores de impuestos nacionales, provinciales o municipales sobre la base de las siguientes condiciones:

"— debe referirse a un responsable determinado;

"— debe encontrarse en curso una verificación impositiva con respecto a ese responsable, y

"— debe haber sido requerido formal y previamente.

"respecto de los requerimientos de información que formule la Dirección General Impositiva, no serán de aplicación las dos primeras condiciones de este inciso.

"d) las propias entidades para casos especiales, previa autorización expresa del Banco Central de la República Argentina.

"El personal de las entidades deberá guardar absoluta reserva de las informaciones que lleguen a su conocimiento".

¹⁶⁰ Art. 40, ley 21.526 (título modificado por el art. 3^o, ley 24.144): "Las informaciones que el Banco Central de la República Argentina reciba o recoja en ejercicio de sus funciones, vinculadas a operaciones pasivas, tendrán carácter estrictamente confidencial.

"El personal del Banco Central de la República Argentina, o de auditorías externas que éste contrate para cumplir sus funciones, deberá guardar absoluta reserva sobre las informaciones que lleguen a su conocimiento. Los profesionales intervinientes en dichas auditorías externas quedarán sujetos a las disposiciones de los arts. 41 y 42 de la presente ley.

"Las informaciones que publique o exija hacer públicas el Banco Central de la República Argentina, sobre las entidades comprendidas en esta ley, mostrarán los diferentes rubros que, para las operaciones pasivas, como máximo podrán contener la discriminación del Balance General y cuenta de resultados mencionados en el art. 36".

¹⁶¹ Art. 8^o, ley 17.811: "Las informaciones recogidas por la Comisión Nacional de Valores, en ejercicio de sus facultades de inspección e investigación tienen carácter secreto. Los jueces deben rechazar de oficio todo pedido de requerimiento de dichas informaciones a la Comisión, salvo en los procesos penales por delitos comunes directamente vinculados con los hechos que se investiguen".

¹⁶² Art. 46, ley 17.811: "Los agentes de Bolsa deben guardar secreto a las operaciones que realicen por cuenta de terceros, así como de sus nombres. Sólo pueden ser relevados de esta obligación por decisión judicial dictada en proceso criminal vinculado a esas operaciones o a terceros relacionados con ellas.

"Sólo pueden aceptar órdenes de personas que previamente hayan acreditado su identidad y demás datos personales y registrado su firma en el registro que a ese efecto deben llevar".

¹⁶³ Art. 48, ley 17.811: "Los mercados de valores pueden inspeccionar los libros y documentos de los agentes de Bolsa, y solicitarles toda clase de informes.

"Las informaciones obtenidas sólo pueden ser relevadas, mediando las circunstancias señaladas en el art. 46".

¹⁶⁴ Art. 1^o, ley 23.271: "El secreto establecido en el Título 5 de la ley 21.526 y en los arts. 8^o, 46 y 48, ley 17.811 no regirá para las informaciones que, en cumplimiento de sus funciones legales, solicite la Dirección General Impositiva, a cualquiera de las entidades o sujetos comprendidos en los regímenes de las citadas leyes y sus modificaciones. Estas informaciones podrán ser de carácter particular o general y referirse a uno o varios sujetos determinados o no, aun cuando él o los mismos no se encuentren bajo fiscalización. En materia bursátil, las informaciones requeridas no pueden referirse a operaciones en curso de realización o pendientes de liquidación".

como en el del título V de la Ley de Entidades Financieras, cuando lo solicitare para el cumplimiento de sus funciones la Dirección General Impositiva.

El derecho a la intimidad frente a determinadas enfermedades también ha recibido protección. Un ejemplo de ello lo encontramos en la Ley 23.798 de Lucha contra el Sida, disponiendo en el art. 2º¹⁶⁵ el resguardo de los enfermos de sida, codificando la información relativa a éstos y regulando los supuestos en los cuales se puede brindar información, algunos de los cuales lo establecen en forma obligatoria por tratarse de una enfermedad infectocontagiosa. La reglamentación precisa la prohibición y los supuestos de excepción¹⁶⁶.

3.5.1. *El deber de guardar secreto en la provincia de Buenos Aires*

En el ámbito provincial, el Código Fiscal tiene diversos artículos que se refieren al deber de guardar secreto respecto de información crítica de los contribuyentes. En este sentido el art. 137¹⁶⁷ prescribe que las declaraciones juradas, comunicaciones e

¹⁶⁵ Art. 2º, ley 23.798: "Las disposiciones de la presente ley y de las normas complementarias que se establezcan, se interpretarán teniendo presente que en ningún caso pueda:

"a) afectar la dignidad de la persona;

"b) producir cualquier efecto de marginación, estigmatización, degradación o humillación;

"c) exceder el marco de las excepciones legales taxativas al secreto médico que siempre se interpretarán en forma respectiva;

"d) incursionar en el ámbito de la privacidad de cualquier habitante de la Nación Argentina;

"e) individualizar a las personas a través de fichas, registros o almacenamiento de datos, los cuales, a tales efectos, deberán llevarse en forma codificada".

¹⁶⁶ Art. 2º, decreto reglamentario 1244/1991: "Incs. a) y b).— Para la aplicación de la ley y de la presente Reglamentación deberán respetarse las disposiciones de la Convención Americana sobre Derechos Humanos llamada Pacto de San José de Costa Rica, aprobada por ley 23.054, y de la ley Antidiscriminatoria 23.592.

"Inc. c) Los profesionales médicos, así como toda persona que por su ocupación tome conocimiento de que una persona se encuentra infectada por el virus HIV, o se halle enferma de sida, tienen prohibido revelar dicha información y no pueden ser obligados a suministrarla, salvo en las siguientes circunstancias:

"1. A la persona infectada o enferma, o a su representante, si se tratara de un incapaz.

"2. A otro profesional médico, cuando sea necesario para el cuidado o tratamiento de una persona infectada o enferma.

"3. A los entes del Sistema Nacional de Sangre creado por el art. 18, ley 22.990, mencionados en los incs. s), b), c), d), e), f), h) e i), del citado artículo, así como a los organismos comprendidos en el art. 7º, ley 21.541.

"4. Al Director de la Institución Hospitalaria, en su caso al Director de su servicio de Hemoterapia, con relación a personas infectadas o enfermas que sean asistidas en ellos, cuando resulte necesario para dicha asistencia.

"5. A los Jueces en virtud de auto judicial dictado por el Juez en causas criminales o en las que se ventilen asuntos de familia.

"6. A los establecimientos mencionados en el art. 11, inc. b), Ley de Adopción 19.134. Esta información sólo podrá ser transmitida a los padres sustitutos, guardadores o futuros adoptantes.

"7. Bajo responsabilidad del médico a quien o quienes deban tener esa información para evitar un mal mayor.

"Inc. d) Sin reglamentar.

"Inc. e) Se utilizará, exclusivamente, un sistema que convine las iniciales del nombre y del apellido, día y año de nacimiento. Los días y meses de un solo dígito serán antepuestos de número cero (0)".

¹⁶⁷ Art. 137, Código Fiscal: "Las declaraciones juradas, comunicaciones e informes que los contribuyentes, responsables o terceros presenten a la Autoridad de Aplicación, son secretos, así como los

informes que presenten ante el organismo de aplicación los contribuyentes, responsables o terceros son secretos. Este deber se extiende también al Tribunal Fiscal de Apelaciones de la Provincia de Buenos Aires respecto de la información que tramita ante éste, limitando su alcance en esta instancia a la información referente a la situación u operaciones económicas de los sujetos mencionados, o cuando se trate de datos personales o de familiares. En el segundo párrafo de la norma se extiende el deber a los magistrados y empleados judiciales.

La norma permite excepcionar el deber respecto de sus jefes a solicitud de los interesados pero sometido a su evaluación de oportunidad. Entendemos que, interesado, dado el carácter de la información, debe ser la o las personas a las que se refiere la información o quien la suministrare, ya que entender en este caso que el término "interesados" es sinónimo de "interés legítimo" se contrapondría con el propio deber de reserva destinado a resguardar información que el Fisco obtiene específicamente para cumplir con sus fines; así también el juicio de oportunidad ante el pedido debe tener en cuenta la protección de dicha finalidad, potestad que debe ponderarse frente al derecho de toda persona a conocer los datos que se refieran a él, garantizado por el art. 43, tercer párrafo, CN; y 20, punto 3, Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

También podrán solicitar la información fiscal quienes por ley estén habilitados para ello, tal el caso del último párrafo del artículo, en el que se permite solicitar informes a otros organismos de la Administración Pública provincial en ejercicio de sus funciones específicas, las municipalidades de la Provincia o, previo acuerdo de reciprocidad, el Fisco nacional y otros fiscos provinciales. Obviamente cada organismo deberá justificar y fundar el motivo de la solicitud para verificar si corresponde suministrarla, circunstancia que será más fácil respecto de otros organismos de recaudación dada la similitud de competencias, pero ello no los exime de acreditarse el motivo ya que, por ejemplo, no correspondería que éstos solicitaran información correspondiente a personas que en sus jurisdicciones no fueran contribuyentes o respecto de las cuales no hay fundadas sospechas que estén ejerciendo actividad económica dentro de su esfera de competencia.

El art. 138¹⁶⁸ del Código Fiscal de la Provincia de Buenos Aires establece otra excepción al deber de guardar secreto respecto de la información crítica de los

juicios ante el Tribunal Fiscal, en cuanto en ellos se consignen informaciones referentes a la situación u operaciones económicas de aquéllos o a sus personas o a las de sus familiares.

"Los magistrados, funcionarios, empleados judiciales o de la Autoridad de Aplicación están obligados a mantener, en el ejercicio de sus funciones, la más estricta reserva, con respecto a cuanto llegue a su conocimiento en relación con la materia a que se refiere el párrafo anterior, sin poder comunicarlo a nadie, salvo a sus superiores jerárquicos o, si lo estimare oportuno, a solicitud de los interesados.

"Las informaciones antedichas no serán admitidas como pruebas en causas judiciales debiendo los jueces rechazarlas de oficio, salvo en los procesos penales por delitos comunes cuando aquéllas se hallen directamente relacionadas con los hechos que se investiguen o que las solicite el interesado, siempre que la información no revele datos referentes a terceros.

"El deber de secreto no alcanza a la utilización de las informaciones por la Autoridad de Aplicación para la fiscalización de obligaciones tributarias diferentes de aquellas para las cuales fueron obtenidas, ni subsiste frente a pedidos de informes de otros organismos de la Administración Pública provincial en ejercicio de sus funciones específicas, las Municipalidades de la Provincia o, previo acuerdo de reciprocidad, del Fisco Nacional u otros fiscos provinciales (párrafo modificado por ley 13.529)".

¹⁶⁸ Art. 138, Código Fiscal: "Facúltase al Poder Ejecutivo para disponer, con alcance general y bajo las formas que reglamentará, que la Dirección Provincial de Rentas publique periódicamente la

sujetos que la han suministrado al Fisco, o éste la posee con motivo del control que ejercen sobre éstos, por medios informáticos o requerida a terceros.

La norma habilita al Fisco a difundir listados de contribuyentes y responsables, respecto de aquellos que cumplan como de quienes sean morosos. La información que puede dar a publicidad se puede referir tanto a los conceptos (es decir, los impuestos u obligaciones cumplidas) como a los ingresos que consecuentemente hayan sido abonados, pero también a la falta de presentación de declaraciones juradas y omisión de pago. La norma pone un límite temporal respecto de los períodos que pueden difundirse, el que ha perdido actualidad teniendo en cuenta los plazos de prescripción previstos en el Código Fiscal.

El segundo párrafo del art. 138 habilita al organismo de aplicación a celebrar convenios tanto con el Banco Central como con organizaciones dedicadas a brindar información vinculada con la solvencia económica y el riesgo crediticio con el objeto de publicar la nómina de los sujetos morosos. En el ámbito nacional, el secreto fiscal se encuentra regulado en el art. 101¹⁶⁹, Ley 11.683 de Procedimientos Fiscales, y en

nómina de los responsables de los impuestos que la misma recauda, pudiendo indicar en cada caso tanto los conceptos e ingresos que hubieran satisfecho, como la falta de presentación de las declaraciones juradas y pagos respectivos por los mismos períodos impositivos, respecto de las obligaciones vencidas con posterioridad al 1 de enero de 1992.

”A los fines de dicha publicación, no será de aplicación el secreto fiscal previsto en el artículo anterior.

”Asimismo, la Dirección Provincial de Rentas podrá celebrar convenios con el Banco Central de la República Argentina y con organizaciones dedicadas a brindar información vinculada a la solvencia económica y al riesgo crediticio, debidamente inscriptas en el registro que prevé el art. 21, ley 25.326, para la publicación de la nómina de contribuyentes o responsables deudores de los tributos provinciales. (incorporado tercer párrafo por ley 13.405 [BO del 30/12/2005] vigente 8/1/2006)”.

¹⁶⁹ Art. 101, ley 11.683: “Las declaraciones juradas, manifestaciones e informes que los responsables o terceros presentan a la Administración Federal de Ingresos Públicos, y los juicios de demanda contenciosa en cuanto consignen aquellas informaciones, son secretos.

”Los magistrados, funcionarios, empleados judiciales o dependientes de la Administración Federal de Ingresos Públicos, están obligados a mantener el más absoluto secreto de todo lo que llegue a su conocimiento en el desempeño de sus funciones sin poder comunicarlo a persona alguna, ni aun a solitud del interesado, salvo a sus superiores jerárquicos.

”Las informaciones expresadas no serán admitidas como pruebas en causas judiciales, debiendo los jueces rechazarlas de oficio, salvo en las cuestiones de familia, o en los procesos criminales por delitos comunes cuando aquéllas se hallen directamente relacionadas con los hechos que se investiguen, o cuando lo solicite el interesado en los juicios en que sea parte contraria el Fisco Nacional, provincial o municipal y en cuanto la información no revele datos referentes a terceros.

”Los terceros que divulguen o reproduzcan dichas informaciones incurrirán en la pena prevista por el art. 157, CPen., para quienes divulguen actuaciones o procedimientos que por la ley deben quedar secretos.

”No están alcanzados por el secreto fiscal los datos referidos a la falta de presentación de declaraciones juradas, a la falta de pago de obligaciones exigibles, a los montos resultantes de las determinaciones de oficio firmes y de los ajustes conformados, a las sanciones firmes por infracciones formales o materiales y al nombre del contribuyente o responsable y al delito que se le impute en las denuncias penales. La Administración Federal de Ingresos Públicos, dependiente del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos (según decreto 90/2001 debe entenderse Jefatura de Gabinete de Ministros), queda facultada para dar a publicidad esos datos, en la oportunidad y condiciones que ella establezca. (párrafo incorporado por art. 1º, decreto 606/1999 BO del 9/6/1999).

”El secreto establecido en el presente artículo no regirá:

”a) Para el supuesto que, por desconocerse el domicilio del responsable, sea necesario recurrir a la notificación por edictos.

el art. 102¹⁷⁰, la posibilidad de publicación de información relativa a determinadas obligaciones impositivas.

Sin entrar en las diferencias que posee este artículo con su similar provincial por exceder el tratamiento del presente punto, es de notar que el art. 101, ley 11.683, en su cuarto párrafo dispone: "Los terceros que divulguen o reproduzcan dichas informaciones incurrirán en la pena prevista por el art. 157, CPen., para quienes divulguen actuaciones o procedimientos que por la ley deben quedar secretos".

El art. 157 solamente contempla como sujeto activo al funcionario público, por lo que la mención a terceros en el párrafo del art. 101, ley 11.683 citada, no está refiriéndose a quienes resultan pasibles de ser sancionados en los términos del propio art. 157 sino que parece extender la sanción del tipo penal allí previsto a la violación del deber de guardar secreto consagrada en dicho párrafo a quienes, sin ser funcionarios públicos, divulguen o reproduzcan la información reservada. Con ello, más allá de la inconveniencia de regular un tipo penal en una ley de procedimientos administrativos, la figura complementa a la prevista en el art. 157, CPen., para el

"b) Para los Organismos recaudadores nacionales, provinciales o municipales siempre que las informaciones respectivas estén directamente vinculadas con la aplicación, percepción y fiscalización de los gravámenes de sus respectivas jurisdicciones.

"c) Para personas o empresas o entidades a quienes la Administración Federal de Ingresos Públicos encomiende la realización de tareas administrativas, relevamientos de estadísticas, computación, procesamiento de información, confección de padrones y otras para el cumplimiento de sus fines. En estos casos regirán las disposiciones de los tres (3) primeros párrafos del presente artículo, y en el supuesto que las personas o entes referidos precedentemente o terceros divulguen, reproduzcan o utilicen la información suministrada u obtenida con motivo o en ocasión de la tarea encomendada por el Organismo, serán pasibles de la pena prevista por el art. 157, CPen.

"La Dirección General Impositiva dependiente de la Administración Federal de Ingresos Públicos estará obligada a suministrar, o a requerir si careciera de la misma, la información financiera o bursátil que le solicitaran, en cumplimiento de las funciones legales, la Dirección General de Aduanas dependiente de la Administración Federal de Ingresos Públicos, la Comisión Nacional de Valores y el Banco Central de la República Argentina, sin que pueda alegarse respecto de ello el secreto establecido en el Título V de la ley 21.526 y en los arts. 8º, 46 y 48, ley 17.811, sus modificatorias u otras normas legales pertinentes.

"d) Para los casos de remisión de información al exterior en el marco de los Acuerdos de Cooperación Internacional celebrados por la Administración Federal de Ingresos Públicos con otras Administraciones Tributarias del exterior, a condición de que la respectiva Administración del exterior se comprometa a:

"1. tratar a la información suministrada como secreta, en iguales condiciones que la información obtenida sobre la base de su legislación interna;

"2. entregar la información suministrada solamente a personal o autoridades (incluso a tribunales y órganos administrativos), encargados de la gestión o recaudación de los tributos, de los procedimientos declarativos o ejecutivos relativos a los tributos o, la resolución de los recursos con relación a los mismos; y

"3. utilizar las informaciones suministradas solamente para los fines indicados en los apartados anteriores, pudiendo revelar estas informaciones en las audiencias públicas de los tribunales o en las sentencias judiciales (inc. d) incorporado por la ley 25.795)".

¹⁷⁰ Art. 102, ley 11.683: "El Poder Ejecutivo Nacional podrá disponer con alcance general y bajo las formas y requisitos que establezca la reglamentación, que los Organismos recaudadores de los impuestos a las ganancias, sobre los activos, sobre los bienes personales no incorporados al proceso económico y al valor agregado, así como de los aportes y contribuciones al sistema nacional de seguridad social, publiquen periódicamente la nómina de los responsables de los mismos, indicando en cada caso los conceptos e ingresos que hubieran satisfecho respecto de las obligaciones vencidas con posterioridad al 1 de enero de 1991.

"A los fines de dicha publicación, no será de aplicación el secreto fiscal previsto en el art. 101".

supuesto específico de violación del deber de guardar secreto fiscal conforme a las previsiones de los arts. 101 y 102, ley 11.683. El alcance de este artículo sólo involucra a la información objeto de secreto fiscal por el Fisco nacional y no respecto de otras jurisdicciones.

El mismo art. 101, ley 11.683, en su párrafo sexto, punto c), extiende, para el caso de encomendar a personas o empresas la realización de tareas administrativas, relevamientos, estadísticas, computación, procesamiento de información, confección de padrones y cualquier otra tarea para el cumplimiento de sus fines, el deber de guardar secreto y, para el caso de violación por divulgación, reproducción o utilización de la información suministrada u obtenida con motivo o en ocasión de la tarea encomendada por el organismo, les será extensiva la pena prevista en el art. 157, CPen.

La Ley 13.406 de Ejecución de Créditos Fiscales por Tributos, Accesorios y Multas de la Provincia de Buenos Aires y sus Municipalidades consagra otro supuesto reglado del deber de guardar secreto, tal es el caso del art. 6º, inc. a), punto 4), último párrafo¹⁷¹ de la norma, destinado a regular cuestiones relativas a la traba de embargo de bienes existentes en cajas de seguridad. Allí se prevé la obligación del oficial de justicia que lleve adelante la medida de guardar el secreto respecto de los efectos personales sin valor económico que, obviamente, no serán objeto de embargo.

3.5.2. Ley 23.526 de Protección de los Datos Personales

3.5.2.1. Acceso ilegítimo a un banco de datos personales o revelación ilegítima desde éste

Esta ley tiene gran importancia por reglamentar la garantía de hábeas data prevista en el art. 43, CN, pero, a los fines que aquí nos interesan tiene varias disposiciones vinculadas con el deber de guardar secreto, cuyos efectos se extienden a la esfera de los agentes estatales de la provincia de Buenos Aires.

En primer lugar, siguiendo el análisis de los tipos penales que integran el capítulo de violación de secretos del Código Penal, uno de ellos fue incorporado por esta ley, éste es el art. 157 bis (luego modificado por ley 26.388). En esta figura se castigan tres situaciones diferentes: en el inc. 1º, a quien accediere ilegítimamente a un banco de datos personales violando sistemas de confidencialidad y seguridad; en el inc. 2º, a “quien ilegítimamente proporcionare o revelare a otro información re-

¹⁷¹ Art. 6º, ley 13.406: “Al inicio del juicio de apremio o con posterioridad y en cualquier estado del proceso, la parte actora podrá solicitar toda medida cautelar o modificación de las decretadas con anterioridad, y el juez deberá disponerla, en el término de veinticuatro horas, sin más recaudos ni necesidad de acreditación de peligro en la demora, todo ello bajo responsabilidad del Fisco. A tal fin, no resultará de aplicación lo previsto en el art. 204 del Código Procesal Civil y Comercial.

”Podrá solicitarse, entre otras:

”a) Traba de embargos sobre:

”...4) Bienes inmuebles y muebles sean o no registrables. Los Registros Públicos deberán informar en forma simultánea la toma de razón de la cautelar y la existencia de cualquier otra restricción, gravamen o derecho real constituido e inscripto con anterioridad.

”En caso de embargo de bienes existentes en caja de seguridad, el Juez ordenará el procedimiento sin más trámite. El oficial de justicia que lleve a cabo la medida y quienes participen en la misma, deberán preservar el derecho a la intimidad del titular de la caja de seguridad, guardando secreto respecto a la existencia de efectos personales no susceptibles de valor económico”.

gistrada en un banco de datos personales cuyo secreto estuviere obligado a preservar por disposición de una ley". El inc. 3° fue incorporado por la ley 26.388 y castiga con la misma pena a quien "ilegítimamente insertare o hiciere insertar datos en un archivo de datos personales". De la mano de esta incorporación se suprime, por ley 26.388, el inc. 1° del art. 117 bis que castigaba con la misma pena y contemplaba el mismo ilícito que ahora se encuentra contemplado en este inciso.

El último párrafo del artículo agrava la pena para el caso que el autor fuere un funcionario público, adicionándole pena de inhabilitación especial de uno a cuatro años.

Todos los supuestos contemplan figuras de tipo dolosas y, en todas, puede resultar sujeto activo un funcionario público; en el primer, caso accediendo mediante la violación de un sistema; en el segundo, abusando de su función divulgando información que posee bajo su cuidado; en el tercero, puede cometer el ilícito por acceso ilegítimo o por abuso en su función.

Recientemente la ley 26.388 incorporó al Código Penal el art. 153 bis que tipifica una figura delictiva de carácter genérico de protección de datos informáticos de acceso restringido, al castigar con prisión de quince días a seis meses —para el caso que hubiere una pena más grave— a quien a sabiendas acceda por cualquier medio, sin autorización o excediendo la que posea, a un sistema o dato informático de acceso restringido. Así también una figura agravada —un mes a un año de prisión— cuando el acceso fuere a un sistema o dato informático de un organismo público estatal o un proveedor de servicios públicos o de servicios financieros.

3.5.2.2. Aplicación de la ley 25.326 al ámbito provincial

La ley de protección de datos personales regula cuestiones aplicables a todo el territorio nacional y otras que para ello requieren adhesión expresa de las jurisdicciones respectivas.

El art. 44¹⁷² define el ámbito de aplicación de la ley. Allí, en el primer párrafo se asigna carácter de orden público a las normas que contienen los capítulos I: "Disposiciones generales" (arts. 1° y 2°), II: "Principios generales relativos a la protección de datos" (arts. 3° a 19), III: "Derechos de los titulares de datos" (arts. 13 a 20) y IV: "Usuarios y responsables de archivos, registros y bancos de datos" (arts. 21 a 28); también al art. 32, que incorpora figuras penales al Código respectivo (es el caso del art. 157 bis ya analizado y del art. 117 bis dentro de los delitos contra el honor —cuyo inc. 1° fue derogado por ley 26.388—). Estas normas tienen vigencia expresa en todo el territorio nacional.

En el segundo párrafo se establece que, para el resto, se requerirá adhesión, dado que son, en principio, de aplicación exclusiva en jurisdicción nacional. En su último párrafo este artículo especifica que los registros, archivos, bases o bancos

¹⁷² Art. 44, ley 25.326 (ámbito de aplicación): "Las normas de la presente ley contenidas en los capítulos I, II, III y IV, y art. 32 son de orden público y de aplicación en lo pertinente en todo el territorio nacional.

"Se invita a las provincias a adherir a las normas de esta ley que fueren de aplicación exclusiva en jurisdicción nacional.

"La jurisdicción federal regirá respecto de los registros, archivos, bases o bancos de datos interconectados en redes de alcance interjurisdiccional, nacional o internacional".

interconectados a redes interjurisdiccionales, nacionales o internacionales son de jurisdicción federal. Este último párrafo puede federalizar muchísimas bases que poseen los distintos organismos, dados los avances en la cooperación de datos entre las jurisdicciones (v.gr., en materia tributaria o de seguridad).

Con relación al deber de guardar secreto resultan de importancia las regulaciones del capítulo II de la ley, en el que se define la calidad de los datos recabados, mecanismos de seguridad y el deber de confidencialidad, extendiendo en el art. 10¹⁷³ el deber de secreto profesional al responsable y a todas las personas que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales, el que debe mantenerse aun luego de finalizada la relación con el titular del archivo de datos. Así también en el segundo párrafo de este artículo se agrega una causal para legitimar una excepción al deber, permitiendo revelar la información que conociere, ya sea habilitado por resolución judicial o por razones fundadas, relativas a la seguridad pública, la defensa nacional o la salud pública. Entendemos que esta previsión es aplicable con relación al art. 157 bis, segundo párrafo del Código Penal, como supuesto de “justa causa” de revelación y no del art. 157, que es mucho más amplio y comprende información confidencial recibida que excede en mucho a la provisión de datos personales incorporados a un archivo determinado.

Debemos señalar que en el ámbito provincial se ha sancionado la Ley 12.475 de Acceso a Documentos Administrativos, pero no el procedimiento de hábeas data, ni respecto de éste se ha adherido a la regulación nacional. En el art. 16 de la reglamentación de esta ley se prevén supuestos de información que no puede ser divulgada que, de configurarse los supuestos de los arts. 156 o 157 bis, acarrearían la configuración de los delitos allí regulados, no así del previsto en el art. 157 ya que, por provenir el deber de reserva de un reglamento y no de una ley en sentido formal, entendemos que no encuadrarían en el tipo allí previsto.

3.5.3. Deber de guardar secreto para supuestos específicos regulados en el Código Penal

En el art. 222, CPen., el deber de guardar secreto adquiere gran relevancia por la magnitud de los bienes protegidos y la trascendencia de éstos, ya que este artículo forma parte del capítulo II destinado a los “Delitos que comprometen la paz y la dignidad de la Nación” del título II “Delitos contra la seguridad de la Nación”.

Aquí lo que se castiga es la revelación, o quien obtuviere la revelación, de secretos políticos o militares concernientes a la seguridad, a los medios de defensa o las relaciones exteriores de la Nación.

Los secretos deben poner en juego la seguridad, la defensa o las relaciones exteriores de la Nación; así se ha dicho que los concernientes a la seguridad de la Nación

¹⁷³ Art. 10, ley 25.326: “(Deber de confidencialidad) 1. El responsable y las personas que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales están obligados al secreto profesional respecto de los mismos. Tal obligación subsistirá aun después de finalizada su relación con el titular del archivo de datos.

”2. El obligado podrá ser relevado del deber de secreto por resolución judicial y cuando medien razones fundadas relativas a la seguridad pública, la defensa nacional o la salud pública”.

se refieren a la exterior¹⁷⁴ y no a la interior. No interesan para este tipo delictivo los secretos de la administración interna de la Nación¹⁷⁵.

El art. 223 prevé el tipo culposo para quien diere a conocer las cuestiones a las que hace referencia el art. 222, pero limita el alcance de quienes pueden ser sujetos activos a quien se hallare en posesión del secreto en virtud de su empleo o profesión.

Este tipo de figuras delictivas resulta aplicable a quienes por su oficio o profesión dispongan de información reservada relativa a cuestiones de seguridad nacional, como las vinculadas a la lucha contra el crimen organizado, narcotráfico o terrorismo internacional, entre los cuales pueden estar incluidos agentes pertenecientes a organismos provinciales de seguridad.

3.6. *Jurisprudencia en la provincia de Buenos Aires relativa al deber de guardar secreto*

3.6.1. *Jurisprudencia de instancias de grado en la provincia de Buenos Aires*

1) El secreto profesional del médico no sólo comprende las revelaciones expresas sino también las implícitas derivadas del examen corporal.

C. Penal Mercedes, 28/4/1996, P 54243, "M., G. s/aborto" (juez Révora —SD—). (Magistrados votantes: Révora, Berruti, Barreneche).

El secreto profesional del médico cubre tanto las revelaciones expresas como las implícitas o tácitas, estas últimas derivadas de la sola mostración del cuerpo por los abortantes.

2) El profesional de la medicina no tiene una zona facultativa, debe guardar secreto o debe denunciar.

C. Penal Mercedes, 28/4/1996, P 54243, "M., G. s/aborto" (juez Révora —SD—). (Magistrados votantes: Révora, Berruti, Barreneche).

El secreto es el mismo, si es explícitamente comunicado o simplemente advertido, no existiendo para el médico zona de facultad, ya que debe denunciar siempre que no haya secreto (arts. 80, CPP, y 227, inc. 1º, CPen.) o bien callar si lo hay (art. 156, CPen.).

3) La justa causa no depende de la conciencia del profesional sino de su previsión legal.

C. Penal Mercedes, 28/4/1996, P 54243, "M., G. s/aborto" (juez Révora —SD—). (Magistrados votantes: Révora, Berruti, Barreneche).

La excepción a la obligación de guardar secreto deriva de la existencia de justa causa, y ello no depende de la conciencia profesional, sino del presupuesto de que el derecho la considere como tal.

¹⁷⁴ DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, cit., p. 403.

¹⁷⁵ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado...*, cit., t. VII, p. 76, §136.

4) Corresponde amparar con la garantía del secreto profesional a la mujer que solicitó atención médica para poder controlar las consecuencias de un aborto autoprovocado o consentido.

C. Penal Mercedes, 28/4/1996, P 54243, "M., G. s/aborto" (juez Révora —SD—). (Magistrados votantes: Révora, Berruti, Barreneche).

Corresponde dispensar con la protección del secreto profesional a la mujer que acosada por la necesidad y por no poder controlar las consecuencias postreras del aborto que se autoprovocó o consintió que le provocaran, solicita asistencia médica en estado de desvalimiento físico y espiritual, del que sería inicuo aprovecharse.

5) El director de un hospital estatal no mantiene una relación profesional personalizada que genere el deber de guardar secreto.

Trib. Casación, sala 1ª, causa 6353, "M., P. s/recurso de casación" (juez Sal Llargués —SD—). (Magistrados votantes: Sal Llargués, Natiello, Piombo).

El secreto profesional presume una relación de confianza entre la persona que confía y quien recibe la noticia, que es el valor defraudado con la revelación. Esto reclama para la operatividad del secreto una cierta relación profesional personalizada, la cual no se configura cuando quien adquiere el conocimiento acerca de la perpetración de un delito de acción pública es el director de un hospital estatal.

6) El director del hospital no comete el delito de violación de secreto profesional y cumple con el deber de denunciar en su condición de funcionario público.

Trib. Casación, sala 1ª, causa 6353, "M., P. s/recurso de casación" (juez Sal Llargués —SD—). (Magistrados votantes: Sal Llargués, Natiello, Piombo).

El director de un hospital público que denuncia la comisión de un delito de aborto, llegado a su conocimiento por vía de su actividad administrativa, no comete el delito de revelación de secretos ni incumplimiento de los deberes del funcionario público, toda vez que se trata de una clara situación de observancia de un deber jurídico derivado de esa condición. Sostener lo contrario implicaría desconocer el texto del art. 287 del Código Procesal Penal y sellar la suerte adversa de toda investigación cuyo punto de contacto fuera el servicio de salud.

7) La obligación de denunciar alcanzará a las personas distintas a la que se sometió a tratamiento; respecto de ésta rige la garantía que proscribe la autoincriminación forzosa.

Trib. Casación, sala 1ª, causa 6353, "M., P. s/recurso de casación" (juez Sal Llargués —SD—). (Magistrados votantes: Sal Llargués, Natiello, Piombo).

Si bien, por una parte, el personal sanitario tiene la obligación de denunciar ante la evidencia de una conducta presuntamente delictiva con la finalidad de promover la formación de un proceso penal, por otra, no siempre puede iniciarse válidamente un proceso contra la persona que —impelida por razones de vida o muerte— ha debido someterse al tratamiento asistencial hospitalario estatal. La primera situación atiende a facilitar la investigación de una maniobra delictiva en la que han participado per-

sonas distintas de quien se ha visto compelida a someterse al aludido tratamiento. La segunda tiene la impronta de la vedada obligación de declarar contra sí mismo, dado que tornaría lícito hacer operar dicha conducta en contra de quien forzosamente ha debido exponerse a la autoridad sanitaria. Y pretender que deba afrontar las contingencias del proceso penal por su decisión de ocurrir al nosocomio en busca del vital tratamiento importa condicionar la necesaria salvaguarda de su integridad física y su vida a la sujeción a derecho, que en la emergencia puede importar la condena a pena privativa de libertad. De ahí que sea válida, en estas circunstancias, la anulación —decidida por el órgano judicial de instancia— respecto de lo actuado penalmente contra la mujer que provocara su aborto.

3.6.2. *Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires*

1) No constituye denuncia la *notitia criminis* a través de un diagnóstico precario enviado por el médico del hospital.

Sup. Corte Bs. As., 3/4/1990, causa P 38305, "F. G. s/aborto" (juez Laborde —MA—). (Magistrados votantes: Laborde, San Martín, Rodríguez Villar, Mercader, Negri, Cavagna Martínez, Salas).

No es nulo el proceso iniciado a raíz del envío a la policía de un diagnóstico precario de aborto incompleto signado por una médica de un hospital, sosteniendo que ello implicaría violación del secreto profesional, ya que en realidad no se incoo causa por una denuncia recibida con las formalidades de la ley sino a raíz de la *notitia criminis* que implica dicho diagnóstico, en virtud del cual la autoridad policial en cumplimiento de lo dispuesto por el art. 436, CPP Bs. As., respecto de todos los delitos de acción pública "...que de cualquier forma llegaren a su conocimiento", procede a instruir sumario.

2) No corresponde tratar en el proceso en que se imputa el aborto la presunta violación del art. 156, CPen.

Sup. Corte Bs. As., 3/4/1990, causa P 38305, "F. G. s/aborto", (juez Laborde —MA—). (Magistrados votantes: Laborde, San Martín, Rodríguez Villar, Mercader, Negri, Cavagna Martínez, Salas).

La validez de un proceso iniciado a raíz de la *notitia criminis* que recibe la autoridad instructora no podría enervarse sobre la base de consideraciones acerca de si el cumplimiento de una obligación legal establecida para los profesionales del arte de curar debió o no ser exceptuada (art. 82, CPP Bs. As.), o si el referido anociamiento a la instrucción constituye o no un hecho ilícito (art. 156, CPen.), extremos que no han sido debatidos en autos y que sólo podrían ser dilucidados en un procedimiento que asegure debidamente el derecho de defensa de la eventual imputada (arts. 9º, CPBA, y 18, CN).

3) Debe primar el secreto profesional frente a un delito de aborto. Prevalencia de la garantía que proscribe la autoinculpación.

Sup. Corte Bs. As., 3/4/1990, causa P 38305, "F. G. s/aborto" (juez Rodríguez Villar —MI—). (Magistrados votantes: Laborde, San Martín, Rodríguez Villar, Mercader, Negri, Cavagna Martínez, Salas).

La mujer que consiente que un tercero le cause un aborto, si como consecuencia de éste sufre complicaciones que afectan su salud y para atenderlas requiere los auxilios de un médico, debe estar amparada por el secreto profesional pertinente. Razones humanitarias y de respeto a la libertad individual impiden en estos casos valerse de una autoinculpación que se presta ineludiblemente sólo para preservar la salud seriamente comprometida por las maniobras abortivas.

4) La denuncia penal realizada que viola el deber de guardar secreto invalida dicho acto.

Sup. Corte Bs. As., 3/4/1990, causa P 38305, "F., G. s/aborto" (juez Rodríguez Villar —MI—). (Magistrados votantes: Laborde, San Martín, Rodríguez Villar, Mercader, Negri, Cavagna Martínez, Salas).

Sup. Corte Bs. As., 7/7/1992, P 39085, "I., D. s/aborto" (juez Rodríguez Villar —MI—). (Magistrados votantes: Ghione, Rodríguez Villar, Laborde, Mercader, San Martín, Salas).

La denuncia que objetivamente vulnera una norma penal carece de virtualidad jurídica para iniciar el sumario o para que la autoridad policial lo instruya válidamente en los términos del art. 436, CPP Bs. As.

5) Poner a una mujer en la disyuntiva entre perjudicar su salud a cambio del silencio del hecho violenta el art. 18, CN.

Sup. Corte Bs. As., 3/4/1990, causa P 38305, "F., G. s/aborto" (juez Negri —OP—). (Magistrados votantes: Laborde, San Martín, Rodríguez Villar, Mercader, Negri, Cavagna Martínez, Salas).

No es posible requerir, a la mujer que ha consentido que un tercero le causare un aborto y como resultado de la maniobra ve gravemente perjudicada su salud, que arriesgue su propia vida por falta de atención médica a cambio del silencio del hecho. De otro modo se le exigiría elegir entre su vida y un proceso —antesala de la prisión—, elección heroica que el legislador no ha pedido al hombre común, sin violentar el art. 18 de la Constitución Nacional.

6) El carácter de delito de acción pública no enerva el deber de secreto previsto en el art. 156, CPen. —la justa causa debe estar prevista exclusivamente por ley—.

Sup. Corte Bs. As., 3/4/1990, causa P 38305, "F., G. s/aborto" (juez Rodríguez Villar —MI—). (Magistrados votantes: Laborde, San Martín, Rodríguez Villar, Mercader, Negri, Cavagna Martínez, Salas).

La circunstancia que el delito sea de acción pública no implica la posibilidad de iniciar y proseguir un proceso sobre una denuncia delictiva, en violación del art. 156, CPen. La "justa causa" del artículo citado se refiere a una causa exclusivamente legal.

7) La exención a la obligación de denunciar en el caso de los profesionales de la medicina no establece una prohibición sino que deja sin efecto una obligación.

Sup. Corte Bs. As., 7/7/1992, causa P 39085, "I., D. s/aborto" (juez Ghione —OP—). (Magistrados votantes: Ghione, Rodríguez Villar, Laborde, Mercader, San Martín, Salas).

El art. 75 —n.a.— del Código Procesal en su primera parte impone la obligación de denunciar y en la segunda solamente deja sin efecto tal obligación (“se exceptúan de la obligación”) pero no prevé prohibición alguna.

8) A los fines de resguardar el secreto profesional, la denuncia y el testimonio tienen distinta naturaleza procesal.

Sup. Corte Bs. As., 7/7/1992, causa P 39085, “I., D. s/aborto” (juez Ghione —OP—). (Magistrados votantes: Ghione, Rodríguez Villar, Laborde, Mercader, San Martín, Salas).

Sin perjuicio de que una misma persona pueda revestir las condiciones de denunciante y testigo, la denuncia y el testimonio tienen distintas naturalezas procesales.

9) No es necesario averiguar si el profesional cometió el delito de violación de secreto, ya que ello no desplazaría el deber de investigar del funcionario policial.

Sup. Corte Bs. As., 7/7/1992, causa P 39085, “I., D. s/aborto” (juez Ghione —OP—). (Magistrados votantes: Ghione, Rodríguez Villar, Laborde, Mercader, San Martín, Salas).

No es necesario resolver si el denunciante cometió el delito de violación de secreto al que se refiere el art. 156, CPen., pues ello tampoco ocasionaría la anulación de lo actuado, ya que aun cuando el funcionario policial se hubiera enterado del delito mediante otro delito —de acción privada— cometido por el tercero que lo informara sobre el aborto, ello no desplazaría lo establecido en la primera parte del art. 448 —n.a.— del Código de Procedimiento Penal.

10) La comunicación del profesional de la medicina es una denuncia.

Sup. Corte Bs. As., 7/7/1992, causa P 39085, “I., D. s/aborto” (juez Rodríguez Villar —MI—). (Magistrados votantes: Ghione, Rodríguez Villar, Laborde, Mercader, San Martín, Salas).

La denuncia prevista en la primera parte del art. 82 del Código de Procedimiento Penal contempla acontecimientos que por su naturaleza requieren una urgente comunicación, como se advierte de la significativa brevedad del plazo establecido para efectuarla. De allí que ésta no está sujeta a las formalidades que genéricamente se determinan en los arts. 76, 77, y 78 del citado cuerpo legal.

11) El deber de guardar secreto profesional debe ser cumplido y en caso de incumplimiento debe aplicarse la sanción prevista en el art. 156, CPen.

Sup. Corte Bs. As., 7/7/1992, causa P 39085. “I., D. s/aborto” (juez Rodríguez Villar —MI—). (Magistrados votantes: Ghione, Rodríguez Villar, Laborde, Mercader, San Martín, Salas).

El art. 156, CPen., garantiza que debe permanecer en secreto —bajo la admonición de la condigna sanción en caso de incumplimiento— el anoticiamiento de prácticas abortivas cuando por sus derivaciones la procesada se ha visto constreñida a presentarse a un hospital para recabar asistencia para su salud afectada con motivo de esa operación ilegal.

12) No constituye justa causa el conocimiento de la práctica de maniobras abortivas.

Sup. Corte Bs. As., 7/7/1992, P 39085, "I., D. s/aborto" (juez Rodríguez Villar —MI—). (Magistrados votantes: Ghione, Rodríguez Villar; Laborde, Mercader, San Martín, Salas).

No constituye justa causa de revelación del secreto el tomar conocimiento de la práctica de maniobras abortivas. Su divulgación ocasiona a la paciente el perjuicio que significa tener que afrontar la acción penal. En consecuencia se está en presencia de un hecho que la profesional del arte de curar no estaba obligada a denunciar según la ley de fondo.

13) El hecho de ser un delito de acción pública no constituye "justa causa".

Sup. Corte Bs. As., 7/7/1992, causa P 39085, "I., D. s/aborto" (juez Rodríguez Villar —MI—). (Magistrados votantes: Ghione, Rodríguez Villar; Laborde, Mercader, San Martín, Salas).

El hecho de que la revelación se haga de un delito de acción pública (arts. 71 y 88, CPen.) no constituye la "justa causa" a que alude el art. 156.

14) No se reprueba la denuncia del médico sino el avance procesal que viola la garantía de autoinculpación forzosa.

Sup. Corte Bs. As., 7/6/2006, causa P. 86052, "E., A. T. s/aborto" (juez Kogan —MA—). (Magistrados votantes mayoría: doctores Kogan, Soria, Genoud, Negri, Roncoroni; minoría: Dres. de Lazzari, Pettigiani).

"En tal sentido no es la denuncia del profesional la reprochable, sino cualquier avance procesal que el juez o el fiscal anoticiado pudiere implementar sobre la base de ella contra la persona obligada por las circunstancias a autoinculparse' (Niño, Luis, 'El derecho a la asistencia médica y la garantía procesal que veda la autoincriminación forzada: un dilema soluble', en *Garantías constitucionales en la investigación penal. Un estudio crítico de la jurisprudencia*, Ediciones del Puerto, 2006, p. 6)".

15) Las manifestaciones de la imputada y las evidencias de rastros corporales son consecuencia directa de la necesidad de asistencia médica.

Sup. Corte Bs. As., 7/6/2006, causa P. 86052, "E., A. T. s/aborto" (juez Kogan —MA—). (Magistrados votantes mayoría: doctores Kogan, Soria, Genoud, Negri, Roncoroni; minoría: Dres. de Lazzari, Pettigiani).

"En tales condiciones, las manifestaciones de la imputada y la evidencia de los rastros corporales del delito constituyeron una consecuencia directa de su necesidad de asistencia médica, que no puede ser utilizada como medio oponible de transmi-

sión del conocimiento a la autoridad policial, es decir, como elemento que posibilite el despliegue de la actividad estatal persecutoria. Ello pues, ese conocimiento fue adquirido sin que la persona involucrada (destinataria por una parte de la protección de la garantía en examen, y a su vez del derecho a la salud; arts. 33, CN; 12, Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales; 11, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre) pudiera optar libremente entre publicitar su acción delictiva o no hacerlo. Esa determinación se hallaba compeliada por su necesidad vital”.

16) La mujer que concurrió a recibir atención médica no se encontraba libre para consentir la autoincriminación que formuló.

Sup. Corte Bs. As., 7/6/2006, causa P. 86052, “E., A. T. s/aborto” (juez Kogan —MA—). (Magistrados votantes mayoría: doctores Kogan, Soria, Genoud, Negri, Roncoroni; minoría: Dres. de Lazzari, Pettigiani).

“En resumen, aparece a mi juicio con claridad que la mujer que actuó en la emergencia requiriendo atención médica urgente frente a la realización anterior de maniobras abortivas, incluso cuando hubiera concurrido informada de las consecuencias que podría tener su comportamiento y de los derechos que le asistían emergentes de la cláusula constitucional de abstenerse de proporcionar cualquier tipo de información en su contra, no se hallaba libre para consentir la autoincriminación que formuló”.

17) No es necesario tratar la posible violación al deber de secreto profesional para resolver la violación a la garantía contra la autoincriminación forzosa.

Sup. Corte Bs. As., 7/6/2006, causa P. 86052, “E., A. T. s/aborto” (juez Soria —OP—). (Magistrados votantes mayoría: doctores Kogan, Soria, Genoud, Negri, Roncoroni; minoría: Dres. de Lazzari, Pettigiani).

“Como lo hace la jueza preopinante considero que en el *sub lite* no es menester saldar el conflicto entre el deber de los médicos de guardar discreción sobre lo que conocieran en virtud de su oficio (violación del secreto profesional tipificada en el art. 156 del Código represivo) y el que, también les atañe, de denunciar los delitos de acción pública en los que hayan prestado los servicios de su profesión (art. 82, Código Jofré; actual art. 287, apart. 2º del CPP t.o. según ley 11.922 y sus modificatorias); al que se suma ahora una disposición de carácter sustantivo que sanciona al que no denunciare la perpetración de un delito cuando estuviere obligado a promover la persecución penal (art. 277, inc. 1º, apart. b, CPen. cfr. ley 25.246)”.

18) La acreditación del delito se encuentra basada en prueba confesional sin necesidad de otros complementos probatorios.

Sup. Corte Bs. As., 7/6/2006, causa P. 86052, “E., A. T. s/aborto” (juez de Lazzari —MI—). (Magistrados votantes mayoría: doctores Kogan, Soria, Genoud, Negri, Roncoroni; minoría: Dres. de Lazzari, Pettigiani).

“El planteo no puede prosperar. Sin perjuicio de otras consideraciones que al respecto podrían formularse, la Cámara tuvo por acreditada la autoría responsable

de A. T. E. por el delito de aborto previsto en el art. 88, CPen. (por evidente error material la recurrente cita el art. 84 del Código sustantivo) mediante plena prueba confesional (art. 238, CPP según ley 3589 y sus modif.). Y lo cierto es que más allá de que la impugnante no cita la norma ritual actuada por la alzada, y de la posibilidad de esta Corte de revisar las cuestiones referidas a los hechos y su prueba del art. 238 del Código de Procedimiento Penal citado resulta que la confesión no necesita de específicos complementos probatorios, como lo pretende la defensa”.

3.7. *Jurisprudencia nacional relativa al deber de guardar secreto profesional*

3.7.1. *Jurisprudencia nacional de tribunales de grado*

1) **C. Criminal Ciudad Bs. As., 26/8/1966, fallo plenario “Natividad Frías” (LL 123-842, JA 1966-V-69).**

“La mera presencia ante el médico de la mujer autora o coautora de su propio aborto implica una autoacusación forzada por la necesidad impuesta por el instinto natural de la propia conservación puesto que acude a él en demanda angustiosa de auxilio para su salud y su vida. No es, pues, posible, admitir que una autoacusación de índole semejante sea jurídicamente admisible para pronunciarse a favor de la prevalencia del interés social... de reprimir el delito, con desmedro del superior derecho humano a la subsistencia y con menoscabo del principio que informa la norma constitucional citada (ref. art. 18, CN). Si nadie está obligado a declarar contra sí mismo... menos puede estarlo a sufrir las consecuencias de una autoacusación imputada por necesidad insuperable”.

2) **No viola la garantía de la autoincriminación la denuncia médica si no se requirió la cooperación activa en el aporte de pruebas incriminatorias a la imputada.**

C. Nac. Casación Penal, sala 2ª, 12/11/2003, “Baldivieso, César A.” (juez Madueño —SD—). (Magistrados votantes: Dres. Raúl Madueño, Juan E. Fégoli, Pedro R. David).

“Así, en un caso que guarda puntual similitud con el pesquisado en este legajo —y con invocación del precedente Zambrana Daza de nuestro más alto tribunal (Fallos 320:1717)— se señaló que no puede considerarse violada la garantía de la autoincriminación si la autoridad pública no requirió de la imputada una activa cooperación en el aporte de pruebas incriminatorias, sino que le proporcionó la asistencia médica que le permitió expulsar las cápsulas con sustancias estupefacientes que había ingerido, sin que exista la más mínima presunción de que haya existido engaño ni mucho menos coacción que viciara la voluntad de la procesada, contexto en el cual no se advierte que haya sido violada la garantía de raigambre constitucional invocada sino, antes bien, concertada con el interés social en la averiguación del delito y el ejercicio adecuado de las potestades estatales (conf. causa 2193, 21/9/1999, ‘Jonkers de Sambo, Katryn P. s/recurso de casación’ y sus citas)”.

3) El individuo que concurre al hospital toma el riesgo de que la autoridad pública tome conocimiento del delito cuando las evidencias son de índole material.

C. Nac. Casación Penal, sala 2ª, 12/11/2003, "Baldivieso, César A." (juez Madueño —SD—). (Magistrados votantes: Dres. Raúl Madueño, Juan E. Fégoli, Pedro R. David).

“En el precedente Zambrana Daza, de previa cita, la Corte señaló que el riesgo tomado a cargo por el individuo que delinque y que decide concurrir a un hospital público en procura de asistencia médica incluye el de que la autoridad pública tome conocimiento del delito cuando las evidencias son de índole material, siendo que vedar automáticamente la investigación de las pistas que pudieran surgir del secuestro de efectos obtenidos a raíz de la concurrencia de quien delinque a un nosocomio público significaría erigir un obstáculo legal a la persecución del delito y alentar la difusión del medio de comisión empleado, con grave menoscabo de los bienes jurídicos de relevante jerarquía que ampara el tipo penal del tráfico de estupefacientes”.

4) El bien jurídico protegido en el aborto es la vida, por lo que no cabe entender la problemática como una puja entre el deber de persecución penal y la violación al secreto profesional.

C. Nac. Crim. y Corr., sala 7ª, 3/10/2007, "G., N. s/aborto". (Magistrados votantes: Juan E. Cicciaro, Abel Bonorino Perú).

“Como colofón en este aspecto, no puede perderse de vista que el delito a investigar en este sumario no es otro sino el de aborto, cuyo bien jurídico protegido es la vida de la persona por nacer y que, concordemente, la obligación de denunciar lo es precisamente respecto de ‘un delito contra la vida’ (art. 177, inc. 2º, CPPN), de lo que se sigue la impertinencia de no referir la problemática aquí ventilada al primero de los derechos humanos y de reducir la cuestión a una mera puja entre el deber de persecución penal del Estado —por un lado— y la violación a la fidelidad que supone el secreto profesional, porque —como se verá—, siquiera el concepto de justa causa de revelación podrá desentenderse del derecho a la vida del concebido no nacido”.

5) No implica autoincriminación forzada respecto de quien concurre al hospital conociendo los riesgos que previsiblemente podrían afrontarse.

C. Nac. Crim. y Corr., sala 7ª, 3/10/2007, "G., N. s/aborto". (Magistrados votantes: Juan E. Cicciaro, Abel Bonorino Perú).

“Empero, se anticipa la conclusión de que la presentación de una persona en un hospital revelando el haber cometido un aborto o consentido en que otro lo causare, incluidos aquellos supuestos de propia advertencia del profesional, no implica una autoacusación forzada para preservar su propia vida, precisamente en la perspectiva del art. 18, CN, y las respectivas normas de los tratados de derechos humanos, sino que tal extremo constituye el desenlace en todo caso natural de una acción ilícita que habría sido ejecutada conociendo los riesgos que previsiblemente podrían afrontarse”.

6) El presentarse al médico con la evidencia orgánica de un delito no reúne los requisitos de una declaración.

C. Nac. Crim. y Corr., 3/10/2007, sala 7ª, "G., N. s/aborto". (Magistrados votantes: Juan E. Cicciaro, Abel Bonorino Perú).

“Es que el hecho de recurrir al expediente de la declaración en contra de sí mismo resulta una aplicación extensiva, por analogía, de la locución declarar, máxime si se tiene en cuenta que aunque forzada por la situación, la concurrencia al médico y su consecuente atención se desarrollan en un momento en el que los mecanismos del Estado no se han puesto en funcionamiento, extremo por el que no se puede hablar convenientemente de declaración. Así, el presentarse ante el médico con la evidencia orgánica de un delito en el cual se ha participado no reúne los requisitos de una ‘declaración’ en contra de sí mismo, aunque esté arriesgando los otros derechos” (en ese aspecto de la cuestión, aun suscribiendo finalmente una tesis opuesta, ver TOZZINI, Carlos A., *Violación del secreto profesional del médico en el aborto. Doctrina penal*, t. V, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 158).

7) El riesgo de concurrir al hospital público por quien delinque en procura de asistencia médica implica la posibilidad de conocimiento de la autoridad pública cuando las evidencias son de índole material.

C. Nac. Crim. y Corr., sala 7ª, 3/10/2007, "G., N. s/aborto". (Magistrados votantes: Juan E. Cicciaro, Abel Bonorino Perú).

“En efecto, en el caso ‘Zambrana Daza’, se sostuvo que ‘el riesgo tomado a cargo por el individuo que delinque y que decide concurrir a un hospital público en procura de asistencia médica, incluye el de que la autoridad pública tome conocimiento del delito cuando las evidencias son de índole material’”.

8) La doctrina de “Natividad Frías” es incorrecta ya que no puede hablarse de violación del art. 156 por ser un delito de instancia privada.

C. Nac. Crim. y Corr., sala 7ª, 3/10/2007, "G., N. s/aborto". (Magistrados votantes: Juan E. Cicciaro, Abel Bonorino Perú).

“En otras palabras, con la doctrina fijada mayoritariamente en ‘Frías’ se adelanta incorrectamente la conclusión de la responsabilidad del médico en orden a la supuesta violación de secretos que reprime el art. 156, CPen., como mecanismo necesario para neutralizar la iniciación de un sumario en contra de la abortante, cuando en verdad, siquiera ésta ha promovido la acción privada y menos se ha encontrado culpable al galeno”.

9) La justa causa se configura por el deber de denunciar un delito de acción pública.

C. Nac. Crim. y Corr., 3/10/2007, sala 7ª, "G., N. s/aborto". (Magistrados votantes: Juan E. Cicciaro, Abel Bonorino Perú).

“Así, el requisito de la justa causa de revelación se ve configurado, si se recurre al expediente de la presunta violación de un secreto médico, sencillamente

porque hay obligación de denunciar un delito de acción pública que importa un atentado contra la vida del *nasciturus* (art. 88, CPen.). De modo que, al resultar un elemento normativo del tipo del art. 156, CPen., al haber justa causa derechamente se excluye la tipicidad de la conducta que, en definitiva, no será una violación del secreto profesional”.

10) La justa causa no definida por ley debe ser interpretada judicialmente.

C. Nac. Crim. y Corr., 3/10/2007, sala 7ª, “G., N. s/aborto”. (Magistrados votantes: Juan E. Cicciaro, Abel Bonorino Perú).

“De modo que, al no haber sido definida por la ley, en el caso particular habrá justa causa según la prudente y recta interpretación de los magistrados”.

11) No resulta coherente perseguir a coautores, cómplices e instigadores y no al autor que ha recibido atención médica.

C. Nac. Crim. y Corr., 3/10/2007, sala 7ª, “G., N. s/aborto”. (Magistrados votantes: Juan E. Cicciaro, Abel Bonorino Perú).

“En verdad, y si se quiere mantener la coherencia en el razonamiento aludido, la conclusión de que el anoticiamiento del médico constituye el vehículo de un acto ilícito que debe impedir la formación del sumario, no se logra comprender suficientemente cómo tal ilicitud (revelación) en la línea del pensamiento afincado en Frías, no contamina las actuaciones preventivas con relación a coautores, cómplices e instigadores (así, por abarcar el impedimento de formación sumarial para todos los intervinientes, de esta Cámara, sala 1ª, causa 21925, Katz, del 8/3/2004).

”En buen romance, o se persigue a todos (abortante y demás intervinientes), o no se persigue a nadie”.

12) Prevalencia del derecho a la vida.

C. Nac. Crim. y Corr., 3/10/2007, sala 7ª, “G., N. s/aborto”. (Magistrados votantes: Juan E. Cicciaro, Abel Bonorino Perú).

“Concluyendo en este aspecto: si no hay compromiso de la garantía que proscribe la autoincriminación, las disposiciones constitucionales protectoras del derecho a la vida desde la misma concepción, como normas de primer nivel y de igual rango que aquella garantía —aun cuando el bien de la vida es superior—, constituirán el marco de referencia al cual se ajustarán las disposiciones penales y procesales atingentes, pues tampoco está en discusión que, desde la perspectiva del derecho a la salud, la atención médica deba efectivamente dispensarse”.

13) El aborto es un delito de acción pública y la experiencia común indica que el sumario debe ser instruido conforme al procedimiento que se reprocha.

C. Nac. Crim. y Corr., 3/10/2007, sala 7ª, “G., N. s/aborto”. (Magistrados votantes: Juan E. Cicciaro, Abel Bonorino Perú).

“A modo de síntesis, cabe recordar que el aborto es un delito de acción pública —particularmente un atentado contra la vida— y que el sumario debe resultar

instruido, en las condiciones aludidas por las que la noticia llegó a conocimiento de la autoridad policial y que en verdad se ajustan a lo que la experiencia común demuestra”.

14) El plenario “Frías” otorga un carácter absoluto al secreto médico dejando en la práctica en indefensión a quien carece de toda otra forma de tutela en contradicción con la Constitución y los tratados de derechos humanos.

C. Nac. Crim. y Corr., 3/10/2007, sala 7ª, “G., N. s/aborto”. (Magistrados votantes: Juan E. Cicciaro, Abel Bonorino Perú).

“De otro modo, las pautas de la opinión mayoritaria fijada en el plenario Frías no hacen más que otorgar un carácter absoluto al secreto médico, anclar el problema en una garantía —prohibición de la autoincriminación— inaplicable en la situación de la mujer y, consecuentemente, dejar en la práctica en absoluta indefensión a quien carece de otra forma de tutela, a contrario de lo que la propia Constitución Nacional y los instrumentos de derechos humanos proclaman”.

3.7.2. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

1) No se viola la garantía que proscribe la autoincriminación si la autoridad pública no requirió una activa cooperación en el aporte de pruebas incriminatorias.

Corte Sup., 12/8/1997, causa Z 17 XXXI, “Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737”, Fallos 320:1717 (mayoría: Nazareno, Moliné O’Connor, López, Vázquez. Por su voto: Boggiano; disidencia: Fayt, Belluscio, Petracchi, Bossert).

Debe rechazarse el agravio vinculado con la violación de la garantía contra la autoincriminación, si la autoridad pública no requirió de la imputada una activa cooperación en el aporte de pruebas incriminatorias, sino que le proporcionó la asistencia médica requerida, sin que exista la más mínima presunción de que haya existido engaño ni mucho menos coacción que viciara la voluntad de la procesada.

2) El riesgo de quien concurre en procura de asistencia médica incluye que la autoridad pública tome conocimiento del delito cuando las evidencias son de índole material.

Corte Sup., causa 12/8/1997, Z 17 XXXI, “Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737”, Fallos 320:1717 (mayoría: Nazareno, Moliné O’Connor, López, Vázquez. Por su voto: Boggiano; disidencia: Fayt, Belluscio, Petracchi, Bossert).

El riesgo tomado a cargo por el individuo que delinque y que decide concurrir a un hospital público en procura de asistencia médica incluye el de que la autoridad pública tome conocimiento del delito cuando las evidencias son de índole material.

3) No está prohibido contar con evidencia de índole material producto de la libre voluntad del interesado.

Corte Sup., 12/8/1997, causa Z 17 XXXI, “Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737”, Fallos 320:1717 (mayoría: Nazareno, Moliné O’Connor, López, Vázquez. Por su voto: Boggiano; disidencia: Fayt, Belluscio, Petracchi, Bossert).

Lo prohibido por la ley fundamental es compeler física o moralmente a una persona con el fin de obtener comunicaciones o expresiones que debieran provenir de su libre voluntad, pero ello no incluye los casos en que la evidencia es de índole material y producto de la libre voluntad del procesado.

4) El derecho de asistencia médica debe relacionarse con las exigencias del debido proceso penal.

Corte Sup., 12/8/1997, causa Z 17 XXXI, "Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737", Fallos 320:1717 (Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, López, Vázquez. Por su voto: Boggiano; disidencia: Fayt, Belluscio, Petracchi, Bossert).

El legítimo derecho de la imputada de obtener asistencia médica en un nosocomio debe relacionarse con los requerimientos fundamentales del debido proceso en la administración imparcial de la justicia penal.

5) La garantía contra la autoincriminación no puede ser invocada cuando los efectos del delito no fueron obtenidos forzosamente.

Corte Sup., 12/8/1997, causa Z 17 XXXI, "Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737", Fallos 320:1717 (mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, López, Vázquez. Por su voto: Boggiano; disidencia: Fayt, Belluscio, Petracchi, Bossert).

El privilegio contra la autoincriminación no puede ser invocado en los casos en que no existe el más mínimo rastro de que la incautación de los efectos del delito haya sido obtenida por medios compulsivos para lograr la confesión.

6) La nulidad de lo actuado en materia de tráfico de estupefacientes afecta compromisos asumidos por la Nación.

Corte Sup., 12/8/1997, causa Z 17 XXXI, "Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737", Fallos 320:1717 (mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, López, Vázquez. Por su voto: Boggiano; disidencia: Fayt, Belluscio, Petracchi, Bossert).

La nulidad de lo actuado en el caso de un delito vinculado con el tráfico de estupefacientes afecta los compromisos asumidos por la Nación al suscribir diversos tratados internacionales, entre ellos, la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas, suscripto en Viena el 19 de diciembre de 1988, y aprobada por la República Argentina mediante la ley 24.072.

7) Frente a delitos de acción pública no hay excepción al deber de denunciar del funcionario.

Corte Sup., 12/8/1997, causa Z 17 XXXI, "Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737", Fallos 320:1717 (mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, López, Vázquez. Por su voto: Boggiano; disidencia: Fayt, Belluscio, Petracchi, Bossert).

La sentencia que sostuvo que la función pública desempeñada por la médica de un hospital público no la relevaba de la obligación de conservar el secreto profesional constituye un tratamiento irrazonable de la controversia de acuerdo con las normas aplicables (art. 164 del Código de Procedimientos en Materia Penal), ya que al

tratarse de delitos de acción pública debe instruirse sumario, no hallándose prevista excepción alguna al deber de denunciar del funcionario.

8) La sanción de nulidad con base en una norma procesal viola el principio constitucional de supremacía.

Corte Sup., 12/8/1997, causa Z 17 XXXI, "Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23737", Fallos 320:1717 (mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, López, Vázquez. Por su voto: Boggiano; disidencia: Fayt, Belluscio, Petracchi, Bossert).

La sanción de nulidad decretada sobre la base de lo dispuesto en una norma procesal —art. 167 del Código de Procedimientos en Materia Penal— que omite aplicar las disposiciones de los tratados pertinentes y la ley federal de estupefacientes constituye flagrante violación a las reglas de supremacía de las normas previstas por el art. 31, CN.

9) La garantía de no declarar contra sí mismo no alcanza a la evidencia de índole material y producto de la libre voluntad del procesado.

Corte Sup., 12/8/1997, causa Z 17 XXXI, "Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737", Fallos 320:1717 (voto Dr. Boggiano). (Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, López, Vázquez. Disidencia: Fayt, Belluscio, Petracchi, Bossert).

La cláusula constitucional que establece que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo veda el uso de cualquier forma de coacción o artificio tendiente a obtener declaraciones acerca de hechos que la persona no tiene el deber de exteriorizar, mas no abarca los supuestos en que la evidencia es de índole material y producto de la libre voluntad del procesado.

10) No existe estado de necesidad en quien concurre a un hospital, ya que es el estado de su propia voluntad.

Corte Sup., 12/8/1997, causa Z 17 XXXI, "Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737", Fallos 320:1717 (voto del Dr. Boggiano). (Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, López, Vázquez. Disidencia: Fayt, Belluscio, Petracchi, Bossert).

En el caso de quien delinque y concurre a un hospital exponiéndose a un proceso no es posible afirmar que existe estado de necesidad, pues el mal que se quiere evitar no ha sido ajeno al sujeto sino que, por el contrario, es el resultado de su propia conducta intencional (arg. art. 34, inc. 3°, CPen.).

11) La prohibición de investigar sobre la base de efectos obtenidos en virtud de la atención médica se constituyen en un obstáculo legal y alientan la difusión del medio de comisión empleado.

Corte Sup., 12/8/1997, causa Z 17 XXXI, "Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737", Fallos 320:1717 (voto del Dr. Boggiano). (Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, López, Vázquez; disidencia: Fayt, Belluscio, Petracchi, Bossert).

Vedar automáticamente la investigación de las pistas que pudieran surgir del secuestro de efectos obtenidos a raíz de la concurrencia de quien delinque a un nosocomio público significaría erigir un obstáculo legal a la persecución del delito y

alentar la difusión del medio de comisión empleado, con grave menoscabo de los bienes jurídicos de relevante jerarquía que ampara el tipo penal del tráfico de estupefacientes.

12) La denuncia del hecho delictivo adquiere para el profesional carácter facultativo por el juego de los artículos de la ley adjetiva y el art. 156, CPen.

Corte Sup., 12/8/1997, causa Z 17 XXXI, "Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737", Fallos 320:1717 (voto del Dr. Boggiano). (Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, López, Vázquez. Disidencia: Fayt, Belluscio, Petracchi, Bossert).

El art. 164 del Código de Procedimientos en Materia Penal, que armoniza con los arts. 277, inc. 1º, y 156, CPen., consagra una excepción al carácter facultativo de la denuncia, en atención al interés público en sancionar determinados delitos.

13) El médico no queda relevado de la obligación de guardar secreto profesional por el hecho de ser funcionario público.

Corte Sup., 12/8/1997, causa Z 17 XXXI, "Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737", Fallos 320:1717 (voto en disidencia de los Dres. Fayt, Belluscio, Petracchi, Bossert). (Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, López, Vázquez. Por su voto: Boggiano).

El carácter de funcionario público de un médico no lo releva de la obligación de conservar el secreto profesional, ya que admitir lo contrario conduciría a la consagración de un privilegio irritante, pues sólo contarían con el secreto de sus médicos aquellos que pudieran pagar sus servicios privados.

14) Las razones dadas por el juez de grado fundadas en la violación al debido proceso y a la no incriminación fueron razonables.

Corte Sup., 12/8/1997, causa Z 17 XXXI, "Zambrana Daza, Norma Beatriz s/infracción a la ley 23.737", Fallos 320:1717 (voto en disidencia de los Dres. Fayt, Belluscio, Petracchi, Bossert). (Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, López, Vázquez. Por su voto: Boggiano).

No es admisible el recurso extraordinario fundado en la violación de la garantía constitucional al debido proceso y a la no autoincriminación, si las motivaciones no federales del *a quo*, referidas al deber del secreto profesional, dan fundamento suficiente al pronunciamiento.

3.8. Deber de reserva

El deber de reserva comprende un universo mucho más amplio y difuso que el de secreto del cual constituye el género al cual pertenece. En el ámbito de la Administración comprende a todas aquellas cuestiones cuya difusión, más allá de los límites de la organización, está prohibida. La exigencia de discreción puede involucrar la divulgación de hechos, información, exhibición de objetos o documentos, tanto de la propia Administración como de los terceros cuando estén en poder del organismo con motivo del ejercicio de las funciones propias de su competencia.

3.9. Deber de reserva y publicidad de los actos de gobierno

Es necesario dejar sentado que el deber de reserva debe interpretarse a la luz del principio republicano de publicidad de los actos de gobierno, por lo que la regla debe ser la difusión y la excepción, la reserva.

El derecho de acceso a información pública ha sido regulado en la provincia de Buenos Aires a través de la ley 12.475, norma reglamentada por decreto 2549/2004; la publicidad como principio general ha sido receptada en el art. 6º¹⁷⁶ de este último, excepcionando a aquellos documentos que pudieren perjudicar la privacidad o el honor de terceros, supuesto que debe complementarse con otras normas de la ley y del propio reglamento.

El art. 6º¹⁷⁷ de la ley es el que establece las excepciones al derecho de acceso a la información; en este sentido, serán reservados los actos preparatorios, los que hayan sido declarados expresamente por leyes especiales o cuando la divulgación pudiere afectar la privacidad o el honor de terceros. El art. 16¹⁷⁸ del decreto reglamentario extiende los supuestos enumerándolos y su art. 21¹⁷⁹, dispone que los

¹⁷⁶ Art. 6º, decreto 2549/2004: "Publicidad. Se presume pública toda información producida por los sujetos definidos en el art. 2º de este Reglamento General, así como la obtenida por los mismos. No se consideran públicos los documentos administrativos cuya divulgación pudiere perjudicar el derecho de privacidad de terceros o afectar su honor".

¹⁷⁷ Art. 6º, ley 12.475: "El derecho de acceso a los documentos no se otorgará cuando se trate del examen de actos preparatorios, en los casos explícitamente establecidos por leyes especiales, y cuando la divulgación de ellos pudiere perjudicar el derecho de privacidad de terceros o afectar su honor".

¹⁷⁸ Art. 16, decreto 2549/2004: "Denegatoria. El derecho de acceso a los documentos administrativos no se otorgará cuando:

"a) se trate del examen de actos preparatorios;

"b) la divulgación de ellos pudiera perjudicar el derecho de privacidad de terceros o afectar su honor;

"c) se trate de información expresamente clasificada como reservada, especialmente la referida a seguridad, defensa o política exterior;

"d) sea información que pudiera poner en peligro el correcto funcionamiento del sistema financiero o bancario provincial;

"e) secretos industriales, comerciales, financieros, científicos o técnicos;

"f) información que comprometa los derechos o intereses legítimos de un tercero obtenida en carácter confidencial;

"g) información preparada por los sujetos mencionados en el art. 2º de este Reglamento General, dedicados a regular o supervisar instituciones financieras o preparada por terceros para ser utilizada por aquéllos y que se refiera a exámenes de situación, evaluación de sus sistemas de operación o condición de funcionamiento o a prevención o investigación de la legitimación de activos provenientes de ilícitos;

"h) información preparada por asesores jurídicos o abogados de la Administración cuya publicidad pudiera revelar la estrategia a adoptarse en la defensa o tramitación de una causa judicial o divulgare las técnicas o procedimientos de investigación o cuando la información privare a una persona el pleno ejercicio de la garantía del debido proceso;

"i) cualquier tipo de información protegida por el secreto profesional;

"j) información que pueda ocasionar un peligro a la vida o seguridad de una persona;

"k) se trate de información protegida por leyes especiales.

"La denegatoria debe ser resuelta por un funcionario de jerarquía equivalente o superior a director provincial, por acto fundado".

¹⁷⁹ Art. 21, decreto 2549/2004: "Información parcialmente pública. En el caso de documentos que contengan información parcialmente pública y reservada, los sujetos obligados deben permitir, de resultar posible, el acceso a la parte pública, resguardando la información de la parte reservada".

organismos administrativos, en caso de solicitarse información contenida en documentos donde parte sea pública y parte reservada, están obligados, de ser posible, a suministrar la información cuya contenido sea accesible.

La ley en su art. 1^o¹⁸⁰ parece consagrar el acceso sólo a quienes demuestren interés legítimo, pero a través del art. 1^o¹⁸¹ del decreto reglamentario, la legitimación parece extenderse a toda persona física o jurídica. Recordemos que —más allá de la posible autoextensión reglamentaria— toda cláusula limitativa de la legitimación para peticionar en sede administrativa debe ser interpretada a la luz del art. 13¹⁸², ley 12.008 —Código Procesal Contencioso Administrativo—.

Así también la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción ha dedicado el art. 10¹⁸³ a exigir el cumplimiento del deber de información pública como medio para lograr mayor transparencia y combatir la corrupción, procurando que los Estados parte adopten en el ámbito interno las herramientas para que pueda acceder el público en general a la información relativa a la organización, el funcionamiento y la toma de decisiones de la Administración Pública, que incumban al público, con las excepciones en resguardo del derecho a la intimidad y datos personales.

La necesaria adaptación de la Administración Pública a la sociedad de conocimiento exige la aplicación responsable de las tecnologías de información y comunicación, es así que en la provincia de Buenos Aires se aprobó, por medio del decreto 2442/2005, el régimen de uso responsable de elementos informáticos. En éste se resguarda en numerosos artículos, la confidencialidad y reserva de la

¹⁸⁰ Art. 1^o, ley 12.475: “Se reconoce a toda persona física o jurídica que tenga interés legítimo, el derecho de acceso a los documentos administrativos, según las modalidades establecidas por la presente ley”.

¹⁸¹ Art. 1^o, decreto 2549/2004: “Toda persona física o jurídica tiene derecho de acceso a documentos administrativos de naturaleza pública correspondientes a organismos, entidades, empresas, sociedades, dependencias y todo otro ente que funcione bajo jurisdicción del Poder Ejecutivo”.

¹⁸² Toda limitación en la legitimación, tal es el caso del art. 1^o, ley 12.475, como del art. 10, decreto-ley 7647/1970, debe ser ampliada a la luz del art. 13, ley 12.008 (Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires), superador de la antigua clasificación que distinguía al derecho subjetivo, del interés legítimo y el simple, por lo que actualmente: “Está legitimada para deducir las pretensiones previstas en el presente Código, toda persona que invoque una lesión, afectación o desconocimiento de sus derechos o intereses tutelados por el ordenamiento jurídico”, en toda tramitación administrativa en la provincia de Buenos Aires.

¹⁸³ Art. 10, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Información pública: “Habida cuenta de la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, adoptará las medidas que sean necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública, incluso en lo relativo a su organización, funcionamiento y procesos de adopción de decisiones, cuando proceda. Esas medidas podrán incluir, entre otras cosas:

”a) la instauración de procedimientos o reglamentaciones que permitan al público en general obtener, cuando proceda, información sobre la organización, el funcionamiento y los procesos de adopción de decisiones de su administración pública y, con el debido respeto a la protección de la intimidad y de los datos personales, sobre las decisiones y actos jurídicos que incumban al público;

”b) la simplificación de los procedimientos administrativos, cuando proceda, a fin de facilitar el acceso del público a las autoridades encargadas de la adopción de decisiones; y

”c) la publicación de información, lo que podrá incluir informes periódicos sobre los riesgos de corrupción en su administración pública”.

Administración; tal es el caso de los usos prohibidos en el punto 7.7.¹⁸⁴, en el que se prohíbe revelar o compartir contraseñas e identificaciones; en el punto 7.10.¹⁸⁵, el uso de los medios de comunicación electrónica para revelar información privada sin autorización; en el punto 7.13.¹⁸⁶, publicar información reservada o acceder sin autorización. Dentro de los usos indebidos, en el punto 8.14.¹⁸⁷ se considera como tal el leer información de otros usuarios sin permiso; en el punto 8.16.¹⁸⁸, difundir indebidamente información privada que haya tomado conocimiento con motivo de la función que desempeña. En el punto 9.2.4.¹⁸⁹ —con relación al uso responsable del correo electrónico— se prohíbe la divulgación de claves o contraseñas de acceso personal. En el punto 12¹⁹⁰ se relativiza la privacidad de todos los usuarios de los sistemas informáticos del Poder Ejecutivo, pudiendo quedar sometidos al monitoreo, control y observación de las áreas de sistemas o seguridad informática.

¹⁸⁴ Punto 7.7., Anexo I, decreto 2442/2005: “Revelar o compartir contraseñas de acceso, propias o de terceros, con otros usuarios así como el uso de la identificación, identidad, firma electrónica o digital de otro usuario”.

¹⁸⁵ Punto 7.10., Anexo I, decreto 2442/2005: “Utilizar cualquier sistema de correo o cualquier tipo de comunicación electrónica con el propósito de revelar información privada de otras personas, sin su consentimiento”.

¹⁸⁶ Punto 7.13., Anexo I, decreto 2442/2005: “Realizar cualquier actividad contraria a los intereses de la Provincia, tal como publicar información reservada, acceder sin autorización a recursos o archivos o impedir el acceso a otros usuarios mediante el mal uso deliberado de recursos comunes”.

¹⁸⁷ Punto 8.14., Anexo I, al decreto 2442/2005: “Leer información o archivos de otros usuarios sin su permiso”.

¹⁸⁸ Punto 8.16., Anexo I, decreto 2442/2005: “Difundir indebidamente y/o indiscriminadamente la información privada o pública a que tuviere acceso con motivo de la función o actividad que desempeña”.

¹⁸⁹ Punto 9.2.4., Anexo I, decreto 2442/2005: “Evitar en todos los casos la divulgación de sus claves o contraseñas de acceso personales”.

¹⁹⁰ Punto 12., Anexo I, decreto 2442/2005: “Seguridad y Política de Privacidad. Todo uso de los recursos de informáticos del Estado se efectúa con el entendimiento de que tal uso es en general inseguro, no privado y no anónimo.

”El personal que utilice equipos del Organismo para acceder a la red e Internet está sujeto a ser monitoreado en sus actividades por parte del personal de sistemas o de seguridad informática, autorizado a tal efecto. El simple uso de los servicios de Red implica el consentimiento a este monitoreo por cuestiones operativas o de seguridad, debiendo los empleados tener en cuenta que la mayoría de las sesiones no son privadas.

”Los administradores de sistemas están habilitados para utilizar herramientas de monitoreo para optimizar el uso de los recursos informáticos y para garantizar/asegurar la seguridad de la Red provincial, que puede incluir la detección del uso no aceptable de los mismos. Las comunicaciones electrónicas pueden ser mostradas dentro del organismo a quienes puedan acceder a las mismas por sus funciones específicas. Los usuarios deben tener en cuenta que los administradores de sistemas y supervisores están en condiciones de acceder a todas las comunicaciones electrónicas.

”Se deja constancia de que de ninguna manera se procederá a la comprobación o interceptación de los contenidos de los correos electrónicos de los funcionarios si no existen razones que afecten o puedan afectar el funcionamiento y/o seguridad de la Red y/o del Organismo al cual representan o bien por orden judicial.

”La información personal del Usuario a la que se tenga acceso como consecuencia de las actividades de control, mejor funcionamiento o seguridad, no podrá ser difundida públicamente excepto que se trate de un uso no autorizado, indebido o prohibido y a los estrictos fines de iniciar la pertinente denuncia administrativa y/o judicial”.

3.10. Alcances del deber de reserva

Como expresáramos, y así fue contemplado en la normativa de acceso a la información pública, debe protegerse la intimidad y el honor de los terceros que, por diversas circunstancias, suministraron o fueron motivo de relevamiento de información por parte de los organismos estatales, correspondiendo delimitar los objetos alcanzados por el deber de reserva.

En ese sentido debemos entender que el deber de reserva no sólo debe limitarse a información, documentos u objetos, ya que la exigencia de reserva tiene una mayor extensión, alcanzando dentro de su concepto el deber de resguardo de la intimidad¹⁹¹ de los terceros. Tal el caso de quienes, por alguna circunstancia, estén bajo custodia o recibiendo prestaciones dentro de un organismo administrativo; por ejemplo quienes estén internados en hospitales públicos, detenidos en unidades carcelarias, en hogares, etcétera.

3.11. Sanción penal al incumplimiento del deber de reserva

La violación al deber de reserva, bajo determinadas circunstancias, puede tener como consecuencia sanción penal. El art. 268 (1)¹⁹², CPen., ha tipificado como delito la utilización de información o datos oficiales reservados con fines de lucro, dentro del capítulo XI "Delitos contra la Administración Pública". Allí se castiga al funcionario público —entendido éste dentro del concepto amplio del art. 77 del mismo Código— que con fines de lucro utilice, para sí o para un tercero, informaciones o datos reservados, siempre y cuando haya tomado conocimiento en razón de su cargo.

En la tipificación de este delito no juega ya el concepto de secreto restringido¹⁹³ previsto en los otros tipos penales sino el deber de reserva, tal como fue expuesto en este capítulo, debe tratarse de información que no deba salir del ámbito de la oficina o de la esfera de un grupo de funcionarios¹⁹⁴; la condición de reserva puede provenir de la naturaleza misma o de una disposición expresa o tácita de la ley o de autoridad competente, incluso se acepta que tenga dicha naturaleza por costumbre administrativa legalmente admisible, la condición de reserva cesa por resolución expresa de autoridad competente, por extinción de las razones que la justificaban, por el mero transcurso del tiempo —entendemos que ésta es un ejemplo del anterior, ya que esto puede suceder si el tiempo hace perder justificativo a la necesidad de pre-

¹⁹¹ El art. 1071 bis, CCiv., protege el derecho a la intimidad, allí se realiza una ejemplificación válida pero no limitativa, más allá de las sanciones y medidas aplicables en su ámbito. El artículo establece: "El que arbitrariamente se entrometiere en la vida ajena, publicando retratos, difundiendo correspondencia, mortificando a otro en sus costumbres o sentimientos, o perturbando de cualquier modo su intimidad, y el hecho no fuere un delito penal, será obligado a cesar en tales actividades, si antes no hubieren cesado, y a pagar una indemnización que fijará equitativamente el juez, de acuerdo con las circunstancias; además, podrá éste, a pedido del agraviado, ordenar la publicación de la sentencia de un diario o periódico del lugar, si esta medida fuese procedente para una adecuada reparación".

¹⁹² Art. 268 (1), CPen.: "Será reprimido con la pena del art. 256, el funcionario público que con fines de lucro utilice para sí o para un tercero informaciones o datos de carácter reservado de los que haya tomado conocimiento en razón de su cargo".

¹⁹³ DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, cit., p. 371. La reserva no equivale a secreto sino que es tal aquello que no debe revelarse más allá del ámbito de la función desempeñada.

¹⁹⁴ DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, cit., p. 371.

servar determinada información—, su publicidad o difusión masiva¹⁹⁵; en este caso consideramos que ello puede suceder por decisión lícita o por la actuación ilícita de otra persona, quien podrá ser pasible de sanción por el delito del art. 268 (1), CPen., pero hará perder virtualidad a la reserva de la información ya difundida.

Resulta condicionante para configurar el delito, más allá de la divulgación, la finalidad destinada a procurar provecho económico, así como también haber obtenido la información dentro del ámbito competencial correspondiente a su cargo¹⁹⁶.

Como dijéramos, la divulgación no condiciona a la acción, sino la utilización de la información reservada, que puede ser aprovechada por quien la conoce sin necesidad de transmitirla a un tercero; el uso de la información puede ser para él como para un tercero. El tipo no exige que el fin de lucro tenga como correlato perjuicio económico para la Administración.

4. Deber de cuidado del patrimonio estatal

— Art. 78, inc. d), ley 10.430:

Cuidar los bienes del Estado, velando por la economía del material y la conservación de los elementos que fueran confiados a su custodia, utilización y examen.

Éste es un típico deber funcional de conservación. La prescripción apareja una doble obligación, una de cuidado y otra de utilización racional al hacer mención a velar por la economía del material.

Según el inciso, los bienes pueden estar bajo su custodia, para su utilización o para que se realicen exámenes.

El ejercicio de funciones de control a cargo del Estado es muy variado, ello exige la realización de monitoreos¹⁹⁷, mediciones y controles *in situ* donde los funcionarios deben acceder a lugares o manipular bienes de terceros, por lo que debe adoptar los recaudos necesarios para su cuidado.

Así también, en su función de contralor para realizar exámenes y evaluaciones, muchas veces requiere la toma de muestras, ello exige el debido cuidado en la operación de extracción. Posteriormente, para guardar la confidencialidad y fehaciencia de las muestras deberá cumplir con las reglamentaciones correspondientes en cada caso. La enunciación del inciso no es taxativa, por ejemplo los bienes en poder de la Administración pueden no tener como fin el de su cuidado, sino su destrucción. Tal

¹⁹⁵ DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, cit., p. 372.

¹⁹⁶ DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, cit., p. 373. Debe haber accedido a la información en razón de su cargo producto de la recepción y manejo dentro de su competencia funcional.

¹⁹⁷ La ley 12.530 regula el Programa Especial para la Preservación y Optimización de la Calidad Ambiental, a través del monitoreo y control de emisiones gaseosas y efluentes líquidos de origen industrial, cuyo ámbito de aplicación será el polo petroquímico y el área portuaria del distrito de Bahía Blanca.

La Ley 11.723 General de Medioambiente de la Provincia de Buenos Aires prevé el establecimiento de mecanismos de control de agua, aire y suelo en cabeza de la autoridad de aplicación.

es el caso de la incautación de mercadería insalubre¹⁹⁸, prohibida¹⁹⁹ o inútil²⁰⁰, en estos casos las normas disponen su destrucción, para lo cual debe cumplirse con el fin de la norma, estando prohibido darles otro destino.

En otras ocasiones se le asigna al Estado la función de poner a resguardo determinados bienes desechables cuando su destrucción no sea posible, tal es el caso de los residuos sólidos urbanos²⁰¹, teniendo a cargo su disposición y tratamiento.

Los organismos administrativos pueden tener atribuciones para destruir obras realizadas por terceros en sus propiedades, en estos casos deben actuar con razonabilidad y proporcionalidad, resguardando la integridad de los bienes que no sea necesario destruir²⁰².

¹⁹⁸ El Estado en ejercicio de la denominada "policía" sanitaria vegetal o animal puede ordenar la destrucción o el secuestro, sacrificio de animales enfermos o la destrucción de sus productos o despojos. Así también la destrucción de plagas en el caso del control agrícola. En este sentido, el decreto-ley 10.081/1983 (Código Rural) otorga potestades a los organismos sanitarios para atacar las enfermedades contagiosas de animales en el art. 196 y respecto de plagas vegetales en el art. 255. De la misma manera lo hacen las normas específicas, tal es el caso de la ley 10.510 (cría de porcinos) respecto de enfermedades detectadas en este tipo de animales, donde en su art. 10 se atribuye a la autoridad competente las siguientes medidas: "interdicción, clausura, decomiso, faena o traslado".

¹⁹⁹ El Código Rural regula el destino tanto del producido como de las armas u objetos de caza cuando ella estuviere prohibida, ello se regula en los arts. 289 a 291 de dicha norma.

Art. 289, decreto-ley 10.081/1983 (Código Rural): "Sin perjuicio de las sanciones previstas, el infractor se hará pasible del decomiso de las especies vivas aprehendidas, sus despojos o productos y de las armas u objetos de caza utilizados en la comisión de la infracción, excluido el perro de levante, y de inhabilitación para cazar por uno o más períodos cuando la reiteración o gravedad de la infracción así lo requiera".

Art. 290, decreto-ley 10.081/1983 (Código Rural): "Las piezas provenientes de la caza y que fueren secuestradas, se entregarán bajo recibo, sin cargo, a entidades de bien público, salvo que no fueren aptas para el consumo con destino a alimentación.

"Los ejemplares vivos serán liberados y los despojos o productos (cueros, pieles, plumas y otros), vendidos en la forma que lo resuelva el organismo competente.

"Aquellas especies que por su naturaleza no puedan ser dejadas en libertad, serán entregadas a personas o entidades con fines científicos, culturales o didácticos y las que se consideren plagas, dañinas o perjudiciales serán eliminadas en el momento de labrarse el acta de comprobación de la infracción".

Art. 291, decreto-ley 10.081/1983 (Código Rural): "Las armas u objetos destinados a la cacería que se decomisen, podrán ser subastadas o afectarse al uso del patrimonio del organismo competente, si así convinieren".

²⁰⁰ Arts. 32, 33 y 33 bis, decreto-ley 7543/1969, respecto de secuestros o hallazgos en causas penales, en cuanto ordenan la compactación u otra forma de destrucción total semejante respecto de autopartes, piezas, rezagos, cascots o restos de vehículos que se consideren chatarra y de vehículos que por su estado no se consideren aptos para rodar; o aquellos aptos para rodar pero que presentaren en alguna de sus codificaciones identificatorias y no pudiere ser regularizada su situación para transferirlo al patrimonio fiscal.

²⁰¹ Conforme el sistema de gestión integral de residuos sólidos urbanos consagrado en la ley 13.592.

²⁰² Art. 4º, ley 12.257 (Código de Aguas): "La Autoridad del Agua tiene la función de: ...c) *Reglamentar* (*), supervisar y vigilar todas las actividades y obras relativas al estudio, captación, uso, conservación y evacuación del agua. Para cumplir esa función establecerá las especificaciones técnicas que deberán satisfacer las observaciones y mediciones, la recopilación y publicación de información hídrica, las labores, las obras y la prestación de servicios a terceros. Podrá someter esas actividades a su autorización previa y ordenar la remoción de las obras o cosas ejecutadas en su contravención. Asimismo podrá removerlas cuando la demora en hacerlo pusiese en peligro la vida o la salud de las personas o perjudicase a terceros.

"Para cumplir sus funciones, la Autoridad del Agua y sus agentes autorizados tendrán acceso a la propiedad privada, previo cumplimiento de los recaudos legales pertinentes. En tales supuestos podrá requerir el auxilio de la fuerza pública". (*) Lo destacado está observado por decreto de promulgación.

El incumplimiento de este deber no sólo puede aparejar sanciones disciplinarias, también puede dar lugar a responsabilidad patrimonial por la pérdida o deterioro de los bienes en custodia, pudiendo ser el propio Estado el sujeto pretensor²⁰³.

Los bienes necesarios para realizar su función pueden ser bienes de capital²⁰⁴ o producción o bienes de consumo²⁰⁵; los primeros no están destinados a satisfacer directamente necesidades de consumo pueden ser destinados a la producción de bienes o de servicios; los segundos sí. Los bienes a su vez pueden tener una utilización inmediata o más o menos prolongada²⁰⁶.

Los bienes de capital tienen que ser usados adecuadamente, es decir, no debe utilizárselos en forma disfuncional, de tal manera que puedan deteriorarse, ello implica también un uso racional, es decir, evitando excesos. Debe procurarse su mantenimiento adecuado. Los bienes deben ser utilizados dentro de la función para el fin para el que fueron asignados.

Los bienes de consumo deben ser usados racionalmente y no darles otro destino que el asignado.

Los bienes sometidos a su custodia, si bien no deben ser utilizados, deben ser mantenidos adecuadamente por el organismo que los tiene a cargo, así también éste debe protegerlos adecuadamente.

Dentro del concepto de bienes debemos incluir al *software* y datos e información contenidos en él, tanto el perteneciente a la propia Administración²⁰⁷ como el de terceros, en aquellos casos que la Administración debe acceder a él para inspeccionar y controlar determinadas actividades, tal el caso del Código Fiscal²⁰⁸.

En la provincia de Buenos Aires, el control y la gestión de los bienes del Estado provincial están regulados actualmente tanto por la ley 13.767 como por el decreto-

²⁰³ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen de Empleo...*, cit., comentario del art. 23 a cargo de la Dra. Viviana Bonpland, p. 230.

²⁰⁴ ANDERSEN, Arthur, *Diccionario Espasa de economía y negocios*, Espasa Calpe, Madrid, 1997, p. 54. Bienes de capital: "Bienes que se utilizan para la producción de otros bienes de consumo o de inversión, y que se deprecian en el proceso de fabricación. Por ejemplo: maquinarias, herramientas, edificios, etcétera".

²⁰⁵ BARRÉ, Raymond, *Economía política*, t. I, 7ª ed., trad. José Ignacio García Lomas, Ariel, Barcelona, 1973, p. 32. "Se pueden distinguir dos grandes categorías de bienes y servicios: - Los bienes y servicios de consumo, o finales, que satisfacen directamente las necesidades de los consumidores (pan, por ejemplo); los bienes y servicios de producción, o indirectos, que son utilizados en la primera fase de la producción para suministrar bienes de consumo (el utensilio o la máquina)".

²⁰⁶ BARRÉ, Raymond, *Economía...*, cit., p. 32. Los bienes de producción y los bienes de consumo pueden ser de dos tipos: los bienes de un solo uso, cuya utilización es inmediata (pan, electricidad); los bienes de uso durable, cuya utilización se prolonga en el tiempo (casas, vestidos, máquinas).

²⁰⁷ A través del decreto 2442/2005 se aprobó el régimen sobre uso responsable de elementos informáticos, en el que se regula exhaustivamente la utilización de los servicios de la red y de Internet, el acceso y operación de dicha red y el uso del correo electrónico, los recursos y elementos informáticos, respecto del personal de la Administración Pública centralizada, descentralizada y organismos de la constitución, cualquiera fuere la relación contractual que los uniere con los organismos mencionados. El texto del régimen consta en anexo I del decreto. En el punto 5 se regula el uso permitido, en el punto 6 el uso aceptable, en el punto 7 el uso prohibido y en el punto 8 el uso indebido de los sistemas.

²⁰⁸ En los incs. 4º a 6º, art. 42 del Código Fiscal se regulan prerrogativas en cabeza de la administración fiscal relativas al acceso y control del *software* e información relativa a éste para controlar la operatoria impositiva de contribuyentes o responsables. Los controles pueden ser en tiempo real o también, previa autorización judicial, la utilización de programas en procesos de auditoría fiscal para la extracción de datos de los equipos informáticos de quien fuere auditado.

ley 7764/1971²⁰⁹, ya que la primera sustituyó el antiguo régimen de contabilidad gubernamental, por lo que respecto del registro de las existencias y movimiento de bienes rige el art. 94²¹⁰ de esta ley, junto con ésta corresponde aplicar el capítulo V "De la gestión de bienes de la provincia", del decreto-ley 7764/1971 para administrar los bienes del Estado.

Dentro de éste el art. 44²¹¹ determina cómo está integrado el patrimonio provincial; el art. 45²¹² prevé los organismos que tienen a cargo los bienes; el art. 46²¹³

Art. 42, Código Fiscal: "Con el fin de asegurar la verificación oportuna de la situación impositiva de los contribuyentes y demás responsables, la Autoridad de Aplicación podrá exigir de ellos y aun de terceros...

"...4) Requerir de los contribuyentes, responsables y terceros, el acceso en tiempo real a los sistemas informáticos que registran operaciones vinculadas con la materia imponible y a los soportes magnéticos aludidos en el inc. d) del presente artículo, debiendo determinar la Autoridad de Aplicación los medios informáticos necesarios para generar el enlace con el contribuyente. Asimismo, podrá requerir copia de la totalidad o parte de dichos soportes magnéticos suministrando los elementos materiales al efecto. (*Modificado apartado 4)*) por ley 13.405).

"5) Requerir información o documentación relacionada con el equipamiento de computación utilizado y de las aplicaciones implantadas, sobre las características técnicas del *hardware* y *software*, ya sea que el procesamiento se desarrolle en equipos propios o arrendados o que el servicio sea prestado por un tercero. Asimismo podrá requerir especificaciones acerca del sistema operativo y los lenguajes y/o utilitarios utilizados, como así también, listados de programas, carpetas de sistemas, diseños de archivos y toda otra documentación o archivo inherentes al procesamiento de los datos que configuran los sistemas de información.

"6) Previa autorización del Juez de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional, utilizar, por parte del personal fiscalizador del organismo, los programas y utilitarios de aplicación en auditoría fiscal que posibiliten la obtención de datos, instalados en el equipamiento informático del contribuyente que sean necesarios en los procedimientos de control a realizar.

"Lo especificado en el presente inciso también será de aplicación a los servicios de computación que realicen tareas para terceros. Esta norma sólo será de aplicación en relación a los sujetos que se encuentren bajo verificación.

"La Autoridad de Aplicación dispondrá los datos que obligatoriamente deberán registrarse, la información inicial a presentarse por parte de los responsables o terceros, y la forma y plazos en que deberán cumplimentarse las obligaciones dispuestas en el presente inciso..."

²⁰⁹ Art. 125, ley 13.767: "Deróganse los arts. 1º al 24, 35 al 43 y 53 al 73 del decreto-ley 7764/1971 y sus modificatorias, la ley 8827 y sus modificatorias, la ley 8941 y sus modificatorias y toda otra norma que se oponga a la presente ley".

A través de este artículo, la Ley de Administración Financiera sólo derogó parte del decreto-ley 7764/1971 rigiendo en las restantes cuestiones, tal el caso de la gestión de bienes del Estado.

²¹⁰ Art. 94, ley 13.767: "La Contabilidad de Bienes del Estado registrará las existencias y movimiento de los bienes, con especial determinación de los que ingresen al patrimonio por ejecución del presupuesto o por otros conceptos, de modo de hacer factible el mantenimiento de inventarios permanentes".

²¹¹ Art. 44, decreto-ley 7764/1971: "El patrimonio de la Provincia se integra con los bienes que, por disposición expresa de la ley o por haber sido adquiridos por sus organismos, son de propiedad provincial".

²¹² Art. 45, decreto-ley 7764/1971: "La administración de los bienes de la Provincia estará a cargo de las Jurisdicciones y Organismos que los tengan asignados o los hayan adquirido para su uso.

"El Poder Ejecutivo determinará el Organismo que tendrá a su cargo la administración de los bienes en los siguientes casos:

"a) cuando no estén asignados a un servicio determinado;

"b) cuando cese dicha afectación;

"c) en el caso de los inmuebles cuando quedaren sin uso o destino específico".

²¹³ Art. 46, decreto-ley 7764/1971: "Los bienes inmuebles de la Provincia no podrán enajenarse ni gravarse en forma alguna sin expresa disposición de la ley que, al mismo tiempo, deberá indicar el

regula la prohibición de enajenar o gravar los bienes inmuebles, salvo disposición legal expresa; el art. 47²¹⁴ estipula que los bienes muebles y semovientes deberán destinarse al uso o consumo para el que fueron adquiridos. Luego regula la forma que debe guardarse en caso de transferencia, esto es, que se haga por acto administrativo y que el organismo receptor cuente con crédito presupuestario suficiente para afectar al valor del bien transmitido, pudiendo el Poder Ejecutivo excepcionar esta regla conforme lo establece este artículo; el art. 48²¹⁵ regula la potestad de donación de bienes declarados fuera de uso; el art. 49²¹⁶ regla la permuta de bienes muebles o semovientes; el art. 50²¹⁷, la potestad de locar bienes muebles; el art. 51²¹⁸, los

destino de su producido, en cuyo defecto, pasará a integrar el conjunto de recursos aplicados a la financiación general del presupuesto”.

²¹⁴ Art. 47, decreto-ley 7764/1971: “Los bienes muebles y semovientes deberán destinarse al uso o consumo para que fueren adquiridos. Toda transferencia posterior deberá formalizarse mediante acto administrativo correspondiente, siendo requisito indispensable que el Organismo al cual se transfiera cuente con crédito disponible en el presupuesto para ser afectado por el valor de los bienes que reciba.

”El Poder Ejecutivo podrá disponer excepciones a esta norma, mediante disposición expresa en cada oportunidad, en los siguientes casos:

”a) cuando por procesos de racionalización, fusión o supresión de oficinas o dependencias, sea conveniente dar destino distinto a bienes en existencia o su venta resulte antieconómica;

”b) cuando así lo justifique, con razones fundadas, la labor accidental o extraordinaria, en cuyo caso podrá asignar bienes en préstamo o uso temporario, por el término de dicha labor, a dependencias provinciales, nacionales, municipales o empresas del Estado;

”c) cuando el monto de los bienes a transferir, no exceda el límite establecido en el inc. 2) del art. 26, por cada Órgano Administrativo que reciba los bienes en el transcurso del ejercicio;

”d) cuando de la aplicación de la misma resulte un evidente perjuicio a los intereses provinciales o se planteen dificultades presupuestarias insalvables, en cuyo caso, deberá incluir una información especial en la cuenta general del ejercicio correspondiente”.

²¹⁵ Art. 48, decreto-ley 7764/1971: (decretos 8974, 9249 y 9344): “Podrán donarse a entidades de bien público con personería jurídica y registradas como tales, los bienes muebles que fuesen declarados fuera de uso, siempre que su valor de realización, individualmente considerado, no exceda del veinticinco por ciento (25%) del monto establecido en el inc. 2º) del art. 26 de esta ley, ni del cincuenta por ciento (50%) de su valor de reposición.

”La declaración de fuera de uso y el valor estimado de realización, deberán ser objeto de pronunciamiento por parte de Organismo Técnico competente.

”Podrán ser donados aquellos semovientes cuya vida útil se encuentre agotada, debiendo tal circunstancia ser previamente certificada por profesional veterinario autorizado.

”El Poder Ejecutivo, o los Ministros en quienes éste delegue, en todos los supuestos que estimare que mejor conviene al interés general, podrá autorizar transferencias sin cargo de bienes muebles o semovientes al Estado Nacional, a los Municipios, o entre las distintas reparticiones de la Provincia, cualquiera sea su valor y estén o no en desuso”.

²¹⁶ Art. 49, decreto-ley 7764/1971: “Podrán permutarse bienes muebles o semovientes siempre que se demuestre que la operación resulta ventajosa a los intereses fiscales. La valuación deberá establecerse por Oficina Técnica competente que asimismo deberá pronunciarse con respecto a la calidad y características de los bienes a permutar.

”La entrega a cuenta de precio de bienes muebles o semovientes, en operaciones de compra y venta simultánea, será reglada por el Poder Ejecutivo”.

²¹⁷ Art. 50, decreto-ley 7764/1971 (decreto 8813/1977): “El Poder Ejecutivo o aquella autoridad en quien éste delegue la facultad establecida por el presente artículo, podrá convenir la locación de maquinarias, útiles, herramientas y demás bienes muebles que integren el patrimonio de la Provincia, con aquellas empresas contratistas del Estado que ejecuten obras para éste, siempre que los mismos sean destinados exclusivamente a su realización”.

²¹⁸ Art. 51, decreto-ley 7764/1971: “Competerá a las autoridades superiores de los Poderes del Estado, o a los funcionarios en quienes las mismas deleguen la facultad, y a las de organismos especiales autorizados por ley, la aceptación de donaciones a favor de la provincia”.

requisitos para la recepción de donaciones y el art. 52²¹⁹, en concordancia con el art. 94, ley 13.767, prescribe la necesidad de llevar el inventario general de bienes de la provincia y su actualización.

Los decretos 1186/1977, 1720/1977, 2501/1978, 9344/1979 y 5612/1984 reglamentan este capítulo.

5. Deber de comportarse correctamente dentro y fuera de su trabajo

— Art. 78, inc, e), ley 10.430:

Conservar en el servicio y fuera de él, una conducta decorosa y digna, acorde con las tareas que le fueran asignadas.

El deber de dignidad o buen comportamiento no sólo es exigible dentro de las paredes del órgano administrativo donde se desempeña el agente o fuera de ella en el ejercicio de la función. La función que tiene a su cargo exige un plus, extendiendo los alcances del deber a sus actividades privadas cuando ello pueda afectar al organismo, variando en intensidad en proporción con la importancia de las tareas asignadas²²⁰. Muchas veces la limitación al comportamiento privado del agente implica asumir obligaciones luego de extinguida la relación de trabajo²²¹. Para Fiorini²²², el fundamento de exigir deberes de comportamiento determinado más allá del ámbito de trabajo responden al hecho de formar parte de una empresa pública, el que no pertenece al propio agente, a un partido, ni a una ideología, sino que se trata de una empresa pública sobre bienes comunes. Muchos de los actos exigidos hacen a la moralidad administrativa, los que no necesariamente deben encontrarse de modo expreso regulados en las normas. La conducta debe ser pública, puede ser permanente o esporádica, pero debe tener suficiente repercusión sobre la Administración y reacción adversa en tanto conducta socialmente condenada o repudiada²²³.

Esta exigencia debe armonizar con la garantía a la privacidad consagrada en el art. 19, CN: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación

²¹⁹ Art. 52, decreto-ley 7764/1971: “En concordancia con lo establecido en el art. 39, todos los bienes del Estado formarán parte del Inventario General de Bienes de la Provincia, que deberá mantenerse permanentemente actualizado.

”El Poder Ejecutivo podrá disponer relevamientos totales o parciales de bienes en las oportunidades que estime necesario”.

²²⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 241. SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, cit., p. 311. Este autor entiende que debe exigírsele en su vida privada un mínimo de decoro y dignidad compatible con su investidura pública. En nota al pie da como ejemplo el siguiente: “Esta obligación hay que apreciarla en relación con la importancia del cargo que se ejerce. Así, parece lógico admitir que un cargo de responsabilidad, como el Director de un Ministerio, no puede ser desempeñado por quien fuere un ebrio consuetudinario, proxeneta reconocido o tahúr, aun cuando estrictamente en sus funciones públicas nada pudiese reprochársele”.

²²¹ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., p. 824. El autor señalaba: “Puede tratarse de un solo acto del agente como también de una conducta permanente, que la conciencia media de nuestro ambiente la condene o repudie”.

²²² FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., p. 825.

²²³ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., p. 828.

será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe". El límite impuesto por la cláusula constitucional²²⁴ hace que el deber de mantener una conducta decorosa fuera del organismo es relativo y limitado, lo que exige evitar abusos y arbitrariedades en el uso de la potestad disciplinaria²²⁵ cuando se la intente justificar en este deber o se lo trate de usar en forma inquisitiva avanzando sobre la privacidad de los agentes²²⁶.

El deber de dignidad en la conducta exige la evaluación de su comportamiento moral, pero no en su esfera privada sino cuando éste se refleja en su accionar comunitario, es decir, se tiene en cuenta cuando su comportamiento refleja una nota de alteridad. Es así que se ha dicho que cuando la moral involucra conductas sociales, estamos frente a una ética o moral públicas²²⁷ que, como en el caso del deber bajo análisis, pasan a tener consecuencias jurídicas al formar parte de deberes consagrados normativamente.

6. Deber de atender correctamente a los administrados

— Art. 78, inc. f), ley 10.430:

Proceder con cortesía, diligencia y ecuanimidad en el trato con el público.

Como una derivación del deber de desempeñar correctamente el servicio, los agentes están obligados a brindar un trato cortés y diligente a los ciudadanos que realizan peticiones, gestiones, presentaciones o reclamos. Este deber de comportamiento se mantiene aun cuando lo solicitado no corresponda a su ámbito de incumbencia, ya que estos patrones de conducta hacen al trato en sí y no al contenido de lo requerido o solicitado. El término cortés²²⁸ significa ser amable, servicial y atento en el trato; diligente supone rapidez y eficacia en la tarea²²⁹. El inciso también hace

²²⁴ CANASI, José, *Derecho...*, cit., p. 609. Para este autor, el deber de dignidad en la conducta hace que la garantía consagrada en el art. 19 no le sería aplicable con el mismo alcance que a todos los habitantes de la Nación.

²²⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., p. 456. DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. III, p. 426.

²²⁶ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., p. 252.

²²⁷ JEANNERET PÉREZ DE CORTÉS, María, LL del 12/7/2005, p. 1 con cita de Jesús González Pérez, "La ética en la Administración Pública", "Conjunto de normas morales que rigen la conducta del hombre en cuanto integrante de un pueblo o ciudad en cuanto ciudadano, sea o no funcionario, y en orden al bien común, bien público o bienestar general".

²²⁸ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 242. Este autor califica a este deber como de urbanidad y eficiencia en el trato con el público. Entiende que urbanidad significa buenos modos, cortesía; eficiencia traduce la idea de exactitud en la información, quienes carezcan de la primera son personas inaptas para el trato con el público, quien carezca de la segunda no tienen idoneidad técnica para el desempeño de la función o el empleo. En su comentario expresa: "No es, pues, concebible ni aceptable que los funcionarios o empleados le den al público informaciones equivocadas, o que le exijan el cumplimiento de requisitos innecesarios, pues semejante comportamiento revela incapacidad de parte del agente público, lo que ciertamente es inadmisibles, tanto más cuanto dicha incapacidad va acompañada de una fría insensibilidad, propia de la incultura".

²²⁹ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., p. 826. Este autor enumera cualidades necesarias en un agente para el trato con el público, al efecto expresa: "El agente es el servidor educado, correcto y eficiente del público, es decir de todos los administrados, su deber, aunque no lo establecieran las normas, se justifica por el cometido de sus funciones que son siempre públicas y de interés social. Aquí, en esta

mención al término ecuaníme; esta cualidad vinculada al trato con el público parece exigir igualdad²³⁰, es decir, una atención sin preferencias, circunstancia que es dable cumplir frente a la posibilidad de caer en el vicio de asignar prioridad en el trato a personas por su condición o calidad, tal es el caso de profesionales vinculados al servicio que se brinda o a los auxiliares de éstos. En otra de sus acepciones, ecuaníme es equivalente a imparcial, calificativo que debe exigirse al momento de decidir una cuestión como derivación del principio procedimental de búsqueda de la verdad objetiva. Como una variante más en su acepción como sinónimo de imparcialidad es necesario exigir, a quien atiende al público, tomar conciencia de los límites de su poder frente a quien solicita sus servicios²³¹.

La relación que los agentes pueden tener con el público varía de acuerdo con sus funciones, pudiendo ser esporádica o permanente; esto último teniendo en cuenta que muchos están asignados a atención al público, variando en intensidad de acuerdo con las características de las tareas encomendadas y la densidad poblacional de la región geográfica asignada a la oficina; no obstante las diferencias en sus funciones, el trato y el deber de atención a quien solicita algo deben ser siempre los mismos.

Es necesario destacar que quienes están en contacto con el público deben tener capacitación suficiente para ello y cobertura de apoyo integral, ya que la interacción con la gente, más aún en áreas de reclamos, exige, por un lado, brindar respuestas que resulten lo más satisfactorias posibles —lo que no implica hacer lugar a la petición del solicitante— y evitar dilaciones, concurrencia y trámites innecesarios; para el personal es necesario contar con apoyo para poder satisfacer las inquietudes para las que no pueda dar una respuesta por sí mismo, así como también apoyo profesional para superar las tensiones propias de la función, para lo cual los organismos deben disponer de gabinetes profesionales especializados.

Los “mostradores” son la cara de cada organismo y la puerta de entrada y salida de la información; por lo tanto, así como debe proporcionarse apoyo a quienes se desempeñan en las áreas de atención al público, debe procurarse su cobertura con personal idóneo para ello, cuyo perfil sea adecuado para el trato con la gente.

Es importante que existan canales de retroalimentación para mejorar la calidad de atención y del servicio en general. Para lograr la participación del público se implementan libros, tanto de quejas como de inquietudes, *call centers*, correos electrónicos y, en algunos organismos, oficinas destinadas al efecto.

7. Deber de mantener un buen trato con sus compañeros

— Art. 78, inc. g), ley 10.430:

Mantener vínculos cordiales, demostrar espíritu de cooperación, solidaridad y respeto para con los demás agentes de la Administración.

clase de relaciones se resalta el buen trato y su eficacia, como también se relacionan con la educación que se sustenta en la urbanidad y el buen respeto”.

²³⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22ª ed., www.rae.es, del latín *aequanimitas*, *atis*, l.f. Igualdad y constancia de ánimo; 2. Imparcialidad de juicio.

²³¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 243. Este autor señalaba los peligros de quien detenta una porción de “mando”, en este sentido decía: “La incultura de quienes ejercen una dosis cualquiera de poder es la vía que habitualmente conduce al abuso de poder”.

Este deber, como el anterior, deriva del de prestar correctamente el servicio. El comportamiento dentro de la organización debe ser adecuado al trabajo en equipo, ya que la contracción a las tareas no es la única condición en las relaciones laborales. El inciso exige vínculos cordiales, esto es, un trato amable y cortés; también espíritu de cooperación y solidaridad, lo que implica brindar apoyo en las tareas de los demás, lo que supone desarrollar las propias de la mejor manera posible para facilitar el trabajo del resto, para lo cual, además, puede ofrecer su ayuda. La coordinación de las tareas es fundamental para su correcto desarrollo, el deber bajo estas cualidades implica también relacionarlo con el de colaboración cuando ello sea solicitado por sus superiores. El respeto de los demás agentes supone mantener reglas de cortesía y urbanidad frente a cualquier diferencia de carácter, ideológica, religiosa, política o de otra índole que pudiere tener con sus compañeros.

Estas cualidades deben mantenerse tanto con sus pares como con sus superiores o sus subordinados, si bien el deber enunciado parece estar referido a prescribir una regla funcional de tipo horizontal.

8. Deber de conocimiento de las normas que lo rigen

— Art. 78, inc. h), ley 10.430:

h) Conocer fehacientemente las reglamentaciones, disposiciones y todas aquellas normas que hacen a la operatividad y gestión de la Administración y las referidas específicamente a las tareas que desempeña.

El deber de conocer las normas que rigen la función, tal como se ha plasmado en el inciso, exige que ello sea en forma fehaciente. Entendemos que el término “fehaciente” está dirigido a exigir un conocimiento acabado de las reglas que rigen la relación laboral.

La obligación no sólo comprende a las normas propias de la función, sino que se extiende a todas aquellas que hacen a la operatividad y gestión de la Administración, exigencia que supone la necesaria implicancia de todo agente con el resto de la organización.

El conocimiento fehaciente de toda norma que lo involucre exige un margen de compromiso tanto del agente como de la organización. La idoneidad técnica no debe demostrarse y evaluarse estáticamente, la continuidad de la relación para su correcto desempeño exige la capacitación permanente y, dentro de este ítem, debe incluirse el conocimiento y la comprensión de las nuevas disposiciones que rigen en la función y en la organización, así como su inclusión dentro del marco sistemático normativo que lo rige.

Para que el deber pueda ser efectivamente exigido, las áreas competentes deben difundir y explicar acabadamente los contenidos de las nuevas normativas y su vinculación con las ya vigentes, así como los efectos sobre normas consecuentemente derogadas.

La claridad normativa es fundamental tanto en la organización interna como hacia los terceros, así también la existencia de digestos o textos ordenados que permitan una interpretación sistemática, una rápida búsqueda y claridad de comprensión, evitando superposiciones y dudas sobre la vigencia de los textos.

Las áreas de atención al público deben contar con personal especializado para explicar la normativa vigente a quien lo solicite, así como textos disponibles para consulta en mostrador o a través de vínculos informáticos.

9. Deber de capacitarse

— Art. 78, inc. i), ley 10.430:

Cumplir los cursos de capacitación, perfeccionamiento y exámenes de competencia que se dispongan con la finalidad de mejorar el servicio.

Este inciso pone como exigencia para los agentes públicos provinciales, por un lado, la necesidad de realizar cursos de capacitación y perfeccionamiento y, por el otro, someterse a los exámenes de competencia que se dispongan; la norma aclara que deben ser con la finalidad de mejorar el servicio.

La capacitación puede implicar cursos de formación o actualización en una determinada incumbencia o tarea, el perfeccionamiento la optimización de los conocimientos ya adquiridos.

El deber de capacitación debe vincularse con las normas que regulan la carrera administrativa, ya que la capacitación es un factor determinante en el sistema de ascensos regulado en el capítulo destinado al régimen de ascensos, promociones y cambios de agrupamiento de la ley 10.430 (arts. 155 a 163).

Así, el art. 157²³² prevé como parámetros para decidir el ascenso, el puntaje acumulado por acciones de capacitación; ésta puede ser interna y externa, destinada a incrementar conocimientos relativos al cargo objeto de ascenso, o que no tengan relación directa pero que sirvan para conformar elementos constituyentes de la función a ejercer. También se pondera la predisposición del agente para participar y ejercer acciones de capacitación.

Podemos destacar los parámetros previstos en el decreto 3312/2007, reglamentario de la ley 13.714²³³, como ejemplo de ponderación en el procedimiento concursal. En éste, por su art. 15²³⁴, se contemplan tres tipos de competencias: a) ético

²³² Art. 157, ley 10.430: “Se tendrá en cuenta para decidir el ascenso:

”...2) Puntaje acumulado por acciones de capacitación. Dicho puntaje es la resultante de considerar:

”2.1. Capacitación interna relacionada directamente a incrementar los conocimientos del agente para desempeñarse en el cargo objeto del ascenso, especialmente cuando dicha acción constituya un requisito fundamental para la cobertura del cargo.

”2.2. Capacitación externa que reúna los requisitos establecidos en el punto.

”2.3. Acciones de capacitación interna y externa no relacionada directamente al cargo en cuestión, pero que sirvan para conformar los elementos constituyentes de la función a ejercer.

”2.4. Predisposición del agente para participar y ejercer acciones de capacitación...”.

²³³ Que, como describiéramos precedentemente, prevé un mecanismo de regularización por el término de un año para la cobertura de vacantes en la Administración con suspensión del procedimiento previsto en la ley 10.430.

²³⁴ Art. 15, decreto 3312/2007: “En los procesos de selección se evaluarán tres tipos de Competencias:

— Competencias ético institucionales: son valores que se manifiestan en comportamientos observables y susceptibles de ponerse en práctica en cada puesto de trabajo. Están referidos al respeto por los derechos humanos y las instituciones de la democracia, como así también a la búsqueda de la justicia y la promoción de la inclusión social en el diseño y ejecución de las políticas de Estado. El compromiso

institucionales, b) técnico profesionales y c) actitudinales; luego, por el art. 16²³⁵ se establecen porcentajes para su ponderación, dentro de los cuales prevalece la competencia técnico profesional. Por el art. 17²³⁶ se indican los instrumentos para evaluar las distintas competencias, se crea una unidad técnica de selección²³⁷, que entre

debe manifestarse, particularmente, en la institución estatal en la que se presta servicios, conociendo el Plan de Gobierno y/o el Plan Estratégico o Institucional del organismo y reconociendo el rol indelegable del Estado en materia de integración social y promoción del desarrollo. Estas competencias son básicas y comunes a todos los grupos, sin perjuicio de otras específicas del mismo carácter que cada puesto demande.

— Competencias técnico profesionales: son las competencias específicas y necesarias para el cumplimiento de las acciones correspondientes a un puesto de trabajo determinado. Comprenden: 1) Los conocimientos teóricos, metodológicos y técnicos adquiridos por formación profesional y/o la experiencia. 2) Las habilidades para la utilización de herramientas o instrumentos técnicos propios de una profesión, oficio o especialidad. 3) Las destrezas o entrenamientos físicos e intelectuales que permiten actuar con pericia, arte o ingenio, incluso en situaciones nuevas o no previstas.

— Competencias actitudinales: son el conjunto de actitudes y estrategias que pone en juego un trabajador/ra para relacionarse con su entorno laboral y social. Incluye entre otras: capacidad para la integración de equipos; predisposición al cambio; proactividad, comunicación y propensión a la resolución constructiva de conflictos; capacidad de liderazgo y coordinación de tareas. En todos los casos dentro de las competencias ético institucionales deberá asignarse puntaje a la antigüedad en la repartición y/o en el sector”.

²³⁵ Art. 16, decreto 3312/2007: “Las competencias deberán ser ponderadas de la siguiente manera:

— Ético institucionales: (30%) treinta por ciento.

— Técnico profesionales: (40%) cuarenta por ciento.

— Actitudinales: (30%) treinta por ciento”.

²³⁶ Art. 17, decreto 3312/2007: “En cada jurisdicción se constituirá una Unidad Técnica de Selección que tendrá la atribución de evaluar las competencias ético institucionales, técnico profesionales y actitudinales, mediante los instrumentos que se determinen para cada caso, pudiendo considerarse entre otros los siguientes:

— Análisis de antecedentes: estudios formales, capacitación en servicio, experiencia laboral, participación en programas o servicios relacionados con el cargo, desempeño en funciones similares o de mayor complejidad y responsabilidad en la Administración Pública Provincial.

— Entrevista institucional.

— Pruebas de oposición.

— Presentación de ideas innovadoras o sugerencias para el área.

— Entrevista psicológica.

— Pruebas del campo de la psicología y la sociología laboral.

— Entrevistas grupales e individuales: consenso de pares, incidente crítico”.

²³⁷ Art. 18, decreto 3312/2007: “La Unidad Técnica de Selección estará integrada de la siguiente manera:

— Titular de la Jurisdicción u Organismos, o a quienes les sea delegada la representación, en el supuesto que los cargos a cubrir tengan dependencia directa del funcionario.

— El Director/a Provincial/General y Director/a del área donde está radicada la vacante a cubrir, quienes podrán ser representados por quienes ellos designen, siempre que posean jerarquía no inferior a Jefe de Departamento.

— El/la titular de la Delegación de Personal donde se realiza el concurso, o su reemplazante natural.

— Un/a representante por cada gremio con actuación en el Organismo, quienes actuarán en calidad de veedores.

— La Subsecretaría de la Gestión Pública y la Dirección Provincial de Personal, y eventualmente la Dirección Provincial de Igualdad de Oportunidades, podrán actuar como veedores. La UTS podrá solicitar la asistencia técnica que crea conveniente a fin de evaluar correctamente aquellos requerimientos que por su especificidad, requieran de una opinión especializada en la materia.

otras funciones²³⁸ establecerá un orden de mérito²³⁹, en el que se prevé que sólo en caso de paridad prevalecerá la antigüedad; así también en caso de renuncia antes de tomar posesión del cargo del elegido se llamará al que sigue en el orden de mérito. Cabe destacar el procedimiento descripto —independientemente de su efectiva implementación— por basarse en las condiciones de idoneidad de los postulantes frente a otras cuestiones señaladas en la ley 10.430, como su pertenencia a un agrupamiento, clase o categoría, excepcionadas por el art. 2º, ley 13.714²⁴⁰, y relativizada, en principio —por requerir comenzar dentro de la unidad orgánica donde se produjo la vacante—, por el mecanismo previsto en el art. 5º²⁴¹ de su decreto reglamentario al establecer un orden creciente de apertura concursal.

La capacitación constituye un elemento determinante en la evaluación de un postulante en un concurso para lograr un ascenso; si bien en el régimen de excepción descripto —ley 13.714 y decreto 3312/2007— constituye un elemento a ponderar dentro de la competencia técnico profesional, en el régimen previsto en la ley 10.430

La UTS dejará constancia de sus decisiones por medio de actas suscriptas por los integrantes de la misma”.

²³⁸ Art. 19, decreto 3312/2007: “Las personas que se desempeñen como veedoras tendrán por principal finalidad el seguimiento de todo el proceso de selección. En consecuencia podrán:

”— Tener acceso al expediente completo en cualquier etapa en que se encuentre.

”— Dejar constancia en el mismo de las observaciones que consideren pertinentes y agregar informes.

”— Solicitar informes aclaratorios o propuestas, que en todos los casos deben ser formuladas y contestadas por escrito por la UTS y agregadas al expediente.

”— Asistir a las pruebas de oposición o tener acceso a las mismas cuando se trate de instrumentos escritos o presentaciones en cualquier otro soporte.

”— Conocer los dictámenes o resultados de la entrevista psicológica, en caso que dichos instrumentos no se agreguen al expediente.

”— Realizar toda otra actividad que conduzca al ejercicio de su función, en resguardo de los principios de transparencia, imparcialidad, idoneidad e igualdad de oportunidades que orientan los procesos de selección”.

²³⁹ Art. 20, decreto 3312/2007: “La UTS establecerá un orden de mérito entre los aspirantes presentados, de acuerdo a los resultados del proceso de evaluación, siendo seleccionado para el cargo a cubrir el que ocupe el primer lugar en el orden de mérito. Si éste renunciara antes de asumir el cargo, se llamará al siguiente de la lista conforme al orden de mérito.

”En aquellos casos en que la ponderación efectuada arroje paridad entre los postulantes, prevalecerá el aspirante con mayor antigüedad en la Administración Pública provincial”.

²⁴⁰ Art. 2º, ley 13.714: “Establécese que las vacantes que se produzcan en el término referido, cualquiera fuere su causa, en cargos de los diversos Agrupamientos de Personal de la ley citada, con excepción del Jerárquico, podrán cubrirse con carácter de titular, mediante el procedimiento de selección que se establezca por vía reglamentaria.

”A esos fines, podrán postularse los agentes que reúnan los requisitos exigidos para la cobertura del cargo, con independencia del Agrupamiento, Clase y Categoría en que revisten”.

²⁴¹ Art. 5º, decreto 3312/2005: “Los procesos de selección tendrán carácter interno respecto de la jurisdicción, dándose prioridad a los postulantes de la dotación de la unidad orgánica donde se produjo la vacante. En caso de no haber postulantes conforme a lo prescripto en el párrafo anterior, el llamado se ampliará en forma progresiva a las unidades orgánicas dependientes del nivel jerárquico inmediato superior, dentro de la misma jurisdicción.

”En el caso de no contar con postulantes dentro de la jurisdicción, se podrá realizar una convocatoria abierta a otras jurisdicciones de la Administración Pública Provincial”.

conforma un ítem específico que, a través de la reglamentación del art. 157²⁴² del decreto 4161/1996, en la mayoría de los casos conforma el porcentaje de mayor incidencia en la evaluación y en aquellos en que se requiriera examen de competencia será igual al que corresponda a éste.

En la provincia de Buenos Aires, el organismo competente encargado de coordinar la capacitación de los agentes es el IPAP a través de la Dirección de Formación y Capacitación.

El decreto 2930/2004 complementa el decreto 2100/2004 y aprueba la segunda etapa de apertura de la estructura orgánico funcional de la Subsecretaría de la Gestión Pública dependiente de la Secretaría General de la Gobernación. Allí se enuncian las acciones en cabeza de la Dirección de Formación y capacitación, donde se destacan la planificación y ejecución de programas de Capacitación, especialización, actualización y formación para los agentes estatales, como también la administración del Sistema Provincial de Capacitación²⁴³. También se le asigna la coordinación de este sistema, que fue implementado con la participación de las distintas jurisdicciones de la Administración Pública provincial²⁴⁴.

En cuanto a los exámenes de competencia, éstos pueden ser parte del sistema de promoción para determinar la calificación de los agentes²⁴⁵ o, cuando razona-

²⁴² Art. 157, decreto 4161/1996: "I. Los distintos elementos que se consideran para el ascenso, conforme a lo establecido por la ley, tendrán como máximo el siguiente porcentaje de incidencia en la calificación final del concurso:

"Sin examen de competencia	Con examen de competencia
"Calificación 15%	Calificación 10%
"Capacitación 40%	Capacitación 30%
"Antecedentes 30%	Antecedentes 20%
"Mérito 15%	Mérito 10%
"Examen 30%	

"II. A los efectos previstos en los incs. 2.1 y 2.2 de este artículo de la ley, se considerarán como máximo cinco (5) acciones de capacitación, que serán las de mayor relevancia entre las que acredite el agente, a cuyo fin el Organismo Central de Administración de Personal determinará el puntaje de las mismas, a propuesta del Consejo Asesor de Personal.

"III. La valoración de los distintos elementos a que se refiere el apartado I del presente será aprobada por el Organismo Central de Administración de Personal, a propuesta del Consejo Asesor de Personal, el cual proyectará las matrices respectivas.

"IV. En los casos de paridad de puntaje, prevalecerá el aspirante con mayor antigüedad en la Administración Pública Provincial. De persistir la igualdad, prevalecerá el de mayor antigüedad en el cargo de revista al momento de concursar".

²⁴³ Decreto 2930/2004 Subsecretaría de la Gestión Pública. Instituto Provincial de la Administración Pública. Secretaría Ejecutiva. Dirección de Formación y Capacitación. Acciones:

"1. Planificar y ejecutar programas de capacitación, especialización, actualización y formación para los recursos humanos del Sector Público provincial, municipal y de las organizaciones políticas y sociales, así como administrar el Sistema Provincial de Capacitación.

"...3. Coordinar la detección, planificación, el diseño y la evaluación de las actividades de capacitación y formación del Sistema Provincial de Capacitación. Evaluar el desempeño de todas las actividades del mismo, proponiendo las pautas y criterios necesarios para su desarrollo...".

²⁴⁴ En www.cdcc.ipap.sg.gba.gov.ar/siproca/ puede consultarse información relativa a este sistema y a las jurisdicciones que lo integran.

²⁴⁵ Art. 158, ley 10.430: "Promoción. La Promoción es el pase del agente de un grado al inmediato superior dentro de su clase. Se producirá en base a la calificación en forma automática".

Art. 159, ley 10.430: "La Promoción se producirá en forma automática cuando el agente obtenga por dos (2) años consecutivos un puntaje que supere la media aritmética del agrupamiento en cuestión

blemente lo determine el superior, con el fin específico de mejorar el servicio. Estos exámenes pueden ser producto de capacitación, perfeccionamiento o innovaciones en el área.

10. Deber de denunciar las irregularidades administrativas que llegaren a su conocimiento

— Art. 78, inc. j), ley 10.430:

Dar cuenta, por la vía jerárquica correspondiente a los organismos de fiscalización y control, de las irregularidades administrativas que llegaren a su conocimiento.

Este deber no debe confundirse con la obligación que tiene todo agente de denunciar delitos de acción pública, que haya conocido en ocasión del ejercicio de sus funciones, prescripta en el inc. 1º, art. 287²⁴⁶ del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires. En el deber de denunciar delitos no hay obligación alguna de concurrir al superior jerárquico para efectuar la denuncia, pero si ello coincidiera con la constatación de irregularidades administrativas deberá cumplir con el trámite allí previsto.

El inciso requiere que el agente que tomare conocimiento de irregularidades administrativas deba ponerlas en conocimiento del superior jerárquico, obviamente, salvo que éste esté involucrado en dichas irregularidades, para lo cual, entendemos, debería concurrir a quien se encuentre en un grado superior a éste o directamente a las áreas competentes. La provincia cuenta con dos organismos de control: la Contaduría General de la provincia y el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires, así también algunos organismos disponen de oficinas destinadas a constatar las irregularidades internas, tal es el caso de las oficinas de “asuntos internos” o también pueden tener asignadas dicha función las áreas de “auditoría interna”.

El art. 133²⁴⁷ del decreto-ley 7647 establece la existencia de órganos de fiscalización de la ley de procedimiento administrativo, entre cuyas funciones encon-

en cada Jurisdicción y que será establecido anualmente por la Junta de Calificaciones, Ascensos y Promociones”.

²⁴⁶ Art. 287, CPP Bs. As.: “Denuncia obligatoria. Tienen obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio:

”1. Los funcionarios o empleados públicos que los conozcan con ocasión del ejercicio de sus funciones.

”2. Los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan cualquier rama del arte de curar, en cuanto a delitos contra la vida y la integridad física que conozcan al prestar los auxilios de su profesión, salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional, el cual, salvo manifestación en contrario, se presumirá”.

²⁴⁷ Art. 133, decreto-ley 7647/1970: “El Poder Ejecutivo determinará los órganos para la fiscalización del cumplimiento de esta ley y especialmente:

”a) Tomar conocimiento de todas las denuncias o quejas de los administrados contra las decisiones irregulares o defectuosamente realizadas por agentes de la Administración Pública.

”b) Tomar conocimiento de todo incumplimiento de la presente ley, por denuncia o por información de funcionarios públicos sobre irregularidades comprobadas en los expedientes.

”c) Tomar conocimiento de las reclamaciones administrativas promovidas contra la Administración Pública y sus agentes.

”d) Realizar las investigaciones necesarias de los hechos a los que se refieren los incisos precedentes o las que de oficio se promuevan.

tramos, en el inc. b), tomar conocimiento de denuncias vinculadas con el incumplimiento de dicha norma que provengan de funcionarios públicos o sean informadas por éstos sobre irregularidades comprobadas en los expedientes administrativos. En la práctica, este artículo debe compatibilizarse con el deber previsto en este inciso y el mecanismo allí establecido.

De acuerdo con el procedimiento disciplinario previsto en la ley 10.430 y su decreto reglamentario 4161/1996, el superior jerárquico debe poner en conocimiento la denuncia realizada por los propios agentes al titular de la unidad orgánica que integran —la que debe estar aprobada por estructura orgánico funcional—, quien tiene potestad para solicitar instrucción del sumario, el que deberá ser ordenado por autoridad no inferior a director provincial o general²⁴⁸, para luego pasar para su sustanciación a la Dirección de Sumarios²⁴⁹, dependiente de la Dirección de Personal de la Provincia de Buenos Aires²⁵⁰. En este procedimiento participarán también la Junta de Disciplina, conforme lo establece el art. 93²⁵¹, y de acuerdo con lo previsto

”e) Realizar los estudios necesarios para la racionalización, ordenación y aceleración de las actuaciones administrativas.

”f) Recopilar las interpretaciones sobre procedimientos administrativos a fin de organizar el repertorio de decisiones de la Administración, que deberá publicarse periódicamente”.

²⁴⁸ Art. 92, ley 10.430: “La instrucción del sumario podrá ser pedida por cualquiera de los titulares de una unidad orgánica aprobada por estructura y será ordenada por una autoridad de jerarquía no inferior a Director Provincial o General con jurisdicción sobre el lugar o dependencia donde hubiere ocurrido el hecho y será sustanciada por intermedio de la dependencia del organismo central de administración del personal a la cual se asigne competencia específica para conocer en tales causas”.

²⁴⁹ Art. 92, decreto 4161/1996: “La dependencia con competencia específica para conocer en las causas previstas en el art. 92 de la ley es la Dirección de Sumarios, cuyo titular tiene las siguientes facultades:

”a) La organización de la Dirección proponiendo, la creación de los organismos internos que estime adecuados para el cumplimiento de sus funciones.

”b) Designar el o los instructores que sustanciarán los sumarios y los secretarios letrados, si correspondiere.

”c) Resolver las cuestiones de procedimientos que se sustancien durante la tramitación de los sumarios.

”d) Requerir directamente a todas las reparticiones provinciales y/o municipales los informes que considere indispensables, sin necesidad de seguir la vía jerárquica.

”Los organismos provinciales deberán evacuar los informes requeridos dentro de los cinco (5) días.

”e) Elevar a la Junta de Disciplina, previo dictamen, las actuaciones sumariales para la prosecución de su trámite.

”Las causales de recusación y excusación previstas para los instructores serán de aplicación para el Director de Sumarios. El incidente respectivo tramitará por separado y será resuelto por su superior jerárquico”.

²⁵⁰ Art. 122, ley 10.430: “Organismo Central. El Organismo Central de Administración de Personal, formará parte integrante de la Secretaría de la Gobernación a la que por ley Orgánica de Ministerios le compete y de él dependerán los organismos que sustancian los sumarios administrativos y efectúan los reconocimientos médicos, debiendo preverse además en la respectiva estructura funcional las dependencias necesarias para el cumplimiento de sus misiones y funciones”.

²⁵¹ Art. 93, ley 10.430: “A los efectos previstos en esta ley funcionará una Junta de Disciplina única y permanente que tendrá carácter de organismo asesor.

”La Junta de Disciplina tendrá las siguientes funciones:

”a) Expedirse en los sumarios administrativos, previo al dictado de la resolución, aconsejando la sanción a aplicar si hubiere motivo para ello.

”b) Expedirse en los supuestos de solicitudes de rehabilitación.

”c) Expedirse en los casos en que se requiera su intervención por la autoridad competente”.

en el art. 95²⁵², en algunos casos debe dictaminar la Asesoría General de Gobierno y, en caso de encontrarse interés fiscal comprometido, debe correrse vista de Fiscalía de Estado. Finalmente, de acuerdo con lo previsto en el art. 99, ley 10.430²⁵³, la resolución del sumario y eventualmente la aplicación de sanciones corresponderá al gobernador en caso de ser expulsivas; ministros, secretarios, subsecretarios, directores generales o provinciales o quienes tengan rango equivalente a éstos en caso de las correctivas y directores o equivalentes cuando las correctivas no superen la de suspensión hasta diez días. Este procedimiento será desarrollado con mayor detalle en el capítulo pertinente.

La Ley 13.767 de Administración Financiera, en su art. 114²⁵⁴ determina la obligación de rendir cuentas en forma documentada o comprobable de todo agente que administre, utilice, guarde o custodie dinero, valores o bienes; el art. 112²⁵⁵, la responsabilidad solidaria de quienes violen las normas de dicha ley, ya sea por disponerlo, ejecutarlas o intervenir; el art. 119²⁵⁶, la realización de actuaciones sumariales por parte de la Contaduría General de la Provincia de Buenos Aires y el art. 122²⁵⁷ prescribe que, luego de determinado el sumario, se deben elevar las actuaciones para resolución definitiva del Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires. Como

²⁵² Art. 95, ley 10.430: "Cuando la falta imputada pueda dar lugar a la aplicación de sanción expulsiva, deberá darse intervención a la Asesoría General de Gobierno para que, dentro del plazo de diez (10) días emita dictamen al respecto. Solamente se requerirá la intervención de la Fiscalía de Estado cuando de modo directo existan intereses fiscales afectados, la que deberá expedirse dentro del mismo plazo. Ambos organismos podrán recabar medidas ampliatorias".

²⁵³ Art. 99, ley 10.430: "Son competentes para aplicar las sanciones disciplinarias:

"a) El Poder Ejecutivo, las expulsivas.

"b) Los Ministros, Secretarios, Subsecretarios, Directores Generales o Provinciales, y demás funcionarios con idéntico rango a los enumerados, las correctivas.

"c) Los Directores, o sus equivalentes, las correctivas limitándose la suspensión hasta un máximo de diez (10) días".

²⁵⁴ Art. 114, ley 13.767: "Todo agente, como así también toda persona que perciba fondos en carácter de recaudador, depositario o pagador; o que administre, utilice, guarde o custodie dinero, valores u otros bienes o pertenencias del Estado Provincial, con o sin autorización legal, está obligado a rendir cuenta documentada o comprobable de su utilización o destino".

²⁵⁵ Art. 112, ley 13.767: "Todo acto u omisión que viole disposiciones legales o reglamentarias y que ocasione un daño económico a la Provincia importará responsabilidad solidaria para quienes lo dispongan, ejecuten, intervengan o controlen.

"El funcionario que reciba orden de hacer o no hacer, que implique transgredir aquellas disposiciones, está obligado a advertir por escrito al superior de quien reciba la orden acerca del carácter de la transgresión y sus consecuencias y el superior está obligado a responderle también por escrito. En caso que el superior insista, no obstante dicha advertencia, el funcionario cumplirá lo ordenado y comunicará la circunstancia a la autoridad máxima del Organismo o Ente y al Contador General de la Provincia, quedando a salvo su responsabilidad".

²⁵⁶ Art. 119, ley 13.767: "La determinación administrativa de responsabilidad, se hará mediante actuación sumarial que dispondrá el Contador General de la Provincia".

²⁵⁷ Art. 122, ley 13.767: "Una vez terminado el sumario y dictada la disposición pertinente por el Contador General de la Provincia, sobre la base de las conclusiones a que se haya arribado, se elevará lo actuado al Tribunal de Cuentas para su fallo definitivo, remitiéndose simultáneamente copia de la disposición al inculpado.

"Por vía reglamentaria se dictarán las normas, disposiciones e instrucciones necesarias para la sustanciación de los procedimientos prescriptos en el presente Capítulo, las que deberán preservar la garantía del debido proceso adjetivo".

correlato de esta norma, el art. 44²⁵⁸, Ley 10.869, Orgánica del Tribunal de Cuentas, remite a la ley de contabilidad para regular el procedimiento relativo al sumario de responsabilidad.

El art. 112, ley 13.767, prescribe que quien recibiere una orden en contraposición con lo regulado en la ley de contabilidad, sus reglamentaciones o normas complementarias deberá advertir por escrito al superior y éste deberá responderle por escrito; si insiste el agente debe cumplir con la orden pero quedará exento de responsabilidad. Deberá poner los hechos en conocimiento del contador general de la provincia de Buenos Aires y, ahora, con la nueva ley de administración financiera, también a la máxima autoridad del organismo o ente al que pertenezca. Como dijéramos precedentemente, esta norma se correlaciona con el mismo derecho a observación previsto en el art. 78, inc. b), ley 10.430; aquí, por la índole de la infracción, la autoridad receptora de las observaciones es la Contaduría General de la provincia, en el caso de la Ley de Empleo Público provincial, lo serán las áreas competentes dentro del propio organismo o el superior con atribuciones para solicitar investigaciones sumariales.

Dependerá la actuación de cada uno de los organismos descriptos, ya sea en forma exclusiva o conjunta de la índole de los hechos que motiven los sumarios. Si éstos afectan a la hacienda pública, entonces deberá actuar la Contaduría General de la Provincia de Buenos Aires —sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que pudiere determinarse por ser esferas de responsabilidad independientes—; en caso contrario sólo lo harán los organismos de la Administración Pública provincial con competencia disciplinaria.

Las irregularidades administrativas pueden o no estar vinculadas con hechos de corrupción²⁵⁹, así también pueden ser producto de conductas intencionales o culposas, tal es el caso de la responsabilidad del superior que insistió en el cumplimiento de su orden pese a la observación realizada por un agente subordinado indicando la posibilidad de ocurrencia de perjuicios en caso de llevarla a cabo.

Tanto la Convención Interamericana contra la Corrupción —ley 24.759— como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNVCC) —ley 26.097— prevén la necesidad de reglar en los sistemas internos el deber en cabeza de sus funcionarios de denunciar los hechos de corrupción. La segunda con mayor énfasis que la primera.

Podemos apreciar en el punto primero del artículo tercero de la CICC²⁶⁰, la exigencia a los Estados parte de “considerar la aplicabilidad” de medidas preventi-

²⁵⁸ Art. 44, ley 10.869: “Respecto del Sumario de Responsabilidad, se seguirán los procedimientos establecidos en el decreto-ley 7764/1971 (texto ordenado decreto 9167/1986) y art. 242 y complementarios del decreto-ley 6769/1958 (ley Orgánica de las Municipalidades)”.

²⁵⁹ En estos casos debe darse estricto cumplimiento al art. 287, inc. 1º, Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires en cuanto prescribe la obligación de denunciar delitos de acción pública.

²⁶⁰ Art. III de la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759): Medidas preventivas. “A los fines expuestos en el art. II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales destinadas a crear, mantener y fortalecer:

”1. Normas de conducta para el correcto, honorable y adecuado cumplimiento de las funciones públicas. Estas normas deberán estar orientadas a prevenir conflictos de intereses y asegurar la preservación y el uso adecuado de los recursos asignados a los funcionarios públicos en el desempeño de sus funciones. Establecerán también las medidas y sistemas que exijan a los funcionarios públicos informar

vas dentro de sus sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer el deber de exigir a los funcionarios denunciar a las autoridades competentes los actos de corrupción que hayan llegado a su conocimiento.

A su vez, el art. 8^o ²⁶¹ de la CNUCC en su punto 4 prevé que cada Estado parte debe considerar la adopción de medidas y sistemas que faciliten a los funcionarios públicos la denuncia de actos de corrupción a las autoridades competentes cuando hayan tenido conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones. El punto 6 del mismo artículo señala el deber de considerar la posibilidad de adopción de medidas disciplinarias para los funcionarios que transgredan los códigos o normas de conducta cuya regulación procura el art. 8^o. El art. 33 ²⁶² consagra la necesidad de incorporar mecanismos de protección de los denunciantes; obviamente en el caso de funcionarios públicos deben prever la protección de su situación laboral.

11. Deber de mantener un compromiso democrático

— Art. 78, inc. k), ley 10.430:

Respetar las instituciones constitucionales del país, sus símbolos, su historia y sus próceres.

a las autoridades competentes sobre los actos de corrupción en la función pública de los que tengan conocimiento. Tales medidas ayudarán a preservar la confianza en la integridad de los funcionarios públicos y en la gestión pública...”

²⁶¹ Art. 8^o de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Códigos de conducta para funcionarios Públicos:

“1. Con objeto de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos.

”2. En particular, cada Estado Parte procurará aplicar, en sus propios ordenamientos institucionales y jurídicos, códigos o normas de conducta para el correcto, honorable y debido cumplimiento de las funciones públicas.

”3. Con miras a aplicar las disposiciones del presente artículo, cada Estado Parte, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, tomará nota de las iniciativas pertinentes de las organizaciones regionales, interregionales y multilaterales, tales como el Código Internacional de Conducta para los titulares de cargos públicos, que figura en el anexo de la resolución 51/59 de la Asamblea General de 12 de diciembre de 1996.

”4. Cada Estado Parte también considerará, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, la posibilidad de establecer medidas y sistemas para facilitar que los funcionarios públicos denuncien todo acto de corrupción a las autoridades competentes cuando tengan conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones.

”5. Cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos.

”6. Cada Estado Parte considerará la posibilidad de adoptar, de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, medidas disciplinarias o de otra índole contra todo funcionario público que transgreda los códigos o normas establecidos de conformidad con el presente artículo”.

²⁶² Art. 33 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción. Protección de los denunciantes: “Cada Estado Parte considerará la posibilidad de incorporar en su ordenamiento jurídico interno medidas apropiadas para proporcionar protección contra todo trato injustificado a las personas que denuncien ante las autoridades competentes, de buena fe y con motivos razonables, cualesquiera hechos relacionados con delitos tipificados con arreglo a la presente Convención”.

Este inciso es de suma importancia como parámetro rector de la relación de empleo público y ha adquirido mayor dimensión y trascendencia como parámetro de ponderación de ingreso y evaluación de la relación laboral luego de las reformas constitucionales, tanto de la Constitución Nacional —art. 36— como de la provincial —art. 3°—, que plasmaron garantías institucionales contra actos de fuerza o hechos de corrupción. Estos artículos fueron desarrollados en el título “Idoneidad institucional” del capítulo de ingreso a la Administración Pública; por lo tanto, remitimos a las consideraciones allí expuestas sobre su trascendencia y alcances, debiendo aclarar que son extensibles las consecuencias para quien se encontrare dentro de la función pública a todo aquel que realizare cualquiera de las conductas contrarias al sistema democrático.

El inc. k), art. 78, ley 10.430, sin embargo, consagra un deber con un alcance mucho mayor al que como garantía esencial resguarda el plexo constitucional, ya que “el respeto a las instituciones” no supone necesariamente tener conductas de semejante entidad como las previstas en los arts. 36, CN, y 3°, Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Este deber encuentra su fundamento en el deber de fidelidad a la Constitución y a la ley, extendiendo sus alcances a la historia y los símbolos que hacen a la nacionalidad. Entendemos que la prescripción debe resultar abarcativa de idéntico respeto hacia las instituciones y los símbolos de la provincia de Buenos Aires por parte de sus agentes. Consideramos que más discutible es determinar cuándo se es irrespetuoso respecto de hechos históricos o próceres, dada la relatividad de las posturas históricas sin perjuicio de los hechos documentados, pero el límite lo será en la medida en que a través de críticas o hechos concretos se produzca una negación o ataque a los valores institucionales y democráticos.

Este deber no puede tergiversarse de tal manera que con él se pretenda obligar a alguien, por su condición de agente y subordinado, a adscribir a las ideas políticas, a un partido o a apoyar a determinado funcionario o mandatario²⁶³.

Ahora bien, sin ir en desmedro del deber bajo examen, la libertad de opinión política tiene que respetarse, pero ello debe hacerse dentro del marco de la institucionalidad, esto es, en los ámbitos adecuados; así como no se puede obligar a ningún agente a identificarse con ninguna idea política, éste debe respetar la institucionalidad y cumplir con los deberes que se le indiquen dentro de la función, independientemente de su adhesión o no con las ideas del gobierno legítimamente constituido²⁶⁴. El deber consagrado en este inciso exige respeto a la institucionalidad.

Manuel María Diez distingue tres categorías de lealtad: personal, gubernamental y nacional. La primera se produce en los regímenes autoritarios, en los que quien detenta el poder exige una fidelidad política que puede extenderse aun fuera de la función; la lealtad es hacia la persona. La segunda es con referencia al gobierno de turno; el autor distingue a éstos entre funcionarios de acción, gestión y ejecución. Considera que

²⁶³ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., p. 429.

²⁶⁴ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., p. 241. Este autor expresó: “La oposición política debe hacerse en el poder político, en la prensa, en los partidos políticos, en la opinión pública, porque en ellos no existe el deber jurídico que la función impone. El funcionario puede, naturalmente, tener opinión contraria a la del gobierno, y esa libertad de opinión debe ser respetada si cumple los deberes de la función pública y no relaja la disciplina”. MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 246. Este autor coincide con la opinión de Bielsa al respecto.

cabe exigir este tipo de fidelidad a los de acción por estar a la cabeza del movimiento, serían los denominados funcionarios “políticos” sin estabilidad. En el caso de nuestra provincia, podemos citar los previstos en el art. 107, ley 10.430, donde se menciona al director general provincial, director y equivalentes. La tercera es la que considera fundamental, ya que el funcionario debe ser fiel al Estado. Señala que el deber de lealtad nacional implica una conducta demostrativa a través de la cual el funcionario cumple con intereses materiales, morales y políticos de la Administración²⁶⁵.

Como derivaciones de este deber, el art. 79, ley 10.430, proscribió en el inc. e)²⁶⁶ dirigirse en forma pública en términos despectivos a las autoridades o a sus actos, salvo que lo haga desde el punto de vista doctrinario o en cuestiones relativas a la organización del servicio; y en el inc. n)²⁶⁷ prohíbe obligar a adhesiones políticas, religiosas o sindicales a otros agentes de la Administración Pública.

Así también cuando la forma de difusión lo sea a través de los medios informáticos de la propia Administración; en este sentido, debe complementarse el deber de respeto con el punto 7.13.²⁶⁸ del anexo I del decreto 2442/2005 de uso responsable de elementos informáticos, en el que se prohíbe, a través de dicho medio, realizar cualquier actividad contraria a los intereses de la provincia.

12. Deber de declarar su patrimonio

— Art. 78, inc. l), ley 10.430:

Declarar bajo juramento, en la forma y tiempo que la ley respectiva y su reglamentación establezcan, los bienes que posea y toda alteración de su patrimonio.

El sentido de este deber es preventivo, ya que lo que se pretende es que el funcionario público pueda acreditar el origen de su patrimonio o de los fondos que permitieron su conformación y, eventualmente, su incremento. Lo que la norma intenta monitorear son las modificaciones patrimoniales, lo que puede suceder por incremento pero también por disminución. Este deber se relaciona con la exigencia de declarar todas las actividades lucrativas que desarrolle el agente prevista en el inc. n), art. 78, ley 10.430 —si bien este artículo tiene finalidades adicionales, como la de prevenir incompatibilidades o la de recabar servicios computables a los fines jubilatorios—.

²⁶⁵ DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., p. 400. Este autor, en nota al pie citando a Zanobini, indica que éste señaló “...que es incompatible con este deber de lealtad cualquier forma de crítica desleal a la Administración por medio de publicaciones que ofendan al decoro de la misma, que implique su denigración; también los actos de insubordinación cometidos públicamente con ofensa al principio de disciplina y autoridad...”.

²⁶⁶ Art. 79, ley 10.430: “Prohibiciones. Está prohibido a todo agente, complementariamente a lo que dispongan otras normas y reglamentaciones: ...inc. e) Referirse en forma evidentemente despectiva por la prensa o por cualquier otro medio; a las autoridades o a los actos de ellas emanados, pudiendo, sin embargo, en trabajos firmados o de evidente autoría, criticarlos desde un punto de vista doctrinario o de la organización del servicio...”.

²⁶⁷ Art. 79, ley 10.430: “Prohibiciones. Está prohibido a todo agente, complementariamente a lo que dispongan otras normas y reglamentaciones: ...inc. n) Exigir adhesiones políticas, religiosas o sindicales a otros agentes en el desempeño de su función...”.

²⁶⁸ Punto 7.13. del anexo I del decreto 2442/2005: “Realizar cualquier actividad contraria a los intereses de la Provincia, tal como publicar información reservada, acceder sin autorización a recursos o archivos o impedir el acceso a otros usuarios mediante el mal uso deliberado de recursos comunes”.

Este deber ha sido consagrado tanto por la CICC en su art. III, punto 4²⁶⁹, como por la CNUCC en su art. 8º, punto 5²⁷⁰. En este último se exige no sólo la declaración de ingresos, activos y pasivos, sino también de inversiones, información sobre regalos y beneficios importantes, que muchas veces no se mensuran como parte del activo; tal es el caso de invitaciones a eventos, espectáculos, etcétera.

13. Deber de excusarse

— Art. 78, inc. m), ley 10.430:

Excusarse de intervenir en todo aquello en que su actuación pueda originar interpretación de parcialidad.

El inciso prescribe la obligación de apartarse cuando su participación pueda dar lugar a parcialidad aunque no tenga intención de actuar de dicha manera.

No está particularmente reglamentado, la ley no tiene una norma genérica de excusación o recusación pero sí se ha regulado este instituto en la regulación del procedimiento sumarial.

En efecto, en la reglamentación del art. 92, inc. 4º, destinado a los instructores punto XVII²⁷¹, se enumeran causales de recusación; allí se hacen extensivas al secretario letrado, las mismas causales se prevén para el director de Sumarios en el

²⁶⁹ Art. III. Medidas preventivas: "A los fines expuestos en el Art. II de esta Convención, los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer: ...4. Sistemas para la declaración de los ingresos, activos y pasivos por parte de las personas que desempeñan funciones públicas en los cargos que establezca la ley y para la publicación de tales declaraciones cuando corresponda".

²⁷⁰ Art. 8º: "Códigos de conducta para funcionarios públicos: ...5. Cada Estado Parte procurará, cuando proceda y de conformidad con los principios fundamentales de su derecho interno, establecer medidas y sistemas para exigir a los funcionarios públicos que hagan declaraciones a las autoridades competentes en relación, entre otras cosas, con sus actividades externas y con empleos, inversiones, activos y regalos o beneficios importantes que puedan dar lugar a un conflicto de intereses respecto de sus atribuciones como funcionarios públicos".

²⁷¹ Punto XVII del inc. 4º) Instructores de la Reglamentación del art. 92, ley 10.430 según decreto 4161/1996: "El sumariado podrá recusar al instructor por algunas de las siguientes causas:

"a) Parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado civil o segundo por afinidad con alguno de los involucrados o denunciantes.

"b) Ser o haber sido denunciado o acusado por un delito o falta disciplinaria por alguno de los involucrados o denunciantes.

"c) Ser o haber sido denunciador o acusador del que recusa.

"d) Tener interés directo o indirecto en el resultado del sumario, que se manifieste por parcialidad evidente en la investigación.

"e) Tener el instructor, su cónyuge o sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado o afines hasta el segundo, pleito pendiente con el recusante.

"f) La amistad íntima con alguno de los involucrados o denunciantes, que se manifieste por frecuencia en el trato.

"g) Enemistad manifiesta o resentimiento por hechos graves y conocidos con involucrados o denunciantes.

"h) Ser o haber sido tutor o curador de involucrados o denunciantes.

"i) Tener comunidad de intereses con involucrados o denunciantes.

"j) Ser acreedor, deudor o fiador de involucrados o denunciantes.

"k) Haber recibido el instructor de parte del imputado beneficio de importancia o después de iniciado el sumario, presentes o dádivas, aunque sean de poco valor.

art. 92, inc. e)²⁷² de la reglamentación de la ley 10.430 por el decreto 4161/1996, y para los miembros de la Junta de Disciplina en el punto VI²⁷³ del art. 94 de la reglamentación de la ley 10.430 por el decreto 4161/1996. Así también conforme al punto XL²⁷⁴ del inc. 8 de la reglamentación del art. 92 se establece que podrá recusarse por las mismas causales a los peritos designados en el sumario. Las causales previstas para la recusación generan el deber de excusarse a los mismos agentes.

Frente a esta regulación concreta cabe hacer dos observaciones, la reglamentación se refiere solamente a causales de excusación dentro del trámite sumarial y respecto de los funcionarios que allí se indican cabe resolver dos cuestiones: 1) si puede extenderse el régimen de excusación a quienes participando del procedimiento sumarial no son ninguno de los agentes allí enumerados y 2) si corresponde extenderlo a todos los supuestos en los que los agentes regidos por la ley 10.430 ejercen sus funciones, aun cuando no se trate de aquellos que están llevando adelante un procedimiento disciplinario.

En el trámite sumarial quien no ha sido mencionado expresamente por la reglamentación ha sido la autoridad con competencia para sancionar. Consideramos que, por una cuestión de afinidad, corresponde hacer extensivo a éste el régimen previsto en la normativa especial, dado que es necesario dotar al sumariado de la misma pre-

"1) Las causales de recusación enunciadas precedentemente alcanzarán igualmente al representante o patrocinante del inculpado.

"El instructor que se encuentre en alguna de la circunstancias enumeradas deberá excusarse.

"La recusación no suspende el curso del sumario, salvo en lo que atañe a la declaración del sumariado, pudiendo designarse transitoriamente otro instructor mientras se sustancia el correspondiente incidente.

"Las causales de recusación y excusación antes enunciadas, serán de aplicación también para los secretarios letrados que pudieren ser designados".

²⁷² Art. 92, decreto 4161/1996: "La dependencia con competencia específica para conocer en las causas previstas en el art. 92 de la ley es la Dirección de Sumarios, cuyo titular tiene las siguientes facultades: ...e) Elevar a la Junta de Disciplina, previo dictamen, las actuaciones sumariales para la prosecución de su trámite.

"Las causales de recusación y excusación previstas para los instructores serán de aplicación para el Director de Sumarios. El incidente respectivo tramitará por separado y será resuelto por su superior jerárquico".

²⁷³ Art. 94, decreto 4161/1996: "...VI. Dentro de los dos (2) días de radicado un sumario en la Junta de Disciplina, el o los imputados podrán deducir recusación contra algún miembro y/o el Presidente, debiendo expresar por escrito la causa en que la fundamenta y ofrecer la prueba respectiva en el mismo acto.

"El Presidente y los miembros de la Junta podrán ser recusados únicamente por alguna de las causales establecidas en el art. 92, apart. XVII de esta Reglamentación. El Presidente o miembro de la Junta que se encuentre comprendido en alguna de esas causales de recusación, deberá excusarse de intervenir.

"El incidente tramitará en la forma que establezca el Reglamento interno de la Junta de Disciplina".

²⁷⁴ Art. 92: "...inc. 8º) Medios de Prueba, E) Pericial, ...LV. Las causales de recusación y excusación previstas para los instructores serán de aplicación para los peritos designados.

"Este derecho podrá ser ejercido dentro de los tres (3) días de la notificación o de tomar conocimiento de la causa, cuando fuere sobreviniente o desconocida. A los efectos anteriores la autoridad que designe al perito deberá practicar la notificación fehaciente de ello al sumariado y transcurrido el plazo aludido, sin que hubiere oposición, quedará firme la designación. De mediar oposición, la misma tramitará en incidente por separado y será resuelta por el instructor actuante. En caso de acogerse, devolverá las actuaciones al funcionario designante para que proceda al reemplazo del perito. La decisión que adopte el instructor será irrecurrible".

rogativa que para el resto de los funcionarios intervinientes le permite recusarlos por las causales previstas en el punto XVII de la reglamentación del art. 92.

Distinto es el caso de la resolución de otro tipo de cuestiones ajenas al procedimiento sumarial, ya que aquí cabría aplicar el régimen previsto en el art. 6° del decreto-ley 7647/1970 por no excepcionar al régimen general sin perjuicio de que, conforme al régimen que regule la función que compete al agente, se disponga un particular régimen de excusación o de excusación y recusación.

El art. 1° del decreto-ley 7647/1970 dispone que ésta sea de aplicación supletoria a los procedimientos administrativos con regímenes especiales²⁷⁵ y en su art. 6° regula el régimen de excusación²⁷⁶. Allí se establece que la recusación no es viable salvo que normas especiales lo determinen; por otra parte se consagran en dos incisos las siguientes causales de excusación: 1) parentesco con el interesado hasta el cuarto grado por consanguinidad y segundo por afinidad, 2) interés en el asunto, 3) amistad íntima, 4) enemistad manifiesta.

14. Deber de declarar actividades laborales

— Art. 78, inc. n), ley 10.430:

Declarar bajo juramento los cargos y o actividades oficiales o privadas, computables para la jubilación, que desempeñe o haya desempeñado, como asimismo toda otra actividad lucrativa.

— Reglamentación del art. 78, inc. n) conforme decreto 4161/1996:

La declaración jurada deberá formularse por escrito en forma simultánea con el acta de toma de posesión del cargo respectivo y en cuanta oportunidad se le requiera.

Como expresáramos en el comentario al inc. l) del art. 78 de la ley, la finalidad del presente inciso excede a la de declarar el patrimonio y sus modificaciones, ya que, sumado a la necesidad de transparentar sus ingresos para evitar toda sospecha de enriquecimiento patrimonial injustificado, el presente deber exige que quien tenga otro empleo u ocupación de carácter oneroso la declare para constatar su posible incompatibilidad con el empleo público, así también se requiere la comunicación de toda actividad pública o privada, aun cuando ya se haya desempeñado cuando ellas sean computables a los fines jubilatorios. Esta exigencia tiene por objeto permitir

²⁷⁵ Art. 1°, decreto-ley 7647/1970: "Se regulará por las normas de esta ley el procedimiento para obtener una decisión o una prestación de la Administración Pública de Buenos Aires y el de producción de sus actos administrativos. Será de aplicación supletoria en las tramitaciones administrativas con regímenes especiales".

²⁷⁶ Art. 6°: "Ningún funcionario o empleado es recusable, salvo cuando normas especiales así lo determinen. Son causales de obligatoria excusación para los funcionarios o empleados que tengan facultad de decisión o que sea su misión dictaminar o asesorar:

"a) Tener parentesco con el interesado por consanguinidad dentro del cuarto grado o por afinidad hasta el segundo grado.

"b) Tener interés en el asunto o amistad íntima o enemistad manifiesta con el actuante.

"El funcionario que resolviera excusarse deberá elevar las actuaciones al superior jerárquico, quien considerará su procedencia o improcedencia. En el primer caso designará el funcionario sustituto o resolverá por sí. En el segundo, devolverá las actuaciones al inferior para que continúe entendiendo. En ambos casos la decisión causará ejecutoria".

a la Administración poder realizar los cálculos necesarios al momento de otorgar los beneficios jubilatorios y, en su caso, aplicar los regímenes de reciprocidad que correspondan.

La reglamentación específica que dichas actividades deben ser declaradas al ingreso o cuando sea exigido; entendemos que la prescripción debe cumplirse cuando haya un cambio en su situación declarada sin necesidad de petición de la propia Administración.

Este artículo debe correlacionarse con la incompatibilidad constitucional²⁷⁷ de acumular dos o más empleos públicos a sueldo en una misma persona, aun cuando se trate de la Administración provincial y nacional así como también con las disposiciones reglamentarias que la regulan, tal el caso del decreto 8078/1973 y sus modificatorias, los que fueron analizados en el capítulo destinado a tratar el ingreso a la organización administrativa.

15. Deber de declarar su domicilio real

—Art. 78, inc. o), ley 10.430:

Declarar y mantener actualizado su domicilio ante la repartición donde presta servicios, el que subsistirá a todos los efectos legales mientras no denuncie otro nuevo.

— Art. 78, inc. o), decreto 4161/1996:

La obligación de declarar su domicilio deberá ser cumplida en el acta de toma de posesión del cargo.

Cuando el agente cambie su domicilio está obligado a comunicarlo dentro de los cinco (5) días hábiles de producido el mismo a la repartición donde presta servicios, quien a su vez lo pondrá en conocimiento del Organismo Sectorial de Personal en forma inmediata, para su registro en el respectivo legajo.

El deber previsto en la ley 10.430 es el de declarar y mantener actualizado su domicilio ante la repartición donde presta servicios.

El inciso tiene una finalidad, que la Administración cuente con el domicilio actualizado, como asiento legal de la persona será el que tenga en cuenta la Administración para hacer nacer determinados efectos jurídicos o exigir el cumplimiento de algunos deberes u obligaciones derivados de la relación laboral a través de notificaciones e intimaciones que pudiese llegar a cursarle el organismo empleador.

La norma no exige que este domicilio esté en un lugar determinado; sin embargo, ésta debe compatibilizarse con lo dispuesto en el art. 54²⁷⁸ de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Allí se establece que todo funcionario y empleado

²⁷⁷ Art. 53, Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "No podrán acumularse dos o más empleos a sueldo en una misma persona, aunque sea el uno provincial y el otro nacional, con excepción de los del magisterio en ejercicio. En cuanto a los empleos gratuitos y comisiones eventuales, la ley determinará los que sean incompatibles".

²⁷⁸ Art. 54, Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "Todo funcionario y empleado de la Provincia, cuya residencia no esté regida por esta Constitución, deberá tener su domicilio real en el partido donde ejerza sus funciones.

"La ley determinará las penas que deban aplicarse a los infractores y los casos en que pueda acordarse, licencias temporales".

cuya residencia no esté regida por la Constitución debe tener domicilio real en el partido donde ejerza funciones, disponiendo luego que la ley determinará las penas que deban aplicarse a los infractores y los casos en que puedan acordarse licencias temporales.

Los casos regulados en la Constitución son los de diputados y senadores en el art. 85²⁷⁹, que deben residir en la provincia mientras dure su ejercicio y el del gobernador y vicegobernador que, de acuerdo con el art. 130²⁸⁰, deben residir en la ciudad de La Plata. El resto de los funcionarios y empleados no tiene domicilio fijado por el texto constitucional.

El texto remite a la ley para determinar las sanciones y la determinación de supuestos de licencia temporal.

El texto constitucional se mantiene idéntico desde la Constitución de 1889, hace prácticamente ciento veinte años, en que la realidad era muy diferente a la actual, donde era impensado contar con los medios de comunicación y prever la dimensión de los conglomerados urbanos que se han conformado en torno a las grandes ciudades de nuestro país. La Ley de Empleo Público no receptó el requisito, por lo que obviamente, tampoco previó régimen sancionatorio alguno ni la forma de hacer valer licencias temporales, quizá teniendo en cuenta la realidad demográfica y urbanística de la actualidad.

Se ha distinguido el concepto de domicilio del de residencia, por ser el primero de índole jurídica y el segundo, de índole práctica, siendo este último el que adquiere importancia para la determinación del deber al que estamos haciendo referencia²⁸¹.

El deber de residencia exige que el funcionario tenga su asiento físico en un lugar cercano a su empleo, de tal manera que pueda cumplir con el deber que exige el correcto cumplimiento de las funciones²⁸², vinculado a su vez con los deberes de asiduidad y puntualidad²⁸³. El fin querido es cumplir plenamente con la función, resultando la residencia un factor complementario de ésta, por lo que garantizado ello no podrá condicionarse el lugar elegido por la persona para determinar el asiento en el que desarrollará su vida privada sin una causal razonable. En este sentido ha sido regulado en la ley 13.661 para magistrados y funcionarios, donde en el art. 21,

²⁷⁹ Art. 85, Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "Los senadores y diputados residirán en la Provincia mientras dure el ejercicio de sus funciones".

²⁸⁰ Art. 130, Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "El Gobernador y el Vicegobernador en ejercicio de sus funciones, residirán en la Capital de la Provincia y no podrán ausentarse del territorio provincial por más de treinta días sin autorización legislativa".

²⁸¹ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., p. 253. Este autor ha expresado en este sentido: "En el derecho privado, y especialmente internacional privado, el domicilio, a diferencia de la residencia, es una institución fundamental, pues determina la capacidad del sujeto y también la validez de los actos. La residencia, a este respecto sólo tiene una cualidad subsidiaria (art. 90, inc. 5º, CCiv.). Pero no es ésta una cuestión que debamos considerar en el derecho administrativo, tanto en lo que concierne a la elegibilidad como condición, como a un deber de la función pública. En este derecho el elemento importante es la residencia. No por inadvertencia de terminología jurídica, sino deliberadamente, las leyes y ordenanzas administrativas hablan de residencia y no de domicilio".

²⁸² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 225.

²⁸³ DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., p. 423.

inc. b)²⁸⁴, se dispone que la exigencia de tener domicilio en el partido donde se ejerzan las funciones constituirá falta en la medida en que produzca un real perjuicio a la administración de justicia.

En concordancia con lo expuesto en sentencia del 22 de octubre de 2007 en causa A. 69.395, “Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley” la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires ha interpretado en sentido dinámico el requisito previsto en el art. 121 de la Constitución provincial para quien se postulare como gobernador de haber tenido domicilio por un plazo de por lo menos cinco años dentro de la provincia, con ejercicio de la ciudadanía no interrumpida para quien no hubiere nacido en ella.

En el fallo se ponderaron los avances en el transporte y la comunicación²⁸⁵, así también la interacción que se produce entre centros urbanos dentro de grandes conglomerados o desde otras localidades hacia éstos; en el caso, entre la Capital Federal y la localidad de Ramos Mejía en el conurbano bonaerense²⁸⁶.

16. Deber de declarar en sumarios administrativos

— Art. 78, inc. p), ley 10.430:

Declarar en los sumarios administrativos ordenados por autoridad competente, siempre que no tuviere impedimento legal para hacerlo, así como también en las informaciones sumarias.

El inciso prescribe el deber de todo agente de concurrir a declarar, si bien la norma nada dice, debe entenderse en calidad de testigo, ya que rige en materia disciplinaria el principio consagrado en el art. 18, CN, por el cual nadie está obligado a declarar contra sí mismo.

²⁸⁴ Art. 21, inc. b), ley 13.661: “Las faltas a que se refiere el art. 20 son las siguientes:...b) No tener domicilio real en el partido en que ejerza sus funciones, en la medida en que esta circunstancia produzca real perjuicio a la administración de justicia...”.

²⁸⁵ Sup. Corte Bs. As., 22/10/2007, A. 69.395, “Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley” (voto Dr. Pettigiani). Magistrados votantes: doctores Kogan, Pettigiani, de Lázzari, Hitters, Negri, Domínguez, Natiello. “Una interpretación dogmática de dicha norma podría a la luz de las circunstancias actuales no resultar razonable teniendo en cuenta los fines que se tuvieron en miras al sancionarla.

“Es que observo que el enunciado literal de la cláusula adquiere pleno sentido o, más preciso aún, posibilitaría arribar al logro que intentaba conseguir el convencional, con carácter absoluto, si nos afincamos en una realidad de nuestro país muy distinta a la presente, donde entre otras muchas consideraciones los medios de comunicación y también los de transporte no tenían las características que nuestras generaciones conocen. Hoy los satélites, la informática, en suma la tecnología desarrollada permiten acelerar y profundizar el conocimiento hasta la minuciosidad en determinados casos”.

²⁸⁶ Sup. Corte Bs. As., 22/10/2007, A. 69.395, “Candidatura Scioli, Daniel. Impugnación. Recurso de inaplicabilidad de ley” (voto Dr. Pettigiani). Magistrados votantes: doctores Kogan, Pettigiani, de Lázzari, Hitters, Negri, Domínguez, Natiello. “No está de más sopesar que la contigüidad del domicilio al que se había mudado el señor Scioli —Ciudad Autónoma de Buenos Aires— con la provincia, hace que la presunción de falta de conocimiento de la problemática y coyuntura local que subyace en la norma carezca aún más de fundamento, pues tal conocimiento hubiese sido tan accesible para el mismo como lo hubiera sido de seguir viviendo en el anterior domicilio provincial —Ramos Mejía—. No pueden soslayarse los intensos desplazamientos que existen entre los habitantes de la ciudad capital de la República y los contornos de ella, el llamado conurbano bonaerense, que concentra una enorme proporción de la población de la Provincia de Buenos Aires”.

Esto se compadece con la regulación del procedimiento sumarial en el decreto reglamentario 4161/1996, ya que allí se dispone, en el punto XXXIII²⁸⁷, que el imputado cuenta con las garantías de falta de juramento o promesa de decir verdad, derecho de negarse a declarar y la inexistencia de presunción en su contra por tal negativa.

En el punto XXXVII²⁸⁸ del inc. 8º, B, medios de prueba, testimonial, se especifica que los agentes de la Administración están obligados a prestar declaración y, en caso de incomparecencia, serán pasibles de sanción, debiendo transcribirse esta norma en la citación. En el punto XXXIX²⁸⁹ se prevé que quienes estuvieren enfermos o impedidos físicamente prestarán testimonio en el lugar en donde se encuentren, debiendo concurrir allí el instructor. Los funcionarios de determinado rango pueden prestar declaración por escrito a través de oficio, tal es el caso del gobernador y los funcionarios mencionados en el art. 99, inc. b)²⁹⁰ de la ley, éstos son los ministros, secretarios, directores generales o provinciales y funcionarios equivalentes. Todos los funcionarios mencionados, menos el gobernador, deben contestar el oficio dentro de los cinco días; la excepción relativiza el deber a favor de este último.

De la complementación del texto de la ley con los artículos del decreto reglamentario cabe delimitar los alcances del deber de declarar a la exigencia de prestar testimonio en sumarios o informaciones sumarias.

En la ley 25.164 (Marco de Empleo Público Nacional), el art. 23, inc. i) de su anexo se consagra este deber, pero allí se especifica claramente que el deber allí estipulado es el de declarar como testigo.

²⁸⁷ Art. 92, inc. 8º, medios de prueba. a) Declaración del inculcado XXXIII del decreto 4161/1996: "Cuando se proceda a citar a un agente comprendido en el orden de sumario, se le recibirá declaración indagatoria, sin exigirle juramento o promesa de decir verdad.

"Si la instrucción considerara que un agente no mencionado en el orden de sumario, pudiere llegar a ser responsable del hecho investigado o existiera estado de sospecha, procederá a recibirle declaración informativa en las mismas condiciones que al sumariado, sin que ello implique atribuirle tal carácter.

"En ambos casos, deberá constar en el acta el carácter de declaración y de las garantías que lo amparan.

"Dichas garantías, además de la falta de juramento o promesa de decir verdad, consisten en el derecho de negarse a declarar y la inexistencia de presunción en su contra por tal negativa".

²⁸⁸ Art. 92, inc. 8º, b, medios de prueba. Testimonial, punto XXXVII: "Los agentes de la Administración están obligados a prestar declaración. Si debidamente notificados no comparecen sin causa que los justifique, se harán pasibles de las sanciones que les pudiere corresponder. En las notificaciones se harán constar esta norma".

²⁸⁹ Art. 92, inc. 8º, b, medios de prueba. Testimonial, punto XXXIX: "Están obligados a declarar pero no a comparecer:

"a) Los enfermos o impedidos físicamente, quienes lo harán en el lugar en que se encuentren, donde concurrirá el instructor.

"b) El Gobernador de la Provincia, las autoridades mencionadas en el art. 99, inc. b) de la ley y demás funcionarios provinciales de jerarquía equivalente, declararán por oficio, a tenor del interrogatorio pertinente que se transcribirá en el mismo. A excepción del Gobernador, los restantes funcionarios deberán devolver el oficio cumplimentando en el plazo de los cinco (5) días de recibido el mismo".

²⁹⁰ Art. 99, ley 10.430: "Son competentes para aplicar las sanciones disciplinarias: ...inc. b) Los Ministros, Secretarios, Subsecretarios, Directores Generales o Provinciales, y demás funcionarios con idéntico rango a los enumerados, las correctivas...".

17. Deber de respetar la vía jerárquica

— Art. 78, inc. q), ley 10.430:

Observar la vía jerárquica en toda presentación referida a actos de servicio y mientras no se hubiere dispuesto otro procedimiento.

— Art. 78, inc. q), decreto 4161/1996:

Toda presentación deberá ser formulada por escrito. Por excepción, cuando en la misma pueda encontrarse involucrado el superior jerárquico inmediato, deberá hacerse llegar en forma simultánea copia de la misma al funcionario que le sigue en orden jerárquico.

Este artículo impone al agente respetar la línea de mando para realizar cualquier presentación relativa al servicio, esto involucra cuestiones vinculadas a la relación en sí, reclamos salariales, licencias, etc., o a cuestiones del servicio, tanto organizacionales como de la prestación en sí misma. La norma exige que como principio deba recurrirse a su superior.

La reglamentación dispone que ello deba hacerse por escrito y dispone una excepción para el caso en que el superior inmediato esté involucrado en el motivo del reclamo; en este caso no se exige al agente de presentar la nota a éste sino que debe hacerse una copia simultánea para remitir al superior que esté sobre su jefe.

III. PROHIBICIONES REGULADAS EN LA LEY 10.430

— Art. 79 (encabezado) de la ley 10.430:

Prohibiciones. Está prohibido a todo agente, complementariamente a lo que dispongan otras normas y reglamentaciones...

La relación de empleo público en su faz pasiva no sólo genera al trabajador prescripciones positivas sino también abstenciones o conductas omisivas, éstas son las prohibiciones.

Las prohibiciones, a diferencia de los deberes, tienen en general finalidad preventiva, ya sea para evitar caer en incompatibilidades o, directamente, para neutralizar conductas perjudiciales para la Administración.

Dentro de las prohibiciones encontramos varios supuestos que constituyen incompatibilidades.

Como dijéramos en el capítulo de "Ingreso a la organización administrativa", la ley 10.430 no ha dedicado un capítulo específico para el tratamiento de los distintos supuestos de incompatibilidades, pero muchas de ellas están consagradas en el art. 79, tales son los casos de las siguientes prohibiciones: a) ser directa o indirectamente, proveedor o contratista habitual u ocasional de la Administración Pública o dependiente o asociado de las mismas, b) asociarse, dirigir, administrar, asesorar, patrocinar o representar a personas físicas o jurídicas, que cuestionen o exploten concesiones o privilegios de la Administración provincial, salvo que éstas cumplan un fin social o de bien público y que no se manifiesten incompatibilidades entre las funciones o tareas asignadas en la Administración y las desarrolladas en tales entidades, ni puedan presumirse situaciones de favoritismo o arbitrariedad en el otorgamiento de tales beneficios, así como también, mantener relación de dependencia con

entes directamente fiscalizados por la representación a que pertenezca; c) practicar la usura en cualquiera de sus formas; d) vender todo tipo de artículos o ejercer cualquier actividad comercial en el ámbito de la Administración Pública y e) patrocinar trámites o gestiones administrativas o judiciales referentes a asuntos o tareas que se encuentren, o no, oficialmente a su cargo.

Expresamos oportunamente que por incompatibilidad para el ejercicio de la función pública entendemos la imposibilidad de desempeñar un cargo cuando se está cumpliendo otra actividad, función o cuando el postulante tenga determinado vínculo jurídico que permita presumir razones para limitar su dedicación laboral o infieran un conflicto de intereses²⁹¹.

Así también en el art. 79 encontramos supuestos que proscriben la consumación de conductas que por sí, resultan perjudiciales para la Administración, ya sea desde el punto de vista económico, funcional o de reputación.

1. Prohibición de percibir beneficios económicos no autorizados

— Art. 79, inc. a), ley 10.430:

Percibir estipendios o recompensas que no sean los determinados por las normas vigentes, aceptar dádivas u obsequios que se ofrezcan como retribución de actos inherentes a sus funciones o como consecuencia de ellas.

Este artículo tiene un evidente contenido preventivo, ya que trata de evitar la parcialidad o preferencia solapada y, en el peor de los casos, la consumación de hechos más graves de corrupción.

La norma excepciona aquellos supuestos habilitados por la normativa vigente para recibir estipendios o recompensas, un ejemplo de ello es la posibilidad de los abogados del Estado de percibir la totalidad de los honorarios del perdidoso o una parte de ellos.

Dádiva y obsequio podemos considerarlos sinónimos, podría entenderse que el concepto de dádiva incluye a aquellas cosas con significado económico, no necesariamente tiene que ser dinero, puede ser un favor, una ventaja u otro bien apreciable patrimonialmente; en cambio el concepto de obsequio puede comprender todo aquel presente sin valor económico cuantificable, tal el caso de cosas de valor afectivo o el compromiso de comportarse de determinada manera.

²⁹¹ BIELSA, Rafael, *Derecho administrativo...*, cit., t. III, p. 143. Este autor ha entendido que: "...la incompatibilidad resulta de la oposición de intereses del funcionario o empleado respecto de los intereses de la Administración Pública, que prevalecen siempre, y que son, por eso mismo, los que determinan la exclusión del cargo, función o empleo. Los intereses de la Administración Pública son administrativos, económicos y morales". MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 250. Este autor distingue cuatro razones determinantes de las incompatibilidades: 1) evitar los abusos de otorgar varios empleos a una misma persona; 2) lograr que el funcionario o empleado se dedique con exclusividad a su función, para lo cual debe tener una remuneración adecuada; 3) obtener una ordenación del mercado de trabajo, distribuyendo los cargos en la Administración Pública entre el mayor número posible y conveniente de personas; 4) impedir que el agente ejerza en forma concomitante con el cargo una actividad que no se condiga con éste. Cita como ejemplo ser prestamista de dinero por contradecir razones morales. FIORINI, Bartolomé, *Derecho...*, cit., p. 801, entiende que las incompatibilidades pueden ser "...respecto a la eficiencia del servicio; a la dedicación de las tareas; a la idoneidad de la función; y al orden ético".

El inciso no exige que la percepción implique la consumación de un soborno, lo que en cambio constituye un condicionante del delito de cohecho, por otro lado, sí puede encuadrar en el delito tipificado en el art. 259²⁹², CPen., esto es aceptación de dádivas en consideración del oficio, ya que este tipo penal reprime a quien admitiere obsequios que le hubieran sido entregados por su tarea, ello mientras permanezca el ejercicio del cargo. En el tipo penal del art. 259 también es castigado el que ofreciere o presentare la dádiva. En cambio el cohecho conforme al art. 256, CPen.²⁹³, se configura cuando alguien recibiera la dádiva o una promesa con la finalidad de hacer, retardar o no hacer tareas para las cuales resulta competente.

En cualquiera de los supuestos, la dádiva no necesariamente debe ser dinero, puede ser cualquier otra cosa, un favor o una ventaja.

La Convención Interamericana contra la Corrupción en el art. VII²⁹⁴, exige la tipificación de los delitos que en su art. VII²⁹⁵ define para castigar actos de corrupción; en la Convención de las Naciones Unidas, en su art. 15²⁹⁶, se prescribe la obligación de adoptar medidas legislativas para punir el soborno.

²⁹² Art. 259, CPen.: "Será reprimido con prisión de un mes a dos años e inhabilitación absoluta de uno a seis años, el funcionario público que admitiere dádivas, que fueran entregadas en consideración a su oficio, mientras permanezca en el ejercicio del cargo. El que presentare u ofreciere la dádiva será reprimido con prisión de un mes a un año".

²⁹³ Art. 256, CPen.: "Será reprimido con reclusión o prisión de uno a seis años e inhabilitación especial perpetua, el funcionario público que por sí o por persona interpuesta, recibiere dinero o cualquier otra dádiva o aceptare una promesa directa o indirecta, para hacer, retardar o dejar de hacer algo relativo a sus funciones".

²⁹⁴ Art. VI de la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759): "Actos de corrupción. 1. La presente Convención es aplicable a los siguientes actos de corrupción:

"a. el requerimiento o la aceptación, directa o indirectamente, por un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas, de cara.

"b. el ofrecimiento o el otorgamiento, directa o indirectamente, a un funcionario público o a una persona que ejerza funciones públicas, de cualquier objeto de valor pecuniario u otros beneficios como dádivas, favores, promesas o ventajas para ese funcionario público o para otra persona o entidad a cambio de la realización u omisión de cualquier acto en el ejercicio de sus funciones públicas:

"c. la realización por parte de un funcionario público o una persona que ejerza funciones públicas de cualquier acto u omisión en el ejercicio de sus funciones, con el fin de obtener ilícitamente beneficios para sí mismo o para un tercero;

"d. el aprovechamiento doloso u ocultación de bienes provenientes de cualesquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo; y

"e. la participación como autor, coautor, instigador, cómplice, encubridor o en cualquier otra forma en la comisión, tentativa de comisión, asociación o confabulación para la comisión de cualquiera de los actos a los que se refiere el presente artículo.

"2. la presente Convención también será aplicable, de mutuo acuerdo entre dos o más Estados Partes, en relación con cualquier otro acto de corrupción no contemplado en ella".

²⁹⁵ Art. VII de la Convención Interamericana contra la Corrupción (ley 24.759): "Legislación Interna. Los Estados Partes que aún no lo hayan hecho adoptaran las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para tipificar como delitos en su derecho interno los actos de corrupción descriptos en el artículo VI. I para facilitar la cooperación entre ellos, en los términos de la presente Convención".

²⁹⁶ Art. 15 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (ley 26.097): "Soborno de funcionarios públicos nacionales. Cada Estado Parte adoptará las medidas legislativas y de otra índole que sean necesarias para tipificar como delito, cuando se cometan intencionalmente:

"a) la promesa, el ofrecimiento o la concesión a un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad

2. Prohibición de exceder intencionalmente su competencia

— Art. 79, inc. b), ley 10.430:

Arrogarse atribuciones que no le correspondan.

El inciso castiga a quien, a sabiendas, excediere los límites de su competencia; es el denominado vicio de exceso de poder. Muchas veces existen conflictos positivos de competencia entre órganos u organismos y las leyes determinan los mecanismos para superarlos, tal el caso de los arts. 4^o²⁹⁷ y 5^o²⁹⁸, decreto-ley 7647/1970 —Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires—.

La prohibición exige que el agente se atribuya intencionalmente prerrogativas que no tiene. El inciso no exige que lo haga con fines determinados, ni que lo sea dentro o fuera del ámbito de su función.

3. Prohibición de tener vínculos contractuales en forma directa o indirecta

— Art. 79, inc. c), ley 10.430:

Ser directa o indirectamente, proveedor o contratista habitual u ocasional de la Administración Pública o dependiente o asociado de las mismas.

Ésta es una incompatibilidad preventiva, que ha sido considerada de naturaleza ética²⁹⁹, que apareja como consecuencia apartarse de un negocio cuando puede haber sospecha de parcialidad.

Este inciso prohíbe tener vínculos contractuales, directos o indirectos, con la Administración Pública, ya sean habituales u ocasionales, por lo que puede referirse a un acto, contrato o actividad con cierto grado de continuidad³⁰⁰. Se extiende la proscripción a quien sea dependiente del contratista o quien lo integre como asociado.

con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales;

”b) la solicitud o aceptación por un funcionario público, en forma directa o indirecta, de un beneficio indebido que redunde en su propio provecho o en el de otra persona o entidad con el fin de que dicho funcionario actúe o se abstenga de actuar en el cumplimiento de sus funciones oficiales”.

²⁹⁷ Art. 4^o, decreto-ley 7647/1970: “Cuando se produzca un conflicto interno de competencia entre autoridades u organismos administrativos, será resuelto por el ministro de que dependen.

”Los conflictos de competencia interministeriales o entre las dependencias de los ministerios y las entidades autárquicas o de éstas entre sí serán resueltos por el Poder Ejecutivo”.

²⁹⁸ Art. 5^o, decreto-ley 7647/1970: “En los conflictos de competencia se observarán las siguientes reglas:

”1.- Cuando dos autoridades se encuentren entendiendo en el mismo asunto, cualquiera de ellas de oficio o a petición de partes, se dirigirá a la otra reclamando para sí el conocimiento del asunto. Si la autoridad requerida mantiene su competencia, elevará sin más trámite las actuaciones al órgano administrativo que corresponda resolver quien decidirá la cuestión sin otra sustanciación, que dictamen de la Asesoría General de Gobierno.

”2.- Cuando dos ministerios o entidades autárquicas rehusaren conocer en el asunto, el último que lo hubiere recibido deberá elevarlo al Poder Ejecutivo, quien decidirá previo dictamen del Asesor General de Gobierno”.

²⁹⁹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 249.

³⁰⁰ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., p. 803.

El artículo tiene que ser interpretado razonablemente, ya que la dimensión de la Administración Pública provincial y la gran cantidad de agentes que se desempeñan en cada uno de sus organismos hacen que muchas veces el vínculo contractual no tenga relación alguna con la función del agente; el punto es prevenir la posible influencia de éste para favorecerse gracias a su posición³⁰¹.

La vinculación indirecta puede producirse, por ejemplo, por la participación de un familiar con vínculo directo, tal el caso de un cónyuge o un hijo. Un supuesto de causal indirecta expresamente previsto es el de ser dependiente del contratista. Causales directas son aquellas en que el propio agente o la persona jurídica de la que es asociado contrata con la Administración Pública.

La prohibición prevista en este inc. nada dice respecto de la naturaleza de la asociación, a diferencia del art. 6º, inc. 2º, decreto-ley 6769/1958 —Ley Orgánica de las Municipalidades—, en cuanto excepciona de la prohibición de contratar a quienes revisten simple calidad de asociados de sociedades cooperativas y mutualistas. En el caso de los municipios, esta excepción tiene gran importancia por la numerosa cantidad de cooperativas que tienen a su cargo servicios públicos comunales, pero idéntica situación puede darse respecto de servicios públicos asumidos por la provincia, tal es el caso del servicio eléctrico.

4. Prohibición de mantener vínculos patrimoniales con personas que mantengan relaciones contractuales con la Administración provincial o estén bajo fiscalización de la dependencia que integra

— Art. 79, inc. d), ley 10.430:

Asociarse, dirigir, administrar, asesorar, patrocinar o representar a personas físicas o jurídicas, que cuestionen o exploten concesiones o privilegios de la Administración Provincial, salvo que las mismas cumplan un fin social o de bien público y que no se manifiesten incompatibilidades entre las funciones o tareas asignadas en la Administración y las desarrolladas en tales entidades, ni puedan presumirse situaciones de favoritismo o arbitrariedad en el otorgamiento de tales beneficios, así como también, mantener relación de dependencia con entes directamente fiscalizados por la representación a que pertenezca.

Este inciso tiene la misma naturaleza que el anterior, evitando que el agente pueda hacer valer su posición dominante por razón de su función. Aquí la norma, en primer lugar, hace mención a diferentes acciones que lo vincularían con la Administración a través de un tipo contractual: la concesión, que puede ser de obra,

³⁰¹ TENAGLIA, Iván D., *Ley Orgánica de las Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires*, Platense, La Plata, 2000, p. 21. Este autor ejemplifica con un dictamen de Asesoría General de Gobierno la disociación entre un contrato determinado y un cargo público; en el caso, un médico cirujano en un hospital municipal y propietario de una estación de servicios que provee combustibles y lubricantes a la comuna. En este caso el organismo consultado dictaminó que por tratarse de un empleado cuya especialidad no corresponde al área administrativa ni con injerencia en la contratación de proveedores de insumos que no corresponden al área de salud, sumado a la necesaria presencia del médico cirujano para prestar su servicio profesional, concluyó que el caso encuadraba en la excepción prevista en el art. 6º, inc. 2º, decreto-ley 6769/1958, similar en líneas generales al comentado. (Asesoría General de Gobierno, expediente 2113-1235/1998, dictamen 83.015, gobierno, 23 de febrero de 1998, extraído de jurisprudencia. *Reseña de Jurisprudencia para Abogados*, Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, año XII, boletín nro. 82, La Plata, enero-febrero de 1999, ps. 60 y 61).

servicios o bienes, pero luego la extiende a aquellas acciones vinculadas a la explotación de privilegios, concepto que literalmente puede resultar demasiado lato y que entendemos debe interpretarse en forma limitada a aquellos casos de goce u otorgamiento de privilegios, tal es el caso de subvenciones, beneficios, cupos, etcétera.

El espectro es amplio, no sólo se prohíbe a quien esté asociado, lo que implica cualquier forma asociativa, regular o irregular, sino también a quien actúe como administrador, dirija, administre, asesore, represente o patrocine a una persona jurídica o individual. Si bien al finalizar la norma se hace mención a los dependientes de los órganos directamente fiscalizados por el organismo al que pertenezca, nada dice respecto de este supuesto para el caso de concesiones y privilegios.

El primero estaría contemplado dentro del inc. c) del art. 79, por hacer allí mención expresa a los dependientes y ser una la concesión. El segundo no lo estaría si el privilegio no deriva de un vínculo contractual, pero no existiría razón para diferenciar ambos supuestos, ya que, si la finalidad es evitar la parcialidad o ventaja por el vínculo, puede darse de igual manera en ambos casos; el punto es el límite para la presunción. Entendemos que, con el fin de evitar problemas interpretativos, correspondería unificar ambos incisos, dada su similitud para contemplar en uno y otro caso las cuestiones que cada uno de ellos trata y que son extensibles al otro.

El inciso bajo examen comprende, bajo la prohibición, la imposibilidad de ser parte de una persona jurídica o desempeñar funciones de conducción, haciendo mención a las de administrar y dirigir. La enunciación resulta abarcativa de cualquier forma organizacional a través de la cual se desempeñan estas funciones, v.gr., directores, gerentes, administradores. La prohibición resulta extensiva también a quienes sean representantes o patrocinantes de quienes tuvieran una concesión o privilegio.

En el final del inciso se incluye otro ejemplo cual es el mantener relación de dependencia con entes fiscalizados por la representación a que pertenezca. Debe entenderse representación como sinónimo de organismo.

El inciso trae una excepción para los agentes que teniendo las calidades enunciadas en la primera parte del inciso lo sean respecto de personas que cumplan un fin social o de bien público, siempre que no se manifiesten incompatibilidades entre las funciones asignadas en la Administración y las desarrolladas en dichas entidades, ni puedan presumirse situaciones de favoritismo o arbitrariedad en el otorgamiento de las concesiones o privilegios.

Entendemos que el criterio para determinar los límites a la participación de los agentes, cuando formen parte de entidades de bien público, resultaría útil para todos los supuestos del inciso: contrataciones, privilegios, fiscalización, ya que marca una pauta razonable para determinar si una participación puede presumirse parcial, dado que si alguien es miembro de la comisión directiva de una asociación con un fin social y en su función tiene poder decisorio para otorgar un privilegio o la concesión de uso de un bien de dominio público que permita generar fondos para la institución beneficiada, estará en la misma situación de sospecha que la de un gerente de una sociedad fiscalizada por un organismo del que forma parte; ambos están en una posición dominante y deberían tener la misma solución pero por otro lado, de la misma manera en que no resultaría incompatible el desempeño de un agente cuando el beneficio a la entidad de bien público es otorgada por un área donde el agente no tiene ingerencia alguna, tampoco parece serlo cuando quien se desempeña en una empresa de cualquier tipo no tiene ingerencia alguna con las áreas que resuelven la relación

contractual, la fiscalizan u otorgan un privilegio, ello porque el fin de la entidad no condiciona la potencial influencia.

5. Prohibición de expresarse en forma negativa respecto de las autoridades de la Administración o de sus actos

— Art. 79, inc. e), ley 10.430:

Referirse en forma evidentemente despectiva por la prensa o por cualquier otro medio; a las autoridades o a los actos de ellas emanados, pudiendo, sin embargo, en trabajos firmados o de evidente autoría, criticarlos desde un punto de vista doctrinario o de la organización del servicio.

Esta prohibición se relaciona con el deber de respeto a las instituciones, que en una de sus manifestaciones fue consagrado en el art. 78, inc. k), ley 10.430.

La imposición prohíbe la falta de respeto a las autoridades o la descalificación de sus decisiones cuando ello se divulgare públicamente a través de cualquier medio, por lo que no es necesario que ello sea a través de medios de comunicación ya que puede tratarse de manifestaciones realizadas en actos públicos.

La difusión puede producirse también a través de medios informáticos, si ellos son los provistos por la propia Administración caen bajo las provisiones del decreto 2442/2005 que regula el uso responsable de elementos informáticos. Así, entre los usos prohibidos en el punto 7.13.³⁰² está el realizar cualquier actividad contraria a los intereses de la provincia y entre los usos indebidos, previstos en el punto 8³⁰³, se prescribe, entre otras conductas, la prohibición de afectar la imagen de la Administración.

La disposición excepciona la realización de trabajos doctrinarios en los que los agentes pueden tener posiciones diferentes a las adoptadas por la Administración, así también la norma permite manifestar opiniones diferentes en temas organizacionales; entendemos que la misma excepción debe permitirse a quien tenga ideas políticas diferentes, ya que no está prohibida la libertad de opinión política, pero lo que en ningún caso se puede hacer es aprovechar dicha libertad para dirigirse de manera despectiva respecto de sus superiores o de sus actos, ni pretender justificar el incumplimiento de las órdenes que se le impartan en dicha libertad o diferencia de pensamiento cuando no hubiere una causa legal para ello.

6. Prohibición de utilizar bienes o servicios del Estado en su provecho

— Art. 79, inc. f), ley 10.430:

Retirar y o utilizar, con fines particulares, los bienes del Estado y los documentos de las reparticiones públicas, así como también los servicios del personal a su orden dentro del horario de trabajo que el mismo tenga fijado.

³⁰² Decreto 2442/2005, punto 7.13: “Realizar cualquier actividad contraria a los intereses de la Provincia, tal como publicar información reservada, acceder sin autorización a recursos o archivos o impedir el acceso a otros usuarios mediante el mal uso deliberado de recursos comunes”.

³⁰³ Decreto 2442/2005, punto 8: “Uso indebido de los sistemas. Bajo ninguna circunstancia el uso de los recursos informáticos por parte de los usuarios deberá influir de manera negativa en el desempeño, la imagen, en las tareas o generar responsabilidades para la provincia”.

Este inciso prohíbe retirar o utilizar bienes del Estado para fines particulares, así también los documentos o expedientes administrativos; en este caso la utilización no necesariamente puede ser para sacar provecho económico, sino también para cualquier otra finalidad; los documentos deben estar bajo resguardo en las oficinas públicas.

El inciso también contempla la imposibilidad de requerir los servicios del personal bajo su orden dentro del horario de trabajo. Obviamente, si el requerimiento lo fuera para realizar tareas más allá del horario de trabajo debe entenderse que los servicios, para que sean permitidos no deben ser prestados por haber sido solicitados haciendo uso de la situación de subordinación; en cambio, no habría problemas en el caso del agente que por su oficio o profesión preste servicios habituales fuera del organismo cuando el superior los requiera en igualdad de condiciones que cualquier otra persona.

7. Prohibición de practicar la usura

— Art. 79, inc. g), ley 10.430:

Practicar la usura en cualquiera de sus formas.

Esta prohibición tiene un sentido eminentemente ético, ya que se veda el desarrollo de una actividad propia de la esfera privada del agente. El concepto de usura no comprende a toda actividad de préstamo de dinero, sino a aquellos casos en que se requieren intereses desproporcionados. La prohibición ha contemplado una de las tantas actividades socialmente reprochables que puede realizar una persona. El Código Penal la ha contemplado al reprimir a la usura en su art. 175 bis dentro de los delitos contra la propiedad. Allí se exige un estado especial del sujeto pasivo³⁰⁴: necesidad³⁰⁵, ligereza³⁰⁶ o inexperiencia³⁰⁷ y una conducta activa de un sujeto, el aprovechamiento³⁰⁸ de la situación para hacerse dar o hacer que el sujeto pasivo se comprometa a darle intereses o ventajas pecuniarias evidentemente desproporciona-

³⁰⁴ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 477. Sujeto pasivo puede ser también una persona jurídica.

³⁰⁵ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 474. "Las necesidades a las que alude la ley son de índole material, como la alimentación, el vestido, la inminencia del desahucio de la vivienda familiar, la atención de una grave enfermedad, etc., carácter que excluye de sus previsiones a quienes recurrieron al préstamo en procura de negocios". Así también señala, con cita de jurisprudencia, que la necesidad de dinero puede derivar de cualquier circunstancia y no sólo de los estados de indigencia o de miseria, pudiendo ser la carencia de fondos, momentánea, transitoria o temporaria.

³⁰⁶ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 475. "La ligereza del deudor implica una conducta irreflexiva, poco meditada o carente de cuidado por parte de él;..."

³⁰⁷ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 475. "...Inexperiencia significa ausencia general de conocimientos por inmadurez del obligado o su falta de familiaridad con relación a la especie de negocio que dio lugar al abuso..."

³⁰⁸ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 474. El tipo no requiere engaño sino el abuso de un estado de necesidad, inexperiencia o ligereza, resultando indiferente que haya sido el autor quien provocara la situación. Ha entendido que sería un caso límite de abuso del derecho. Además, para que el abuso sea aprovechamiento, busca beneficiarse o que otro se beneficie.

das³⁰⁹ con la prestación otorgada, así también cuando en estas condiciones haya obtenido recaudos o garantías de carácter extorsivo, esto es que por sus características resulte intimidatorio para el sujeto que se ha comprometido³¹⁰.

El inciso no exige que la usura se practique en forma habitual, por lo que también se configuraría cuando fuere aislada o esporádica.

Cabe precisar si la práctica de la usura prohibida por la ley 10.430, es aquella tipificada en el art. 175 bis³¹¹, CPen., entendemos que cabe aceptar esta identidad. De acuerdo con ello para la configuración de la usura es necesario contar con sentencia que haya condenado al agente calificando su conducta bajo dicho delito.

Por otra parte, cabe verificar si el supuesto encuadra en la causal de exoneración prevista en el art. 84, inc. b)³¹², ley 10.430, cuando el agente haya sido condenado como autor, cómplice o encubridor de un delito contra la Administración o grave de carácter doloso.

De las dos primeras opciones cabe descartar la primera por no ser el delito de usura de aquellos que pueden cometerse contra la Administración Pública, en cambio, tal como en el segundo supuesto, es un delito doloso, cabe dilucidar si es un "grave delito doloso" como exige éste, para cuya interpretación remitimos al comentario que realizamos respecto de dicha causal en el capítulo en que tratamos el régimen disciplinario.

Más allá de la hipótesis de encuadramiento en la segunda causal del art. 84, inc. b), ley 10.430, la configuración de la violación de la prohibición por haber sido condenado por usura consituye por sí misma una falta pasible de sanción disciplinaria por constituir una falta cuya gravedad debe ser meritada en el caso, en este sentido puede ser objeto de sanción de cesantía por encuadrar en el supuesto del inc. d), del art. 83, ley 10.430, que prevé dicha medida para el caso de "Incumplimiento de las obligaciones determinadas en el art. 78 o quebrantamiento de las prohibiciones determinadas en el art. 79 cuando a juicio de la autoridad administrativa por la magnitud y gravedad de la falta así correspondiera".

La condena por usura respondería a la misma finalidad que la causal de cesantía prevista en el inc. g) del art. 83 de la ley para el agente que incurriera en "Concurso civil o quiebra no causal, salvo caso debidamente justificado por la autoridad admi-

³⁰⁹ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 477. El tipo es abierto por lo tanto debe completarse con la integración judicial en función de las circunstancias socioeconómicas imperantes en cada caso.

³¹⁰ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., p. 477. "Los recaudos o garantías de carácter extorsivo han de ser entendidos en la acepción vulgar, y no técnica, del concepto de 'extorsivo', es decir como sinónimo de apremiante, coactivo, presionante o compulsivo".

³¹¹ Art. 175 bis, CPen.: "El que, aprovechando la necesidad, la ligereza o la inexperiencia de una persona le hiciere dar o prometer, en cualquier forma, para sí o para otro, intereses u otras ventajas pecuniarias evidentemente desproporcionadas con su prestación, u otorgar recaudos o garantías de carácter extorsivo, será reprimido con prisión de uno a tres años y con multa de pesos tres mil a pesos treinta mil.

"La misma pena será aplicable al que a sabiendas adquiriere, transfiriere o hiciere valer un crédito usurario.

"La pena de prisión será de tres a seis años, y la multa de pesos quince mil a pesos ciento cincuenta mil, si el autor fuere prestamista o comisionista usurario profesional o habitual".

³¹² Art. 84, ley 10.430: "Son causas de exoneración: ...b) Sentencia condenatoria dictada contra el agente como autor, cómplice o encubridor por delito contra la administración o delito grave de carácter doloso de acuerdo al CPen..."

nistrativa"³¹³, esto es, castigar al agente estatal por una conducta patrimonial reprochable privada, ajena a la función pública y sin afectación directa de la reputación administrativa, pero que por afectar a la comunidad tiene consecuencias públicas.

8. Prohibición de circular o promover suscripciones o donaciones

— Art. 79, inc. h), ley 10.430:

Hacer circular o promover listas de suscripciones o donaciones dentro de la repartición, salvo que las mismas cumplan un fin social, en cuyo caso deberá mediar la correspondiente autorización superior.

La prohibición que contempla este inciso está destinada a impedir la difusión de suscripciones o donaciones dentro de la repartición. El concepto de suscripción debe ser entendido como pago para recibir un servicio u obra y puede referirse a una publicación, a un plan de ahorros, a un círculo cerrado, etcétera. El término puede resultar comprensivo de la venta de rifas o abonos.

El concepto de donación incluye toda transmisión gratuita de un bien, no necesariamente dinero. Se exceptiona el caso en que las suscripciones o donaciones tengan un fin social para lo cual es necesario contar con la autorización del superior.

9. Ejercer actividades comerciales dentro del ámbito de la Administración Pública

— Art. 79, inc. i), ley 10.430:

Vender todo tipo de artículos o ejercer cualquier actividad comercial en el ámbito de la Administración Pública.

Este inciso proscribe la venta de cualquier artículo o ejercicio de actividad comercial dentro del ámbito de la Administración Pública. Este artículo veda una práctica extendida cual es el ofrecimiento de artículos de venta directa, ropa, bijouterie, cosméticos en los ámbitos de trabajo. Así también cualquier otra actividad comercial dentro de las dependencias estatales, tal el caso de un puesto ambulante de venta de libros o un kiosco que se encuentre dentro del edificio; en este caso, para dicho ejercicio la práctica debe estar autorizada normativamente y requerir el otorgamiento de una concesión, pero frente a tal circunstancia dicha situación encuadraría también en los incs. c y d del propio art. 79, ya que pasaría a ser contratista y concesionario de la propia Administración.

10. Prohibición de promoción o aceptación de homenajes

— Art. 79, inc. j), ley 10.430:

Promover o aceptar homenajes y todo otro acto que implique sumisión u obediencia a los superiores jerárquicos.

³¹³ Sin perjuicio del correcto alcance de este supuesto, conforme a la evolución legislativa cuya interpretación realizaremos en el capítulo pertinente.

En este inciso se procura resguardar el decoro cívico de los funcionarios³¹⁴, tanto para el inferior como para el superior. La prohibición vale tanto para quien la promueve como para quien acepta el homenaje o acto de obsecuencia que infiera sumisión u obediencia para fines ajenos a la función o para congraciarse con el superior.

11. Prohibición de actuar como gestor o patrocinante en el ámbito administrativo o judicial de tareas a su cargo

— Art. 79, inc. k), ley 10.430:

k) Patrocinar trámites o gestiones administrativas o judiciales referentes a asuntos de tareas que se encuentren o no oficialmente a su cargo.

Esta prohibición impide que quienes integren los cuadros del Estado actúen patrocinando o gestionando trámites tanto en la esfera administrativa como judicial, ello con el fin de evitar, por un lado, que se encuentre frente a intereses contrapuestos y, por el otro, que se halle en una posición privilegiada por encontrarse dentro del organismo.³¹⁵

Se excepciona este principio para el caso en que no se encuentre a su cargo la decisión de éstas —por lo cual debería excusarse—, la defensa de intereses propios, si bien la norma nada dice, también debería preverse la defensa de los intereses de familiares directos, tal el caso de su cónyuge o parientes consanguíneos en primer grado.

12. Prohibición de realizar gestiones inherentes a la relación de empleo fuera del canal jerárquico

— Art. 79, inc. l), ley 10.430:

Realizar gestiones, por conducto de personas extrañas a las que jerárquicamente corresponda, en todo lo relacionado con los derechos y obligaciones establecidos en este régimen.

Este inciso exige que las gestiones relativas a la relación de empleo deban canalizarse a través de la línea jerárquica, esta prohibición es una especie dentro del deber genérico consagrado en el art. 78, inc. q), que prescribe dicho camino para realizar toda presentación referida a actos de servicio, salvo que existiere otro procedimien-

³¹⁴ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., p. 248. Este autor, dentro del deber de decoro cívico del funcionario, señaló: "...A los funcionarios públicos, ya asociados, ya individualmente, les está vedado moralmente todo acto de sumisión, obsecuencia o pleitesía a los superiores jerárquicos. Se trata de una norma de moral cívica, de fondo democrático, y de un precepto de seriedad administrativa, que debiera establecerse en todo estatuto de funcionarios públicos. Los homenajes rendidos a los superiores jerárquicos, cualquiera sea el pretexto, son incompatibles con el sentido jurídico, y por tanto objetivo, de la jerarquía y de la autoridad. Se trata de prácticas estimuladas por intereses subalternos de los beneficiarios de ciertos actos dirigidos a comprometer la gratitud de quienes pueden favorecerlos a costa del fisco, o violando deberes y derechos. Y si acaso se los quiere revestir de fervor político partidario, la prohibición se justifica más aún, porque ello afecta virtualmente la libertad de opinión, mediante una coacción indirecta sobre otros agentes del Estado que pertenecen a otros partidos".

³¹⁵ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., p. 263.

to, por lo tanto son válidas las observaciones realizadas para el comentario de este deber, fundamentalmente la previsión en la reglamentación del inciso por decreto 4161/1996 de remitir copia simultánea al superior que sigue en orden jerárquico al jefe del peticionante cuando este último esté involucrado. Es necesario observar que el verbo gestionar es mucho más amplio que presentar, ya que implica una intervención mucho más amplia, que puede comprender el seguimiento del trámite y la necesidad de recurrir al superior para instar su curso. Dependerá de las circunstancias exigir una presentación por escrito, como lo es en el caso del art. 78, inc. q) ya que no parece necesario exigirlo en todos los casos.

13. Prohibición de uso indebido de la credencial

— Art. 79, inc. m), ley 10.430:

Hacer uso de las credenciales otorgadas por el servicio para autenticar su calidad de agente público en forma indebida o para fines ajenos a sus funciones.

El uso de la credencial debe procurar su fin específico cual es acreditar la condición de agente público, circunstancia que resulta de gran importancia cuando éstos deben realizar actividades fuera del organismo, por lo que los terceros tienen la atribución de exigirles su identificación y los funcionarios el deber de exhibirla. En cambio, se prohíbe utilizarla indebidamente, esto es abusando de ella, lo que puede suceder fundamentalmente para hacer valer su condición de agente público fuera de su actividad con el fin de ejercer influencias, demostrar autoridad o generar sensación de temor.

14. Prohibición de exigir adhesiones políticas, religiosas o sindicales a otros agentes

— Art. 79, inc. n), ley 10.430:

Exigir adhesiones políticas, religiosas o sindicales a otros agentes en el desempeño de su función.

Éste es un deber derivado del decoro cívico; de la misma manera en que debe respetarse la libertad de opinión y se proscribe la realización de actos de sumisión y obsecuencia hacia los superiores, se prohíbe obligar a otros agentes a adherirse a un determinado partido político, adscribir a un credo o afiliarse a un sindicato; la misma proscripción debe existir frente a la presión para asociarse a cualquier agrupación o forma asociativa con cualquier fin, por lo que entendemos que la enumeración del inciso es enunciativa. No puede existir una subordinación que vaya más allá del cumplimiento de los deberes de la función³¹⁶. El deber de fidelidad o lealtad es a la legalidad y no a la persona o la bandera política³¹⁷ de quienes conducen un organismo; como consecuencia de ello no puede ponerse como obstáculo al ingreso o a la promoción de una persona la necesidad de contar con una adscripción a determinada idea cuando no se trate de un cargo político, esto iría a contramando de los principios

³¹⁶ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., p. 240.

³¹⁷ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., p. 429.

básicos de nuestro Estado democrático de derecho, propio de una posición dictatorial o totalitaria³¹⁸.

La coacción, si bien lógicamente puede producirse por quienes ocupan cargos jerárquicos respecto de sus subordinados, también está proscripta cuando provenga de un compañero.

15. Prohibición de hacer abandono de tareas

— Art. 79, inc. o), ley 10.430:

Hacer abandono del servicio sin causa justificada.

La prohibición protege el deber de cumplimiento regular del servicio, esto es que se preste con asiduidad, puntualidad y se cumpla con la totalidad del horario de trabajo.

La causal de “abandono de servicio” desde el punto de vista disciplinario ha sido contemplada para sancionar a quien se ausente injustificadamente durante un cierto período, con pena extintiva de cesantía. En la ley 10.430 ha sido contemplada en el art. 85³¹⁹ para quien tuviere tres inasistencias consecutivas sin previo aviso, estableciendo un procedimiento abreviado en el que debe intimarse fehaciente al agente ausente por el término de cuarenta y ocho horas a que se presente a sus tareas, si no lo hace se decreta cesantía sin sustanciar sumario. El desarrollo de esta figura lo realizaremos en el capítulo destinado al régimen disciplinario del agente estatal.

No obstante la denominación de “abandono de servicio” a esta causal de cesantía, el abandono injustificado de tareas se puede producir en otras circunstancias. Por ejemplo, quien concurre a prestar servicios pero se retira antes de tiempo o entre el horario de ingreso y egreso. Obviamente el tipo de sanción aplicable variará de acuerdo con la gravedad de la falta. Así también la ausencia injustificada puede producirse por no satisfacer a la Administración las razones dadas por el agente para fundar la razonabilidad de su falta. Estas situaciones no encuadran en el supuesto del primer párrafo del art. 85 por requerir necesariamente como mínimo tres faltas sin aviso en forma consecutiva.

³¹⁸ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., p. 383.

³¹⁹ Art. 85, ley 10.430 (primer párrafo): “El agente que incurriera en tres (3) inasistencias consecutivas sin previo aviso y previa intimación fehaciente será considerado incurso en abandono de cargo y se decretará su cesantía sin sustanciación de sumario”.

CAPÍTULO VIII

RÉGIMEN DISCIPLINARIO

I. RESPONSABILIDAD DEL AGENTE ESTATAL

1. Especies

El incumplimiento por parte de los agentes estatales de los deberes y prohibiciones derivados de la relación de empleo público genera consecuencias jurídicas de carácter sancionatorio¹ que imponen obligaciones de reparar o satisfacer el daño causado².

La responsabilidad de los agentes o funcionarios que conforman los poderes del Estado es de la esencia del sistema republicano de gobierno al que adscribe nuestra Constitución Nacional³.

Pueden distinguirse las siguientes especies de responsabilidad: civil, penal, política, administrativa y disciplinaria.

La primera de ellas tiene por finalidad reparar los daños de naturaleza patrimonial ocasionados a terceros por la actuación u omisión, tanto lícita como ilícita, del Estado⁴.

Es necesario aclarar que la responsabilidad del agente puede ser independiente, concomitante o derivada de la responsabilidad del Estado cuando el deber de responder sea externo, es decir, hacia terceros afectados por el actuar administrativo.

La responsabilidad penal tiene por objeto punir a aquellos agentes que como autores, cómplices o instigadores incurrieren en los delitos previstos en el Código Penal y leyes especiales, cuando su calidad de funcionario público determine o agrave la aplicación de la figura penal infringida⁵.

¹ BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. III, 6ª ed., La Ley, Buenos Aires, 1964, p. 280.

² VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho Administrativo*, t. III, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1951, p. 525.

³ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 281.

⁴ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 549. Adoptó un criterio amplio de responsabilidad civil incluyendo dentro de esta especie a la responsabilidad contable, a diferencia de Bartolomé A. Fiorini, que clasificó a ésta independientemente como responsabilidad administrativa.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. III-B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 375. Este autor también adopta una posición amplia al entender que "la responsabilidad civil aparece cuando el acto irregular del agente haya causado un daño a la Administración Pública o a terceros (particulares u otros funcionarios o empleados públicos)".

⁵ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 286. Este autor expresó que quedan comprendidos no sólo los delitos peculiares a los empleados públicos, sino también los delitos comunes pero que cometidos por funcionarios o empleados tienen un carácter especial y propio de ellos.

Responsabilidad política es aquella en la que incurren determinados funcionarios por motivos previstos en los textos constitucionales. Este tipo de responsabilidad tiene por finalidad, por un lado, la remoción del funcionario y, por el otro, quitar cierta inmunidad que éste tenía, habilitando su enjuiciamiento por delitos cometidos o daños que hubiere ocasionado⁶.

Responsabilidad administrativa o contable es aquella que nace frente a las irregularidades cometidas por quienes administran o custodian bienes o fondos fiscales. Difiere de la responsabilidad disciplinaria, ya que ambas amparan bienes jurídicos distintos y son aplicadas por órganos que utilizan procedimientos diferentes⁷. Este tipo de responsabilidad nace a partir de los denominados juicios de cuentas y de responsabilidad. Por el primero de ellos se evalúa la rendición obligatoria que deben realizar determinados funcionarios que manejen dinero público; el segundo procede ante la producción de daños al erario fiscal, tanto por culpa como por dolo del agente⁸.

En el ámbito provincial participan necesariamente de este tipo de procedimientos el Tribunal de Cuentas de la Provincia de Buenos Aires en el juicio de cuentas⁹ y este organismo y la Contaduría General de la Provincia de Buenos Aires en el de responsabilidad¹⁰.

Finalmente, la responsabilidad disciplinaria procede en el ámbito interno de la organización y es propia y relativa a la relación de empleo público. Puede comprender conductas realizadas tanto dentro como fuera del servicio, cuando han sido previstas por la ley, como las lesivas de la imagen o del buen funcionamiento del servicio.

Esta responsabilidad, en general, tiene por objeto inmediato proteger el buen funcionamiento de la Administración Pública¹¹, pero como fin trascendente, la necesaria satisfacción del bien público por parte del Estado¹².

Las distintas especies de responsabilidad descriptas no son excluyentes entre sí, ya que se trata de órdenes distintas que protegen bienes jurídicos diferentes, es por ello que aquí no rige el principio *non bis in idem*¹³ para las sanciones aplicadas

⁶ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho administrativo*, t. I, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 866.

⁷ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 867.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 409. Este autor considera a la responsabilidad administrativa y disciplinaria como términos sinónimos y comprende a aquella que se hace efectiva a través del poder disciplinario; en cambio, dentro de la responsabilidad civil incluye a aquellos casos en que se ocasione daño a terceros como al propio Estado (p. 387).

BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 346. Este autor denomina a este tipo de responsabilidad administrativa y disciplinaria, y señala dos especies: a) patrimonial o civil, donde encuadra el juicio de cuentas, y b) disciplinaria.

⁸ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 871.

⁹ Ley 10.869, en especial el capítulo VI "Procedimiento" (arts. 26 a 31) regula el trámite para el estudio de las cuentas; el capítulo VIII "De los obligados a rendir cuentas" (arts. 64 a 73).

¹⁰ Ley 13.767 de Administración Financiera y el Sistema de Control de la Administración General del Estado Provincial, en el título VII, capítulo I "Responsabilidad administrativo patrimonial" (arts. 112 y 113), capítulo II "Rendición de cuentas" (arts. 114 a 122).

¹¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 375.

¹² GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen de empleo público en la administración nacional*, introducción al capítulo VII a cargo del Dr. Fernando García Pullés, LexisNexis, Buenos Aires, 2005, p. 285.

¹³ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 376.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 527. Con referencia a la posibilidad de confluir las responsabilidades civil, penal o disciplinaria frente a un mismo hecho, concluyó que

como consecuencia de diferentes especies de responsabilidad. Sin perjuicio que la responsabilidad disciplinaria y la penal puedan tener cierto grado de conexión, cuando los delitos constituyan en sí prohibiciones previstas en las leyes regulatorias de empleo público o cunado en sede judicial se haya precisado la existencia o no de los hechos o la participación del agente en éstos¹⁴.

2. El régimen disciplinario y su encuadre normativo

Las normas y los principios que regulan el control del cumplimiento de los deberes y prohibiciones de los agentes estatales y la aplicación de sanciones en caso de incumplimiento conforman el régimen, marco normativo o derecho disciplinario¹⁵. Éste abarca tanto normas sustanciales como procesales, es por ello que se ha entendido que hay un derecho disciplinario sustantivo y otro adjetivo¹⁶.

Entre las normas sustantivas encontramos a las que asignan potestad disciplinaria a los organismos administrativos, definen los deberes y prohibiciones en cabeza de los agentes, prescriben los distintos tipos de sanciones aplicables, los supuestos en que cabe aplicarlas y su forma de extinción.

Entre las segundas, las normas destinadas a regular el procedimiento administrativo disciplinario, fundamentalmente aquellas que garantizan el debido procedimiento adjetivo, el ejercicio del derecho de defensa, la prohibición de declarar contra sí mismo, el debido conocimiento de la imputación, la amplitud probatoria, la posibilidad de contar con por lo menos una instancia recursiva administrativa, como también la aplicación del principio *non bis in idem* dentro de la esfera disciplinaria.

3. Ubicación del derecho disciplinario

La determinación de la pertenencia del derecho disciplinario a una u otra rama de las ciencias jurídicas resulta una cuestión de gran importancia para establecer la aplicación de principios y garantías propios de cada uno de ellos.

Los administrativistas locales, en general, se han apartado del derecho penal para encuadrar al derecho disciplinario, salvo alguna excepción¹⁷.

no era aplicable el principio *non bis in idem* o *non ter in idem*, respecto de dicha situación resultaba inaplicable.

¹⁴ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - Ugarte, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 34 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 366.

¹⁵ GOANE, René M., "El poder disciplinario de la Administración Pública (algunos aspectos controvertidos en la doctrina nacional)", en AA.VV., *Derecho administrativo, en homenaje al profesor Miguel S. Marienhoff*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 1013. Este autor entiende que "el conjunto de principios y de disposiciones normativas positivas constituye el régimen jurídico del poder disciplinario o "derecho disciplinario, que regula la punibilidad de las infracciones al orden de sujeción a la organización administrativa".

¹⁶ GOANE, René M., "El poder disciplinario...", cit., p. 1039.

FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 847.

¹⁷ CANASI, José, *Derecho administrativo*, t. I, Depalma, Buenos Aires, 1974, p. 703. Este autor lo denomina derecho penal disciplinario, entendiendo, por lo menos a partir de su regulación legal expresa, que resulta de aplicación tanto en éste como en el derecho penal administrativo (faltas o contravenciones de policía) los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla pena sine lege*.

En algunos casos, sin dejar de marcar la diferencia entre ambos, han considerado de naturaleza penal determinado tipo de sanciones que por su gravedad consideraron que deben estar reguladas normativamente en forma previa a la posibilidad de su aplicación.

En este sentido, Miguel S. Marienhoff, quien parece enrolarse en la postura de quienes incluyen al derecho disciplinario dentro del derecho penal, luego marcó las diferencias entre ambos.

Al explicar las relaciones entre el derecho administrativo y el penal, señala que, por un lado, se vinculan a través de la protección que la Administración recibe por normas penales y, por el otro, por la aplicación extensiva, ya por analogía o por *de lege ferenda*, de las disposiciones del Código Penal y los principios del derecho penal a supuestos del derecho administrativo. Incluye dentro de estos últimos a las leyes de faltas y a aspectos de derecho disciplinario militar. Expresa que muchos principios del derecho penal sustantivo son de aplicación en el llamado "derecho penal administrativo"¹⁸ tales como *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Expresa que salvo las modalidades propias o particulares del ilícito administrativo con relación al ilícito penal, el derecho penal administrativo, conformado por las penas de policía y disciplinarias, aplica en subsidio los principios del derecho penal sustantivo. Entiende que el derecho penal administrativo no sale del ámbito del derecho penal sustantivo¹⁹.

Luego, al desarrollar propiamente el régimen disciplinario, señala que los principios *nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege* no tienen la rigidez que los caracterizan en el derecho penal sustantivo²⁰, así también que a falta de normas que establezcan las sanciones se puede recurrir a los principios generales del derecho para establecerlas²¹. Pone como límite la necesidad de regulación normativa previa para determinadas sanciones, como multa o privación de la libertad por entender que éstas sí tienen sustancia penal²².

Marienhoff señala que tanto las sanciones disciplinarias como las que se imponen en el proceso penal tienen carácter o sustancia penal, ya que las sanciones que impone la Administración son "penas", pero no en el sentido del derecho penal sustantivo. Esto no impide aceptar la postura que considera a las sanciones disciplinarias como de naturaleza penal, ni la independencia entre el procedimiento disciplinario y el penal, ni la existencia de objetivos diferentes entre ambos regímenes.

Benjamín Villegas Basavilbaso²³ entiende que no obstante la naturaleza penal del derecho disciplinario por su carácter represivo, tiene diferencias sustanciales con el derecho penal, ya que señala que los dos principios básicos de este último —*nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*—, no tienen rigurosa aplicación en el derecho disciplinario. Precisa que en caso de no preverse expresamente una transgresión,

¹⁸ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 1064, p. 436.

¹⁹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. I, p. 39 d), p. 173.

²⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III, p. 419.

²¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III, p. 420. Este autor, en el t. I, p. 39 d), expuso que el derecho penal administrativo se nutre en subsidio de los principios del derecho penal sustantivo.

²² SAYAGÜES LASO, Enrique, *Tratado de derecho administrativo*, t. I, 5ª ed., puesta al día 1987 Dr. Daniel Martins, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, 1987, p. 326. Este autor en idéntico sentido extiende este límite tanto a aquellas privativas de la libertad como a las que afectan el patrimonio particular del agente, como la multa.

²³ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Tratado...*, cit., t. III, p. 532.

puede recurrirse análogicamente a la pena correspondiente a la transgresión más inmediata que se encuentre regulada y, en caso de no existir ley disciplinaria, los límites deben buscarse en los principios generales que rigen la función o empleo público.

Este autor concluye señalando que el denominado derecho penal disciplinario no forma parte del derecho penal sustantivo sino que integra el derecho administrativo²⁴, también entiende que no integran el primero, el derecho penal ejecutivo y el derecho penal administrativo, aunque en estos casos constituyen disciplinas autónomas²⁵.

Rafael Bielsa expresa que la asimilación del derecho disciplinario al derecho penal común es rechazada por la doctrina. Explica que la diferencia de ambos no es de principios sino de régimen; en el derecho disciplinario los principios *nulla pena sine lege* y *nullum crimen sine lege* no son de aplicación estricta, no rige la máxima *non bis in idem* y en general no hay términos de prescripción. Descarta las doctrinas de derecho penal y civil para abordar las del derecho administrativo. Encuentra el fundamento del régimen disciplinario no sólo en la represión y la corrección de los agentes, sino en la defensa de la autoridad integral de la Administración Pública²⁶.

El autor otorga sustantividad propia al régimen sancionador administrativo, comprensivo de las penas disciplinarias²⁷, las que integrarían el derecho penal administrativo²⁸.

Manuel M. Diez incluye el derecho administrativo disciplinario²⁹ dentro del derecho administrativo, ello por ejercerse sobre funcionarios públicos a los efectos de asegurar el buen funcionamiento de la actividad administrativa y su continuidad. También considera dentro del derecho administrativo al derecho penal administrativo —sancionador—; en cambio, entiende que el derecho penal penitenciario forma parte del derecho penal.

En relación con las sanciones disciplinarias, pese a su adscripción a la inclusión del régimen disciplinario dentro del derecho administrativo, considera que no puede aplicarse sanción alguna sin texto legal expreso que la consagra³⁰.

Bartolomé A. Fiorini encuentra mayor similitud entre el derecho disciplinario y los reglamentos del personal de empresas o fábricas, que entre el primero y el Código Penal o de instrucción criminal. Considera imposible trasladar los principios de la doctrina penal, ya que no puede regir en forma dogmática el principio de legalidad; no

²⁴ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Tratado...*, cit., t. I, p. 123.

²⁵ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Tratado...*, cit., t. I, p. 139.

²⁶ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 358.

²⁷ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 353. El autor también extiende el régimen disciplinario a los concesionarios, ejecutores de obras públicas o de servicios públicos.

²⁸ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. I, p. 157. Este autor define: "En nuestro concepto existe un derecho penal administrativo que tiene carácter general y comprensivo en punto a la materia (penas de policía, penas fiscales o financieras, penas disciplinarias), y además a los hechos penados, desde las infracciones de los reglamentos administrativos (faltas) hasta los delitos contra la Administración Pública".

²⁹ DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. I, p. 275. Este autor se inclina por esta denominación y no por la de derecho penal disciplinario, por establecer el derecho administrativo la falta y el derecho disciplinario, la sanción.

³⁰ DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. III, p. 437. Este autor entiende aplicable el principio penal de que no existe pena sin ley.

rige el principio de tipicidad, *nullum crimen sine lege*, ni el principio de la ley más benigna³¹.

En cambio, los principios *lex post facto* y *non bis in idem* rigen en esta esfera, pero en ambos casos no por analogía con el derecho penal, sino por aplicación del valor justicia en el primer caso y el principio de razonabilidad en el segundo. Distingue un derecho disciplinario sustancial y un derecho procesal disciplinario, ambos regulados por el derecho administrativo³².

Juan Carlos Cassagne³³ distingue al que denomina derecho penal disciplinario del derecho penal administrativo. El primero corresponde al derecho administrativo, sin perjuicio de su contenido sancionatorio y represivo; con respecto al segundo entiende que es un derecho especial, sin autonomía científica, pero que se nutre de los principios del derecho penal y administrativo. En el caso del derecho penal disciplinario no se aplicarían rigurosamente los principios *nullum crimen nulla pena sine lege* ni el de *legale iudicium*, la extinción de la sanción por prescripción o el principio *non bis in idem* frente a los delitos penales.

Jorge Docobo³⁴ sigue esta posición destacando las diferencias entre uno y otro derecho, la relativización del principio de tipicidad, la inaplicación del principio de ley más benigna, el distinto fundamento del principio de *non bis in idem* y la imposibilidad de recurrir supletoriamente a las normas penales en el procedimiento adjetivo disciplinario, debiendo recurrir al orden de prelación de las normas administrativas.

Julio R. Comadira³⁵ adscribe a las posturas que incluyen al derecho disciplinario dentro del derecho administrativo. Entiende que se relativizan los principios propios del derecho penal común, sin perjuicio de lo cual puede recurrirse por analogía a sus principios por la índole represiva de las sanciones. Adscribe a las posiciones que limitan la flexibilidad de los principios de *nullum crimen* y *nulla pena sine lege* previa frente a sanciones de multa y arresto por integrar la zona de reserva legal, pero entiende que también debe extenderse a aquellas que ponen fin al vínculo o lleven a ello.

³¹ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 846. El autor expresó: "En el derecho disciplinario tampoco tiene vigencia el principio de ley más benigna, porque la readmisión en el empleo y la revisión sumarial son específicos del mismo".

³² FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 846.

³³ CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, t. I, 4ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, p. 162.

³⁴ DOCOBO, Jorge J. "La aplicación de principios y normas penales al derecho administrativo disciplinario", JA 1996-IV-785.

³⁵ COMADIRA, Julio R., *Derecho administrativo*, 2ª ed. actual. y ampl., LexisNexis - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2003, p. 568. Allí el autor señala: "Por mi parte, y en la medida en que, como antes dije, el poder disciplinario integra la naturaleza o esencia misma de la organización administrativa, las normas que lo regulan deben incluirse en el Derecho administrativo y como un capítulo singular de éste en su vertiente sancionadora, sin perjuicio de que la índole represiva de sus sanciones requiera recurrir, eventualmente, a la aplicación analógica de los principios del Derecho público punitivo del Estado (ver, sobre el tema, el criterio vertido por la Procuración del Tesoro de la Nación, en Dictámenes 121:166).

"De todos modos, lo cierto es que con independencia de ese encuadre existe, en general, coincidencia en destacar la relativización de los principios propios del Derecho penal común en el ámbito de la represión disciplinaria de los agentes estatales (FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, ps. 844 y ss.). Aspecto éste al que me referiré, sumariamente, a continuación".

René M. Goane³⁶ también se enrola en las posturas administrativistas. Este autor, al explicar la naturaleza de las sanciones, entiende que no puede derivarse ésta del contenido (represivo, resarcitorio o cancelatorio) que trae sino de la índole del deber jurídico infringido. En este sentido señala la inaplicabilidad de los principios propios del derecho penal, tal el caso de legalidad, reserva, tipicidad o la posibilidad de recurrir analógicamente a éstos, sin perjuicio de lo cual, ante la regulación legal expresa de deberes y sanciones, estos deben ser respetados por la Administración por tratarse de función administrativa reglada. Así también señala que no podrán aplicarse sanciones de arresto o privación de la libertad por integrar la zona de reserva legal si no están normativamente previstas. Dentro del derecho disciplinario incluye no sólo a los agentes estatales sino también a todo al que por su conducta pueda comprometer la propia organización administrativa y el buen orden de sus funciones, comprendiendo a los permissionarios de uso del dominio público, cocontratantes de la Administración, usuarios de los servicios públicos de educación y hospitalarios públicos, detenidos en establecimientos carcelarios.

Carlos A. Apesteguía³⁷ señala las notas comunes que tiene el derecho penal sustantivo con las sanciones disciplinarias administrativas por compartir su carácter retributivo, pero distingue a estas últimas por estar dirigidas a quienes se encuentran en una relación jerárquica administrativa y no al común de la gente; esta distinción produciría que ciertos principios admitidos incuestionablemente en lo penal no resulten preservados con la misma severidad en el ámbito disciplinario, tal el caso del principio de legalidad.

Daniel E. Maljar³⁸ incluye al derecho disciplinario dentro del derecho administrativo sancionador y marca diferencias con el derecho penal, aunque considera que ambos son manifestaciones de un género común que es el poder punitivo del Estado³⁹, pudiendo aplicarse al primero los principios constitucionales inspiradores del derecho penal pero no las normas de éste, por no poseer la misma estructura. En el derecho administrativo sancionador estos principios tienen adaptaciones funcionales propias conforme a su naturaleza.

Claudio Cohen Salama⁴⁰ destaca la distinta naturaleza que poseen los bienes jurídicos amparados por el derecho administrativo disciplinario y el derecho penal,

³⁶ GOANE, René M., "El poder disciplinario...", cit., ps. 1025 y ss.

GOANE, René M., "Cuestiones del régimen disciplinario en el empleo público", LL del 11/6/2008, ps. 1 y ss., especialmente p. 4.

³⁷ APESTEGUÍA, Carlos A., *Sumarios administrativos*, 2ª ed. actual., La Rocca, Buenos Aires 2000, p. 51.

³⁸ MALJAR, Daniel E., *El derecho administrativo sancionador*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, ps. 71 y ss.

³⁹ Siguiendo aquí doctrina y jurisprudencia española. NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo Sancionador*, 4ª ed., reimpr., Tecnos, 2006, p. 26. En este sentido expresó: "Aceptada genéricamente la existencia de la potestad sancionadora de la Administración, doctrina y jurisprudencia se han puesto de acuerdo en la tesis que hoy es absolutamente dominante, a saber: la potestad sancionadora de la Administración forma parte, junto con la potestad penal de los Tribunales, de un *ius puniendi* superior del Estado, que además es único, de tal manera que aquéllas no son sino simples manifestaciones concretas de éste".

⁴⁰ COHEN SALAMA, Claudio J., "Derecho administrativo disciplinario aplicable al personal de las fuerzas de seguridad", LL 2005-V-583; COHEN SALAMA, Claudio J., *Régimen disciplinario policial de Buenos Aires*, Lex, La Plata, 2006, ps. 85 y ss.

entiende —siguiendo a Alejandro Nieto⁴¹— que fundamentalmente es un derecho preventivo al intentar impedir que la lesión a los bienes jurídicos se efectivice. Expresa que el derecho disciplinario tutela intereses internos.

Fabián Canda⁴² entiende que toda restricción al derecho a la estabilidad, tal como el régimen sancionatorio, debe ser establecido por ley formal, por imperativo constitucional y no por aplicación de los principios del derecho penal. En el caso del derecho disciplinario, la restricción de derechos se verifica respecto del derecho a la estabilidad como también del derecho a la carrera administrativa.

Considera aplicable el art. 18 de la Constitución Nacional en cuanto consagra el principio de inexistencia de crimen y pena sin ley previa que así lo establezca, pero destaca que no puede omitirse, siguiendo la doctrina de la Corte Suprema en Fallos 310:316 “Pereiro de Buodo”, que en materia disciplinaria no se aplican los principios derivados del Código Penal, aunque advierte que cabe distinguir la aplicación de los principios generales del derecho penal de aquellos que pueden derivar del propio código de la materia, tal el caso de la garantía consagrada en del art. 18 de la Constitución Nacional mencionado anteriormente.

Fernando García Pullés⁴³, dentro de las posiciones administrativistas, exige el requisito de la tipicidad como derivación del principio de legalidad, aunque señala que la reserva de ley formal para iniciar y completar la descripción de la conducta delictiva es menos rigurosa en el derecho administrativo sancionador que en el derecho penal y, en particular, en el derecho disciplinario del empleo público.

De la exposición de las posturas expuestas se puede concluir que ninguna de ellas propugna la aplicación rigurosa de los principios del derecho penal en materia disciplinaria, varían en matices ante la falta de regulación expresa a través de leyes específicas, algunas recurren a los principios generales del derecho, otras a normas administrativas o del derecho penal, pero en todos los casos se advierte una flexibilidad de los principios aplicables en el derecho penal, exigiendo en algún caso tipicidad para configurar las faltas y las sanciones, pero destacando, prácticamente en todos los casos, la laxitud de las primeras⁴⁴ a diferencia de la rigurosidad de los tipos penales.

⁴¹ NIETO, Alejandro, *Derecho Administrativo...*, cit., p. 36 expone: “5° El principio represivo fundamental (o sea, el de que objetivo real de la potestad sancionadora es no tener que sancionar) se traduce inevitablemente en otro no menos conocido: la sanción es la ‘última ratio’ del Estado, quien sólo debe acudir a ella cuando no se puedan utilizar otros medios más convincentes para lograr que los particulares cumplan las órdenes y las prohibiciones”.

⁴² CANDA, Fabián O., “El régimen disciplinario de los empleados públicos (bases constitucionales y su aplicación bajo la Ley Marco de Regulación del Empleo Público y el Reglamento de Investigaciones Administrativas), ED 2003-565.

⁴³ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 27 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 310.

⁴⁴ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 27 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 311. Este autor señala: “...Para que exista falta disciplinaria, la conducta que la consume debe estar así considerada por el ordenamiento aplicable, entre el catálogo de infracciones a los deberes o prohibiciones que califican la relación de empleo público. No es dudoso que, en estos casos, los preceptos legales pueden ser genéricos, pues es casi imposible describir las conductas constitutivas de una infracción a los deberes propios de una relación laboral sin reenviar a conceptos jurídicos indeterminados que suponen alguna abstracción. Sin embargo, debe exigirse que aun con alguna necesaria vaguedad, el núcleo de la conducta esté caracterizado por la norma”.

Actualmente es difícil encontrar ámbitos exentos de regulación; sin embargo, esto puede ocurrir con respecto a los funcionarios denominados “políticos” o a agentes que se desempeñan en ámbitos ajenos al Poder Ejecutivo, tal el caso de los empleados del Poder Judicial o Legislativo.

En el primer caso se ha dicho que corresponde aplicar los principios generales del derecho con límite en las sanciones de multa, arresto o extintivas⁴⁵ o ser pasibles de autorregulación por el Poder Ejecutivo⁴⁶ para no quedar exentos de sanción; también que frente al principio de ley previa debe privilegiarse la situación del destinatario, quien debe tener derecho a tener un sumario de investigación y a recibir sanciones menores cuando la única previsible para el funcionario sin estabilidad es la extinción de la relación⁴⁷. Coincidimos en que debe resolverse la situación de dichos funcionarios que sin estabilidad pueden cometer infracciones menores que no ameriten su remoción, así también que cuando se pretenda su remoción por imputarle una infracción debe garantizarse el derecho al debido procedimiento previo.

En el segundo supuesto, es decir, frente a la presencia de agentes pertenecientes a los cuadros de organismos sin regulación disciplinaria normada, debe aplicarse analógicamente el régimen que se le asemeje, en principio el regulado en la ley 10.430.

El régimen para el personal de la Administración Pública de la provincia de Buenos Aires prevé, en el art. 1º, su carácter general respecto de todo el personal de la Administración Pública provincial, con las excepciones expresamente previstas, pero también habilita su aplicación a los restantes poderes a través de la adhesión de las autoridades respectivas, por lo que, independientemente de su concreción, denota la compatibilidad de este régimen para regir el vínculo laboral de los agentes del Poder Judicial y Legislativo, obviamente con las particularidades que la naturaleza de las relaciones aparezcan.

4. Potestad disciplinaria

Para cumplir con sus funciones, la Administración debe contar con prerrogativas que le permitan llevarlas a cabo. Estas manifestaciones de poder se denominan potestades —tal como se ha explicado en el capítulo de deberes y prohibiciones—, siendo una de ellas la potestad disciplinaria. Estas facultades de actuación deben nacer como consecuencia de habilitación normativa como manifestación de la aplicación del principio de legalidad⁴⁸, mecanismo a través del cual se atribuye dicha potestad a la Administración⁴⁹.

⁴⁵ COMADIRA, Julio R., *Derecho...*, cit., p. 570.

⁴⁶ CANDA, Fabián O., “El régimen...”, cit., ps. 565 y ss.

⁴⁷ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 27 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 305.

⁴⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso de derecho administrativo*, t. I, Civitas, Madrid, 2000, p. 435. Redacción del capítulo VIII a cargo de Eduardo García de Enterría. Este autor hace un uso general del concepto de legalidad “...no referido a un tipo de norma específica, sino al ordenamiento entero, a lo que Houriou llamaba ‘el bloque de la legalidad’ (Leyes, Reglamentos, principios generales, costumbres). (Merkel llamó a esta perspectiva ‘principio de juridicidad’ de la Administración, para reservar el nombre de ‘principio de legalidad’ al juego procedente con la sola Ley formal; pero parece una complicación terminológica innecesaria, una vez aclaradas las cosas)”.

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., t. I, redacción del capítulo VIII a cargo de Eduardo García de Enterría, p. 441.

Las potestades, si bien no son privativas de la Administración Pública⁵⁰, en el ámbito del derecho público son la técnica específica que el ordenamiento jurídico utiliza para atribuirle prerrogativas para obrar y a través de la cual se concreta el principio de legalidad⁵¹.

La potestad es una especie dentro del género poder jurídico⁵² que, a su vez, se diferencia de otras especies, tal el caso del derecho subjetivo. Éste surge de una relación jurídica concreta, recae sobre un objeto específico y determinado, consiste en una prestación concreta e impone un deber a un sujeto pasivo obligado.

En cambio, la potestad deriva directamente del ordenamiento jurídico, lo que implica que siempre debe haber una norma previa que la configure y la atribuya específicamente, no recae sobre un objeto específico y determinado, no implica una pretensión en particular sino la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos, es decir, frente a su ejercicio, pueden constituirse relaciones o situaciones jurídicas particulares; como contrapartida, la potestad no impone un deber, sino una situación de sujeción o sometimiento de otros sujetos a soportar los eventuales efectos derivados de su ejercicio⁵³.

Las potestades son atribuidas por la ley a un sujeto determinado; en este caso, al organismo estatal, resultando por dicha circunstancia, inalienables, imprescriptibles e irrenunciables⁵⁴.

Esto no implica que su ejercicio no pueda ser delegado o atribuido⁵⁵ a los órganos u organismos que integran la estructura de la Administración Pública, de otro modo sería inconcebible que el presidente o el gobernador ejercieran acabadamente las potestades asignadas conforme a la real magnitud de sus competencias.

En este sentido, más allá de las atribuciones que se asignan puntualmente en las normas de creación de cada uno de los órganos u organismos específicos, el gobernador de la provincia de Buenos Aires, por decreto 574/2001, delega en ministros, secretarios de la gobernación, titulares de los organismos de la Constitución y asesor general de gobierno, titulares de organismos autárquicos, y por decreto 1380/2003 incorpora el jefe de Gabinete, una serie de prerrogativas que incluyen, entre otras, las de designación de agentes, su cese o la conversión de exoneración en cesantía.

⁵⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., t. I, redacción del capítulo VIII a cargo de Eduardo García de Enterría, p. 444. "Así la potestad paterno-filial, o la potestad de ocupar *res nullius*, o la potestad de acción, o de poner en marcha los Tribunales o la potestad de autonomía privada, etc."

⁵¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., t. I, redacción del capítulo VIII a cargo de Eduardo García de Enterría, p. 444.

⁵² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. I, parág. 206, p. 623. "No debe confundirse 'poder' con 'potestad'. Aquél es lo genérico, ésta lo específico. El poder es atributo del Estado —*lato sensu*—. En tanto que la potestad, en lo que respecta a su ejercicio, puede ser prerrogativa inherente a una función, verbigracia de la función correspondiente a la Administración Pública. Las 'potestades' constituyen un reflejo cualificado del 'poder' general del Estado, pero no pueden confundirse con este 'poder'".

⁵³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., t. I, p. 442.

⁵⁴ MALJAR, Daniel E., *El derecho...*, cit., p. 34. CASSAGNE, Juan C., *Derecho...*, cit., p. 108.

⁵⁵ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. I, par. 195, p. 607. Este autor ha dicho: "Al distribuir sus propias funciones entre órganos administrativos que le continuarán supeditados, sea a través del 'poder jerárquico' o del 'control administrativo', el Ejecutivo no efectúa 'delegación' alguna de su competencia". Expresó que en estos casos lo que hay es una "imputación de funciones" dentro de su propia esfera.

La Administración cuenta con distintos tipos de potestades⁵⁶, entre las que se encuentra la disciplinaria.

Esta potestad se ha fundamentado en el correcto funcionamiento de los servicios a cargo de la Administración⁵⁷, en la actividad de custodia y buen orden de la función y organización de la Administración Pública sobre sus agentes⁵⁸, para procurar asegurar el buen funcionamiento del servicio público⁵⁹. Se ha dicho que es un poder inherente a toda la organización pública o privada, imprescindible para la gestión ordenada de sus cometidos⁶⁰ o para la defensa de la autoridad integral de la Administración Pública⁶¹. Como especie de la potestad sancionadora es entendida como complemento de la potestad imperativa o de mando⁶². Se la ha fundamentado también como poder para lograr la ejecución o el cumplimiento del contrato administrativo de función o empleo público⁶³, en la relación de subordinación que impone el principio de jerarquía administrativa y protege el orden y disciplina necesarios para el ejercicio de las funciones administrativas⁶⁴.

Para algunos autores, ésta no tiene la misma naturaleza que las otras potestades atribuidas a la Administración. En este sentido, René Goane entiende que la potestad disciplinaria es una consecuencia necesaria de la unidad y el orden que requiere toda organización, siendo dicha unidad organizativa de la Administración el fundamento jurídico de la potestad y la preservación de dicho orden frente al actuar discordante de sus agentes y colaboradores, su finalidad inmediata⁶⁵. Explica que la potestad es

⁵⁶ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. I, pár. 207, p. 624. Allí enumera las siguientes potestades: reglamentaria, imperativa o de mando, ejecutiva o de gestión, jurisdiccional y sancionadora; como una especie de ésta incluye a la disciplinaria.

⁵⁷ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, cit., t. I, p. 325.

⁵⁸ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 845.

⁵⁹ JÉZE, Gastón, *Principios generales del derecho administrativo: la noción de servicio público - los agentes de la administración pública*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 231.

⁶⁰ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 529.

⁶¹ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 358.

⁶² CASSAGNE, Juan C., *Derecho...*, cit., t. I, p. 108. Adhiere a la condición complementaria de la potestad sancionadora respecto de la de mando.

⁶³ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 417.

⁶⁴ CASSAGNE, Juan C., *Derecho...*, cit., t. I, p. 162.

⁶⁵ GOANE, René M., "El poder disciplinario...", cit., p. 1028.

GOANE, René M., "Cuestiones...", cit., ps. 1 y 2. En notas 2 y 3 de su trabajo explica la reformulación de su anterior trabajo —cuya referencia obra en esta misma nota— realizando una distinción entre la unidad u orden como forma esencial de toda comunidad en cuanto tal, que le da su ser accidental y la idea o fin común, la cual no le confiere su ser accidental sino que dirige las actividades pertinentes de sus miembros. Señala que "...la diversidad de conductas de los integrantes de la comunidad es su causa material, la que recibe justamente su determinación esencial de ser tal, de la unidad u orden que es así su causa formal; por último el fin o idea común para el cual la comunidad se constituye es su causa final que da la dirección a la que están preordenadas las mencionadas conductas".

GOANE, René M., "Cuestiones...", cit., p. 3. En dicho trabajo señala: "Su finalidad no se dirige de modo directo e inmediato a la realización y preservación del bien común político, sino que se trata de un medio que tiene en mira, directa e inmediatamente, *preservar el decoro, buen orden y eficiencia* de la organización administrativa, lo cual sólo constituye una condición para la consecución del bien común político, mas no la causa o realización de éste".

una virtualidad jurídica⁶⁶ propia de la esencia de estas condiciones organizacionales, desde la más simple a la más compleja, tal es el caso de la familia o del Estado. Según este autor, la potestad disciplinaria difiere de las otras potestades administrativas por no participar como éstas del poder político⁶⁷. Asimismo, tiene como fin inmediato preservar el orden y la unidad organizativa de la Administración e indirecto respecto de la satisfacción del bien común por cuanto la organización administrativa fue creada para procurar dicho fin.

Para Julio Comadira⁶⁸ no es una potestad en el sentido concebido por la doctrina italiana (Santi Romano) y española (Eduardo García de Enterría - Tomás Ramón Fernández), ya que constituye un componente propio de la naturaleza o esencia de la organización, inherente a ésta, indispensable para su subsistencia y ejecutable, en principio, en interés propio y no en interés ajeno como pregonaban las posiciones que cita; el fin perseguido por ella es el adecuado funcionamiento de la Administración Pública, siguiendo actualmente dos pautas básicas: eficiencia y ética. También distingue a esta potestad de otras, por perseguir un fin secundario respecto del bien común por ser la organización administrativa un medio para su logro. Entiende que el bien jurídico protegido por el régimen disciplinario puede constituirse algunas veces en primario, esto es, cuando cae bajo la tutela del derecho penal sustantivo por proteger valores elementales de conciencia ético-social.

Fernando García Pullés se distancia de estas dos últimas posturas, entiende que la potestad disciplinaria no puede desconectarse del principio de legalidad, que resulta una variable de la potestad sancionadora, subordinada a un régimen jurídico común que no puede soslayar las garantías más esenciales del derecho penal respecto del destinatario del eventual castigo⁶⁹. El principio de legalidad exige que las potestades con las que cuenta la Administración sean atribuidas por ley, ya sea en sentido formal o material, es decir, a través de la atribución reglamentaria. Entiende que no puede invocarse un interés secundario para justificar la conversión de las atribuciones disciplinarias en una facultad inherente a la Administración y desconectada del

⁶⁶ GOANE, René M., "El poder disciplinario...", cit., p. 1019. Define a la potestad disciplinaria como: "Aquella virtualidad jurídica, de la que está munida la Administración Pública, para imponer, por medio de sanciones determinadas, una regla de conducta a todos aquellos cuya actividad compromete la misma organización administrativa".

GOANE, René M., "Cuestiones...", cit., p. 3. Expresa: "...El poder disciplinario consiste en una virtualidad jurídica que le compete a la Administración Pública, no en cuanto una *actividad o función esencial* del Estado (significación objetiva) sino en razón de su mismo ser como organización (significación subjetiva)".

⁶⁷ GOANE, René M., "Cuestiones...", cit., p. 3. Señala: "...Las potestades le competen a la Administración Pública en tanto que función esencial del Estado (significación objetiva), es decir, que es el *Estado mismo, en cuanto Administración Pública, el que gestiona en modo directo y práctico* la consecución, acrecentamiento y preservación del bien político.

"Por el contrario, tratándose del poder disciplinario de la Administración Pública su *fundamento* no es ya el poder político del Estado ni, por ende, la preservación del *orden o unidad* de la comunidad política en que consiste el mismo *ser* del Estado, sino la *unidad u orden de la organización* de la Administración Pública, vale decir, el orden o unidad de sujeción a ésta debidos por las conductas de los agentes públicos que las comprometen. Sujeción *no genérica* sino *específica*, toda vez que *supone una relación jurídica especial y preexistente*: la de función o empleo público".

⁶⁸ COMADIRA, Julio R., *Derecho...*, cit., p. 561.

⁶⁹ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario introducción al capítulo VII a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 289.

principio de legalidad. El orden, la unidad y la jerarquía pertenecen al interés público y no son fines propios de la organización⁷⁰. Toma el concepto dado por García de Enterría⁷¹ de potestades-función, en cuanto a que deben ser ejercitadas en interés ajeno, e incluye a la disciplinaria, a diferencia de éste (que la consideraba puramente organizatoria), dentro de esta categoría, por ser también de interés público. Entiende que no es posible relativizar los principios *nulla poena sine lege* acudiendo a la analogía o a los principios generales del derecho ante ausencia normativa⁷². Frente a la imposibilidad de precisar de modo exhaustivo las infracciones disciplinarias y la necesidad de dotar a la Administración de facultades que permitan aplicar el principio jerárquico en su organización considera, respectivamente, que los conceptos jurídicos indeterminados dan suficiente respuesta a la falta de descripción típica y que los poderes que la Constitución y la normativa le reconocen a la Administración para garantizar la organización jerárquica son de una amplitud tal que no es necesario recurrir a la atribución de inherencia. Alerta que al amparo de los criterios sobre “inherencia” a la organización de un poder disciplinario especial, se genera la fuente de los más importantes errores en la materia⁷³. La potestad bajo el prisma de la legalidad se encuentra siempre limitada y condicionada, tasada en su extensión, frente a ella deben reconocerse garantías, como la de estabilidad del empleado público, o derivadas de los principios generales del derecho, como la igualdad, razonabilidad, publicidad y proporcionalidad⁷⁴. La potestad disciplinaria se encuentra sometida a las leyes y a los principios que rigen su ejercicio⁷⁵. Cuestiona las posiciones que tratan de justificar interpretaciones extensivas de la potestad disciplinaria, identificando a las de las relaciones especiales de sujeción, doctrina de los propios actos y cláusulas virtuales del contrato de empleo público y herramienta para el logro del cumplimiento de la prestación en el marco de un contrato del derecho público. Respecto de la primera concluye que las relaciones especiales de sujeción no podrán invocarse para separar al ámbito disciplinario de la vigencia de los principios constitucionales más trascendentes, sino sólo para otorgarle el “matiz” que le exige su inserción en relaciones de derecho público. En cuanto a la segunda postura, entiende que no se trata de negar validez jurídica a la doctrina de los actos propios sino de ponderar los términos en los que ha de utilizarse, si ha adherido al régimen voluntariamente aun pudiendo no hacerlo, o si la adhesión fue inevitable. Opina que podría ser razonable la aceptación de una relación de preeminencia respetando en lo sustancial los principios jurídicos, pero no es posible atribuirle a un empleado la adhesión

⁷⁰ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario introducción al capítulo VII a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 287.

⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., t. I, redacción del capítulo VIII a cargo de Eduardo García de Enterría, p. 445.

⁷² GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario introducción al capítulo VII a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 286.

⁷³ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario introducción al capítulo VII a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 286.

⁷⁴ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario introducción al capítulo VII a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 289.

⁷⁵ Este autor concluye que “...las facultades disciplinarias de la Administración son expresión de una de sus potestades, originadas y gobernadas por las leyes y los principios que rigen el ejercicio de estos poderes-deberes, que se distinguen de los derechos y guardan una especial vinculación con el principio de legalidad”, p. 300.

a un régimen jurídico sin impugnación previa sin norma habilitante, postergando derechos fundamentales, permitiendo la libre elección administrativa para la determinación de la falta, la imposición de sanción, la clase de ésta y la administración del procedimiento disciplinario sin respetar el debido proceso adjetivo. Establece que no es posible adoptar una postura más desventajosa que la que protege a los consumidores frente a cláusulas predispuestas o en masa, así también las interpretaciones que ponen límite a la aplicación de la doctrina de los actos propios frente a situaciones de excusabilidad. Concluye que, teniendo en cuenta las circunstancias que califican a la especie, la doctrina de los actos propios contraviene principios esenciales de la organización republicana, la sujeción de la administración a la ley y la jurisprudencia explícita de la Corte Suprema. Respecto de la tercera posición, que autoriza a justificar un mínimo de poder derivado de la necesidad de aplicar determinadas sanciones disciplinarias como medio específico para el cumplimiento del contrato de empleo público, haciendo referencia con cita de Marienhoff a la presencia de cláusulas virtuales en los contratos administrativos, determina que el campo de actuación de tales cláusulas implícitas se reduce cuando el legislador dicta normas expresas, no dejando margen a la Administración para conductas diferentes a las que la ley exige, sin que ello implique impedir que un vacío legal sea cubierto por los principios generales del derecho administrativo y las nociones que protegen al interés público. Incluye dentro de este límite el ámbito de autovinculación normativa, ya que rige aquí el principio de inderogabilidad singular de los reglamentos.

Eduardo García de Enterría⁷⁶, si bien encuadra a la potestad disciplinaria dentro de las potestades conservativas que recaen sobre la propia esfera de la Administración y la considera como de supremacía especial por resultar aplicable a quienes se encuentran en una situación organizatoria de subordinación derivado de un título concreto, señala que la peculiaridad de la sanciones de esta especie reside en dos caracteres⁷⁷: el reconocimiento de una especie de titularidad natural de la Administración derivada de actuar en su propio ámbito interno, tutelando su propia organización y su funcionamiento, y de un tipo de ilícitos sancionables que requieren una valoración especial. Con base en estas características se pretendió la dispensa, al aplicar dicha potestad, de los requisitos generales de la legalidad y la tipicidad. Explica que actualmente se ha evolucionado hacia una integración general del poder disciplinario con los poderes sancionatorios generales. Entiende que el problema de la disciplina interna de un servicio o de una corporación no puede resolverse al margen de la legalidad; lo más que puede llegar a legitimar es una deducción de poderes implícitos en los otorgados por la ley de una manera general o de un más amplio margen del papel del reglamento en el desarrollo de esa ley, nunca una extensión de ésta⁷⁸.

⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., t. I, redacción del capítulo VIII a cargo de Eduardo García de Enterría, p. 444.

⁷⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., t. II, redacción del capítulo XVIII a cargo de Eduardo García de Enterría, p. 168.

⁷⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., t. II, redacción del capítulo XV, párr. I, a cargo de Eduardo García de Enterría, p. 21.

4.1. *Análisis de las posturas expuestas*

En todos los casos, ya sea como cualidad principal o secundaria, se tiene en cuenta al poder disciplinario en su función protectora del normal desenvolvimiento de la organización administrativa, sin perjuicio de que en algunos casos se destaca su condición instrumental respecto del interés público que rige toda la actividad estatal y, en otros, se resalta su carácter organizacional.

La diferencia está en la acentuación que hacen algunos autores en sus posiciones, de la exigencia de reconocer garantías frente a los posibles abusos de su ejercicio, cuando las faltas o las sanciones no se encuentran reguladas expresamente, o cuando se trata de extender discrecionalmente sus límites o se pretenda un uso facultativo de la potestad disciplinaria, destacando los límites impuestos por el principio de legalidad.

Entendemos que la potestad disciplinaria constituye una atribución inherente a la organización administrativa, su ejercicio es necesario para garantizar su normal funcionamiento, lo que no quita su condición instrumental de la estructura organizacional y como medio para satisfacer el bien común, así también su sometimiento al principio de legalidad.

Su inherencia deriva del ordenamiento jurídico. Esto implica que debe ser aplicada por la autoridad jerárquicamente competente y que su ejercicio no es discrecional por constituir una potestad-deber destinada a proteger el interés público que surge de las normas atributivas de competencia funcional del organismo.

No es una potestad difusa sino que se encuentra acotada y limitada por los principios y garantías derivadas del mismo ordenamiento.

La potestad disciplinaria se aplica solamente a personas físicas y es personal, es de allí que cuando ésta sea de naturaleza pecuniaria, tal el caso de una multa, no puede hacerse extensiva a los herederos en caso de fallecimiento.

Claramente la potestad disciplinaria deriva de la competencia propia asignada al organismo, es consustancial con su propia naturaleza y necesaria para cumplir con sus fines⁷⁹. No es posible negar a quien tenga asignada la conducción de una entidad, la disposición de las atribuciones necesarias para corregir disfuncionalidades, incluidas, obviamente, las generadas por sus propios integrantes, violando deberes y prohibiciones institucionales; ésta es una prerrogativa común a todo tipo de organización, desde la más sencilla —como la familia— a la más compleja, como puede ser el Estado o una multinacional. Como explicamos, en el caso de la Administración Pública, el principio de legalidad exige derivación normativa, lo que no supone necesariamente que la potestad esté expresamente asignada, ya que no es posible negar el ejercicio de potestad disciplinaria a quien conduce un organismo, más aún cuando éste es el jefe de la Administración.

La presencia del interés público en toda atribución de prerrogativas estatales marca una diferencia esencial que impide justificar la asignación de esta potestad solamente en cuestiones puramente organizacionales; un ejemplo de ello es la regulación en los regímenes estatutarios de deberes y prohibiciones vinculados a la vida privada de los agentes, cuando su conducta pudiere afectar la imagen o la credibilidad de la administración que integran. En estos casos no está en juego la relación jerárquica ni la potestad de mando. Dicho avance sobre la esfera particular de los

⁷⁹ AJA ESPIL, Jorge A., *Constitución y poder*, Tipográfica, Buenos Aires 1987, p. 160.

agentes sólo puede justificarse en la protección de los fines de interés público derivados de los cometidos que la Administración tiene asignados competencialmente.

5. La potestad como deber

La autoridad competente, al resolver, no sólo está consumando el ejercicio de una potestad disciplinaria sino que está cumpliendo con un deber. Es que, como ya se expresara, la disciplinaria es una potestad-deber. Esto implica desechar las posturas que con base en la discrecionalidad consideraban como potestativa la atribución de sancionar o no.

La potestad disciplinaria, si bien protege en forma inmediata a la Administración, como toda potestad estatal, debe tener como fin último la protección del interés público⁸⁰. En este sentido no puede permitir el incumplimiento de la ley. Además, en la aplicación de la sanción puede haber personas con intereses contrapuestos que se vean perjudicadas por la decisión, tal el caso de otros imputados en el sumario, otros agentes sancionados en las mismas condiciones o quienes dependan de la situación del agente para ocupar un cargo vacante respecto del cual estén concursando o pretendan concursar o aspiren al cargo que pudiere quedar por sanción extintiva. En estos casos se violaría el principio de igualdad en sus distintas manifestaciones al aplicar una potestad en forma desigual en situaciones similares o al alterar la igualdad de oportunidades de quienes pretendan acceder a un cargo⁸¹.

6. Consagración de la potestad disciplinaria en la provincia de Buenos Aires

En el caso de la provincia de Buenos Aires, el ejercicio de la potestad disciplinaria está expresamente previsto en la ley 10.430, sin perjuicio de ello corresponde explicar su origen constitucional.

⁸⁰ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 30 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 325. Este autor entiende que la potestad disciplinaria se ejerce en defensa del interés público y no del mero orden o unidad de la Administración.

⁸¹ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 30 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 32. El autor rechaza las posturas que sin autorización legal explícita, con sustento en cuestiones de mérito, oportunidad o conveniencia podrían permitir a la Administración no ejercer su potestad o revocar un acto sancionatorio; propone como alternativa, frente a situaciones en las que podría resultar necesario postergar la aplicación de la sanción suspendiendo los efectos del acto, en el caso nacional por el art. 12, última parte de la ley 19.549, hasta tanto pueda disponerse de un reemplazo, con lo que puede satisfacer las dos exigencias que derivan del interés público: la conservación del sistema en funcionamiento y la aplicación igualitaria de las normas disciplinarias.

Como otra forma de inaplicar una sanción a fs. 330 aborda la posición de Miguel S. Marienhoff, que consagra como causal extintiva de la sanción al perdón (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 446). Allí distingue la imposibilidad de perdonar la falta y en cuanto al perdón de la sanción destaca un contenido directo y otro reflejo; el primero sería la sanción en sí y el segundo, los efectos mediatos en relación de paridad del sancionado con los demás postulantes en la carrera administrativa. Entiende que la Administración sólo podría perdonar el contenido directo, no el reflejo; dicha atribución derivaría de la atribución constitucional del Poder Ejecutivo para indultar penas, pero recomienda que, atento a que es el Poder Ejecutivo quien establece el régimen disciplinario de los empleados públicos, recomienda que sea por ley la atribución expresa de esta facultad para que la Administración pueda concretar el perdón.

El encabezado del art. 144⁸² de la Constitución provincial atribuye al gobernador su condición de jefe de la Administración Provincial y el art. 52⁸³ lo habilita a nombrar a sus agentes, salvo los casos expresamente previstos en la propia Constitución. Nada dice la Carta provincial respecto de la potestad de remoción de éstos; no obstante ello, corresponde aplicar el principio de paralelismo de las competencias.

Particular es la situación de los agentes de la Dirección General de Escuelas y Cultura, ya que a través del art. 201⁸⁴ de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires se asigna al director general de Cultura y Educación potestad tanto para nombrar como para remover a todo el personal técnico, administrativo y docente del organismo.

La Carta provincial, al asignar a este organismo la potestad para nombrar a sus agentes, también dispuso su contracara, esto es, otorgándole el poder de remoción —lo que supone el ejercicio de la potestad disciplinaria—, a diferencia de su art. 52 descrito en párrafos anteriores que, al determinar la competencia del gobernador para nombrar a los agentes, la Constitución sólo se limitó a prever la prerrogativa de designación.

Los límites de la potestad disciplinaria también tienen sustrato constitucional, ya que su ejercicio debe modularse frente a la garantía de estabilidad del empleado público prevista tanto en el art. 14 bis de la Constitución Nacional como en el art. 103, inc. 12 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires; este último como uno de los requisitos a tener en cuenta para organizar la carrera administrativa.

La garantía de la estabilidad en el empleo público no es absoluta sino que, como todo derecho, debe ejercerse conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio. Reglamentación que incluye a la delimitación de la potestad disciplinaria como forma legítima de excepcionar la estabilidad cuando de su ejercicio pueda derivarse la extinción del vínculo.

El Poder Legislativo también tiene atribución constitucional expresa para nombrar a sus agentes, tal lo dispuesto en el art. 93⁸⁵ de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

⁸² Art. 144 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "El gobernador es el jefe de la Administración de la Provincia, y tiene las siguientes atribuciones...".

⁸³ Art. 52 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "Los empleados públicos a cuya elección o nombramiento no provea esta Constitución, serán nombrados por el Poder Ejecutivo".

⁸⁴ Art. 201 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "El gobierno y la administración del sistema cultural y educativo provincial, estarán a cargo de una Dirección General de Cultura y Educación, autárquica y con idéntico rango al establecido en el art. 147.

"La titularidad del mencionado organismo será ejercida por un director general de Cultura y Educación, designado por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado. Durará cuatro años en su mandato pudiendo ser reelecto, deberá ser idóneo para la gestión educativa y cumplir con los mismos requisitos que para ser senador.

"El director general de Cultura y Educación priorizará el control de la calidad en la prestación del servicio educativo.

"Corresponde al director general de Cultura y Educación el nombramiento y remoción de todo el personal técnico, administrativo y docente".

⁸⁵ Art. 93 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "Cada Cámara se regirá por un reglamento especial y nombrará su presidente y vicepresidentes, a excepción del presidente del Senado, que lo será el vicegobernador, quien no tendrá voto sino en caso de empate.

"Los funcionarios y empleados de ambas Cámaras, serán designados en la forma que determinen sus respectivos reglamentos".

En el caso del Poder Judicial, el art. 161 inc. 4°⁸⁶ de la Constitución provincial asigna a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires potestad para nombrar y remover directamente a secretarios y empleados del tribunal, y a propuesta de los jueces de primera instancia, funcionarios del Ministerio Público y jueces de paz, el personal de sus dependencias. Y por el art. 167 le atribuye a las Cámaras de Apelación el nombramiento y la remoción de sus secretarios y empleados.

El marco constitucional designa el camino, pero no siempre el legislador da adecuado cumplimiento a dichos parámetros.

En la provincia de Buenos Aires, el ejercicio de la potestad disciplinaria se encuentra asignado legislativamente en el caso del Poder Ejecutivo⁸⁷ y del Poder Judicial, no así en el caso del Poder Legislativo.

6.1. Previsión legislativa de la potestad disciplinaria en el Poder Judicial

La Ley 5827 Orgánica del Poder Judicial prevé el ejercicio de la potestad disciplinaria en cabeza de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires⁸⁸, de los jueces de primera instancia⁸⁹ y de las cámaras de apelaciones⁹⁰.

Si bien la Procuración General no constituye un órgano independiente⁹¹ de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y la Constitución, en su art. 189, le atribuye sólo potestad de superintendencia, ésta ha sido entendida como abarcativa de la potestad disciplinaria, alcance que fuera reconocido a través de la ley 12.061. También justifica en el ejercicio de la superintendencia la reglamentación por sí del régimen disciplinario.

⁸⁶ Art. 161.—“La Suprema Corte de Justicia tiene las siguientes atribuciones: ...4) Nombra y remueve directamente los secretarios y empleados del tribunal, y a propuesta de los jueces de primera instancia, funcionarios del Ministerio Público y jueces de Paz, el personal de sus respectivas dependencias”.

⁸⁷ Art. 99 de la ley 10.430.

⁸⁸ Art. 32 de la ley 5827: “Sin perjuicio de lo dispuesto en la Constitución de la Provincia, son atribuciones de la Suprema Corte de Justicia las siguientes: ...b) Nombrar y remover todos los funcionarios y empleados auxiliares de la administración de Justicia a que se refiere el art. (*) 126, inc. 5° de la Constitución: disponer sus traslados, como así también el de las oficinas del Poder Judicial...”.

(*) Corresponde al actual art. 161, inc. 4° de la Constitución provincial.

⁸⁹ Art. 66 de la ley 5827: “Corresponde a los Jueces de Primera Instancia: ...2. Aplicar sanciones disciplinarias por faltas reiteradas, retardos o negligencias en el cumplimiento de sus funciones. Dichas sanciones serán: prevención, apercibimiento, suspensión hasta cinco (5) días; si la suspensión fuera por un plazo mayor, o en caso de cesantía, deberá elevarla a la Suprema Corte...”.

⁹⁰ Art. 49 de la ley 5827: “Las Cámaras dictarán las disposiciones reglamentarias que han de regir su funcionamiento interno y designarán sus Secretarios y empleados”.

⁹¹ Art. 2° de la ley 12.061: “Principios. El Ministerio Público es parte integrante del Poder Judicial y goza de la autonomía e independencia que le otorga la Constitución para el debido cumplimiento de su función requirente.

”Su organización es jerárquica, y está regida por los principios de: unidad, indivisibilidad, flexibilidad y descentralización”.

En el art. 13, inc. 21⁹² de la mencionada ley, se atribuye al procurador competencia para imponer sanciones correctivas con comunicación a la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y requerir a ésta la imposición de las expulsivas.

La ley también habilita al procurador, a través de su propia reglamentación, a delegar la potestad disciplinaria, al fiscal del Tribunal de Casación, por el art. 15, inc. 4º⁹³, a los fiscales de cámara por el art. 16, inc. 12⁹⁴, a los agentes fiscales por el art. 17, inc. 8º⁹⁵, al defensor del Tribunal de Casación por el art. 18, inc. 4º⁹⁶ y a los defensores generales por el art. 19, inc. 11⁹⁷.

Así también en el segundo párrafo del art. 22 de la ley 13.661⁹⁸, actual Ley de Enjuiciamiento de Magistrados —de la misma manera lo hacía el art. 21 bis⁹⁹ de la ley 8085—, se previó tácitamente la potestad disciplinaria en cabeza del procurador al establecer al determinar su atribución para efectuar denuncia ante el jury.

6.1.1. Regulación reglamentaria de la potestad disciplinaria en el Poder Judicial

En el caso del Poder Judicial, la situación ha sido regulada a través de diferentes acuerdos de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y, en principio, también en forma paralela, a través de los reglamentos de cada una de las cámaras de apelaciones, ello como consecuencia de la asignación diferenciada que de dicha atribución hacen respectivamente los arts. 161, inc. 4º, y 167¹⁰⁰ de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, como derivación en cada uno de los casos de la potestad de remover a sus agentes.

⁹² Art. 13, inc. 21, ley 12.061: “Requerir a la Suprema Corte de Justicia la imposición de sanciones disciplinarias expulsivas e imponer las correctivas con comunicación a aquélla, respecto a los integrantes del Ministerio Público”.

⁹³ Art. 15, inc., 4º, ley 12.061: “Ejercer la potestad disciplinaria correctiva interna, según la reglamentación que dicte el Procurador General”.

⁹⁴ Art. 16, inc. 12, ley 12.061: “Ejercer la potestad disciplinaria correctiva interna y sobre los órganos del Ministerio Fiscal y de Menores e Incapaces del Departamento según la reglamentación que dicte el Procurador General”.

⁹⁵ Art. 17, inc. 8º, ley 12.061: “Ejercer la potestad disciplinaria correctiva interna según reglamentación que dicte el Procurador General”.

⁹⁶ Art. 18, inc. 4º, ley 12.061: “Ejercer la potestad disciplinaria correctiva interna, según la reglamentación que dicte el Procurador General”.

⁹⁷ Art. 19, inc. 11, ley 12.061: “Ejercer la potestad disciplinaria correctiva interna según reglamentación que dicte el Procurador General”.

⁹⁸ Art. 22, segundo párrafo del art. 22, ley 13.661: “En los casos de Miembros del Ministerio Público que hayan dado lugar a la aplicación de sanciones en múltiples oportunidades en la órbita de superintendencia de la Procuración General, el señor Procurador General podrá formular denuncia contra el Magistrado y acusarlo ante el Jurado de Enjuiciamiento”.

⁹⁹ “En los casos de Miembros del Ministerio Público que hayan dado lugar a la aplicación de sanciones en múltiples oportunidades en la órbita de superintendencia de la Procuración General, el señor Procurador General podrá formular acusación en los términos del art. 23 de esta Ley si lo estima pertinente”.

¹⁰⁰ Art. 167 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: “Corresponde a las Cámaras de Apelación el nombramiento y remoción de los secretarios y empleados de su dependencia”.

En el caso de este Poder es necesario distinguir el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto de los magistrados sometidos al Jurado de Enjuiciamiento de aquellos agentes que no lo están.

Hasta el dictado del acuerdo 3354/2007, el Máximo Tribunal regulaba el procedimiento disciplinario y, por ende, la potestad disciplinaria, en forma diferenciada. A través del acuerdo 1887/1979 se regulaba el procedimiento en el caso de los magistrados, siempre que no resultara de aplicación la Ley de Enjuiciamiento; el título IV del acuerdo 2300 regulaba el procedimiento para los demás agentes. En esta última disposición, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires extendía la aplicación del procedimiento también a los agentes de las cámaras de apelación, si bien reconociendo el ejercicio de la potestad a estos organismos, tal como cabe interpretar la atribución de remoción prevista en el art. 167 de la Constitución provincial por tener la misma naturaleza y entidad que la asignada a la Suprema Corte por el art. 161, inc. 4º, respecto de los secretarios y empleados de ésta, de los juzgados de primera instancia, juzgados de paz y Ministerio Público. El acuerdo 3354/2007 deroga, entre otras, a la acordada 1887/1979 y al título IV del acuerdo 2300.

Los fundamentos para el ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma del régimen disciplinario por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires han sido expuestos en los acuerdos 1887/1979 y 2300, no así en el vigente 3354/2007.

En este sentido, en los considerandos del acuerdo 2300 de fecha 13 de diciembre de 1988, se invoca la atribución conferida por el art. 31, inc. s)¹⁰¹ de la ley 5827 para dictar las reglamentaciones necesarias para el debido ejercicio de sus funciones y su reglamento interno. También se hace referencia a los arts. 152 y 180 de la Constitución provincial al mencionar el trabajo coordinado con la Procuración General; éstos son los actuales arts. 189 y 164¹⁰² de la Carta provincial; el primero de ellos atribuye competencia en materia de superintendencia al rocrador; el segundo asigna potestad reglamentaria a la Suprema Corte de Justicia y atribución para establecer medidas disciplinarias con el fin de preservar la mejor administración de justicia.

También en el acuerdo 1887 del 11 de septiembre del año 1979, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, justificó en sus considerandos la reglamentación autónoma del régimen disciplinario para magistrados y funcionarios de la administración de justicia y Ministerio Público. Destacó el carácter de atribución propia de la potestad disciplinaria, no sólo como tal sino también como deber, expresando que "...resulta claro que la potestad disciplinaria de esta Corte no está supeditada a la existencia de su reglamentación por ley, ni ésta podría desconocerla...", para luego expresar que "...como elemento corroborante es de señalar que la Orgánica del Poder Judicial N° 5827, confiere a esta Corte la atribución expresa de 'observar la conducta de los magistrados y funcionarios de la administración de justicia' y 'llamar a cualquier magistrado o funcionario de la justicia a fin de prevenirle por faltas u omisiones en el desempeño de sus funciones, art. 31, incs. 'd' e 'i'".

¹⁰¹ Art. 31, inc. s) (texto idéntico al actual inc. s del art. 32) de la ley 5827: "Dictar las reglamentaciones conducentes al debido ejercicio de las funciones que le acuerden las leyes, así como también su reglamento interno".

¹⁰² Art. 164 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "La Suprema Corte de Justicia hará su reglamento y podrá establecer las medidas disciplinarias que considere conveniente a la mejor Administración de Justicia".

Los incisos mencionados actualmente coinciden con los mismos (y en el mismo orden) que los del art. 32 de la ley 5827. El inc. d) otorga a la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires potestad para “observar la conducta de los Magistrados y funcionarios de la administración de justicia”, el inc. i) para “llamar a cualquier Magistrado o funcionario de la Justicia a fin de prevenirle por faltas u omisiones en el desempeño de sus funciones”.

Las prerrogativas mencionadas evidentemente hacen referencia al control funcional de magistrados y funcionarios, si bien no se expresa concretamente la atribución de potestad disciplinaria, lógicamente la observación o el llamado de atención pueden ser entendidos como tales.

En otro sentido podría interpretarse que la norma habilita a detectar la falta, observar dicha conducta, comunicarla con el objeto de prevenir al funcionario sin aplicarle sanción alguna y, si correspondiere, de encuadrar la conducta en el supuesto previsto en el art. 182, proceder a efectuar la acusación o denuncia ante el Jurado de Enjuiciamiento.

Es necesario recordar que la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, hasta el dictado del acuerdo 3159, entendió que los apercibimientos y las llamadas de atención no constituían sanción disciplinaria, aunque sí podían ser tenidos en cuenta como antecedente. Luego, a partir de dicha reglamentación, con el fin de garantizar el derecho de defensa y posibilitar su impugnación, fueron considerados sanciones disciplinarias e incorporados a los acuerdos 1887, 678 y 2562. Posteriormente, a través del acuerdo 3160, la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires dispuso la posibilidad de hacer exhortaciones y recomendaciones tendientes a mejorar el servicio de justicia por parte de los funcionarios a quienes se dirigen, cuando del procedimiento llevado a cabo en ejercicio de la potestad disciplinaria no corresponda aplicar sanción. Se expresa que dichos comunicados no se considerarán sanciones, no podrán tomarse como antecedente ni darán lugar a recurso alguno.

Podemos encontrar previsión expresa del ejercicio de la potestad disciplinaria respecto de magistrados en cabeza de la Suprema Corte en la ley orgánica del Poder Judicial, al disponer en su art. 32, inc. o) ¹⁰³, la obligación de ésta de llevar un registro en el que se anoten las medidas disciplinarias aplicadas no sólo a los empleados del Poder Judicial sino también a magistrados y funcionarios.

Así también se hace en el primer párrafo del art. 22 de la ley 13.661 —de la misma manera que su antecedente el art. 21 bis ¹⁰⁴ de la ley 8085 lo hacía en forma parecida— al prever: “En los casos de Magistrados que hayan dado lugar a la aplicación de sanciones en múltiples oportunidades en la órbita de superintendencia de la Suprema Corte de Justicia, ese Tribunal podrá designar de entre sus miembros un Ministro, en Acuerdo celebrado a esos efectos, a fin de formular denuncia contra el Magistrado y acusarlo ante el Jurado de Enjuiciamiento”.

¹⁰³ Art. 32, inc. o), ley 5827: “Llevar un registro en el que se anoten las medidas disciplinarias adoptadas contra Magistrados, funcionarios y empleados del Poder Judicial”.

¹⁰⁴ “En los casos de Magistrados que hayan dado lugar a la aplicación de sanciones en múltiples oportunidades en la órbita de superintendencia de la Suprema Corte de Justicia, ese Tribunal podrá remitir las actuaciones al señor Procurador General a fin de que formule acusación en los términos del art. 23 de esta Ley. En el supuesto que el señor Procurador General no le estime pertinente, deberá hacerlo así saber al Tribunal requirente mediante resolución fundada”.

En conclusión, la base constitucional para justificar la potestad disciplinaria de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires sobre los magistrados ha sido el art. 164 de la Constitución provincial (acuerdos 1887/1979 y 2300/1988), sin distinguir entre el ejercicio de la potestad, la reglamentación autónoma del procedimiento disciplinario, la determinación de las conductas punibles y los tipos de sanción aplicables.

Sin perjuicio de ello, la facultad constitucional consagrada en el art. 164 puede dar lugar a diferentes interpretaciones.

Por un lado, ésta puede ser entendida como potestad destinada a resguardar el gobierno del proceso, mediante la posibilidad de aplicación de medidas disciplinarias en el marco de éste. Aquí cabe distinguir su ejercicio, de la regulación normativa del mecanismo sancionatorio, debiendo éste, por tratarse de una cuestión netamente procesal, tener naturaleza legislativa, tal como ha sido regulado en los códigos y las leyes procesales.

Por el otro, y tal como lo ha interpretado el Máximo Tribunal, la posibilidad de establecer medidas disciplinarias ha sido considerada una de las materias a regular en la reglamentación interna a la que hace referencia el propio art. 164 de la Constitución provincial. Si bien, conforme a este sentido, la posibilidad de “establecer medidas disciplinarias para la mejor Administración de Justicia” puede hacer referencia tanto al ejercicio de dicha potestad como, dando un paso más, a habilitar al propio organismo a regular el régimen disciplinario y, en este caso, incluyendo o no a los magistrados cuando no corresponda la aplicación de la ley 13.661.

No obstante lo expuesto, la regulación del régimen de derechos y obligaciones de los agentes judiciales, y con mayor razón el régimen disciplinario —lo que involucra entre otras cuestiones la regulación de procedimiento disciplinario, la determinación de los tipos sancionatorios y los términos de extinción de la potestad disciplinaria— son materias que requieren definición normativa, sin que ello impida que, en la práctica, ante ausencia de ley —tal como lo ha hecho notar el acuerdo “de facto” 1887/1979—, sea autorregulado por el propio Poder Judicial, tanto para poder ejercer su potestad disciplinaria como para definir las garantías que la delimiten.

Esta exigencia debe acentuarse y precisarse con mayor nitidez respecto de un poder modelado dentro del sistema republicano con determinadas garantías, una de ellas la de independencia, que implica la inexistencia de vínculo jerárquico entre magistrados para el ejercicio de su función de juzgar, independientemente del nivel que éstos ocupen en su estructura.

6.1.2. Potestad disciplinaria y Cámaras de Apelación

El acuerdo 3354/2007, así como lo hacía el título IV del acuerdo 2300/1988, dispone su extensión respecto del personal de las Cámaras de Apelación, sin perjuicio del reconocimiento en cabeza de éstas del ejercicio de la potestad disciplinaria.

Recordemos que el art. 167 de la Constitución provincial atribuye a las Cámaras de Apelación competencia para nombrar y remover a sus secretarios y empleados y el art. 49¹⁰⁵ de la Ley 5827 Orgánica del Poder Judicial establece que cada cámara

¹⁰⁵ Art. 49, ley 5827: “Las Cámaras dictarán las disposiciones reglamentarias que han de regir su funcionamiento interno y designarán sus secretarios y empleados”.

debe dictar su propio reglamento para regular el funcionamiento interno, así también contempla la potestad para designar secretarios y empleados.

La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al dictar el procedimiento disciplinario en el Poder Judicial, dispuso uniformar el procedimiento para todos los organismos; ello lo justificó en el art. 164 (art. 152 de la Constitución de 1934) de la Constitución provincial y en el inc. s) del art. 32 de la ley 5827 alcanzando a jueces de primera instancia y Cámaras de Apelación.

Tal ha sido el caso de los acuerdos 2300/1988 y 2443/1988¹⁰⁶ —ambos derogados por el acuerdo 3354/2007—. En cambio, ninguna norma fue invocada en los considerandos de este último, sin perjuicio de tomar los de los acuerdos antecedentes a los que viene a reemplazar.

El acuerdo 3354/2007 ha extendido aún más la participación activa de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, no sólo al determinar la aplicación del procedimiento por ella previsto sino también en el ejercicio de la potestad disciplinaria.

Por su art. 2º¹⁰⁷ dispone que el reglamento disciplinario se aplicará al Tribunal de Casación Penal, Cámaras de Apelación y restantes órganos jurisdiccionales —aquí sólo quedarían excluidos los organismos pertenecientes a la Procuración General de la Corte regidos por resolución 1331/2001 de esta dependencia— conforme a las especificaciones del título V del acuerdo. El título V prevé en el art. 162¹⁰⁸ —procedimientos

¹⁰⁶ Este acuerdo tuvo como finalidad principal extender garantías procedimentales a los juzgados y cámaras de apelación. Allí se determinó la obligación de tales organismos de respetar el procedimiento sumarial en el que se garantice el debido proceso y derecho de defensa en los casos en que apliquen medidas disciplinarias en uso de las atribuciones conferidas por el entonces art. 155 de la Carta provincial (actual art. 167) y arts. 49 y 67, inc. 2 (actual art. 66) de la ley 5827; el primero para cámaras y el segundo para jueces de primera instancia.

¹⁰⁷ Art. 2º, acuerdo 3354/2007: “El presente reglamento regulará la potestad disciplinaria por parte de la Suprema Corte y será también de aplicación en lo pertinente al Tribunal de Casación Penal, las Cámaras de Apelación y los restantes órganos jurisdiccionales de acuerdo con las especificaciones contenidas en el Título V. En la información sumarial la competencia siempre será de la Suprema Corte de Justicia”.

¹⁰⁸ Art. 162, acuerdo 3354/2007: “Cuando por su competencia, la tramitación del procedimiento disciplinario corresponda a alguno de los órganos jurisdiccionales señalados en el art. 2º, lo previsto en este Reglamento se aplicará teniendo en cuenta que

”(i) La instrucción recaerá sobre el Secretario del órgano, salvo que éste sea el investigado, se excuse o sea recusado, en cuyo caso el trámite será sustanciado por el funcionario o agente que le sigue en el escalafón.

”(ii) Las resoluciones que pongan fin al procedimiento, sea archivando las actuaciones, absolviendo al imputado o sancionado, serán dictadas por la máxima autoridad del órgano jurisdiccional, respetándose los plazos previstos por el art. 107, apartado (i) para la emisión del correspondiente acto.

”(iii) Las competencias que en este Reglamento se asignan al Instructor, al Subsecretario de Control Disciplinario o al Secretario de Control Judicial se unifican en el Instructor al que se refiere el apartado (i) anterior. Los recursos previstos contra decisiones de aquellos funcionarios se entenderán que proceden en estos procedimientos contra las decisiones del Instructor al que se refiere el apartado (i) y por ante la máxima autoridad del órgano jurisdiccional competente para tramitar y resolver el sumario.

”(iv) En estos procedimientos no se requerirá el dictamen de la Procuración General ni de la Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la Suprema Corte de Justicia, salvo en el supuesto que se interponga el recurso jerárquico reglado en el art. 107, apartado (ii) que deberá solicitar la intervención de la nombrada Subsecretaría”.

disciplinarios ante los órganos jurisdiccionales indicados en el art. 2°¹⁰⁹— distintas regulaciones aplicables a los procedimientos que se lleven adelante ante organismos jurisdiccionales distintos del Superior Tribunal.

No obstante ello, la Suprema Corte no queda desentendida de la actividad disciplinaria de dichos organismos, ya que por los arts. 3° y 4° del acuerdo, puede aplicar por sí las sanciones a los agentes y funcionarios del Tribunal de Casación Penal y Cámaras de Apelación. Por el primero de los artículos puede actuar cuando considere que está comprometido el prestigio y la eficacia de la administración de justicia, siempre y cuando los órganos mencionados no hayan dictado el acto que ponga fin al procedimiento sumarial. Esta posibilidad de actuación ya estaba prevista en el art. 3°¹¹⁰, del acuerdo 1887/1979, pero allí nada se preveía sobre los límites de dicha actuación, cosa que aquí sí se hace en aplicación de la garantía del *non bis in idem* aplicable al procedimiento disciplinario cuando se trate de sanciones pertenecientes al mismo ámbito de responsabilidad.

El art. 4° —avocación—¹¹¹ prevé la atribución de la Suprema Corte de avocación de las actuaciones disciplinarias cuando considere que ello es conveniente para el servicio de justicia, el prestigio del Poder Judicial o el funcionamiento institucional de éste, continuando el trámite, a partir de allí, ante el Máximo Tribunal.

A diferencia de los acuerdos anteriores, en el art. 107¹¹² —recursos contra los actos de los otros órganos señalados en el art. 2°—, inc. (ii), se prevé un recurso

¹⁰⁹ “En los supuestos que corresponda intervenir a la Suprema Corte de Justicia, actuará y decidirá en pleno o por las Salas u órganos delegados que se constituyan conforme a la reglamentación que se dicte según lo dispuesto en el art. 30 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

”Actuará en Salas o mediante órganos delegados en los supuestos contemplados en el art. 7°, apartado I, incs. a y b. En los restantes casos, actuará en Salas, salvo cuando las faltas cometidas dieran lugar a sanciones de cesantía o exoneración, cuya aplicación será resuelta por el pleno”.

¹¹⁰ Art. 3°, acuerdo 1887/1979: “Sin perjuicio de la facultad de las Cámaras de Apelación para sancionar y remover a su personal, la Suprema Corte de Justicia podrá aplicar las sanciones previstas en el artículo anterior, cuando la falta produjera las consecuencias previstas en el art. 1°”.

¹¹¹ Art. 4°, acuerdo 3354/2007: “A los fines previstos en el art. 3°, la Suprema Corte de Justicia si lo juzgare conveniente para el servicio de justicia, el prestigio del Poder Judicial o el funcionamiento institucional de esta rama de gobierno, requerirá las actuaciones respectivas, las que quedarán sometidas, a partir de ese momento, a su conocimiento y decisión”.

¹¹² Art. 107, acuerdo 3354/2007: “Contra los actos emanados de alguno de los órganos jurisdiccionales individualizados en el art. 2° que se dicten en el marco de un sumario, procederán los siguientes recursos:

”(i) De Revocatoria: en los mismos supuestos en que dicho remedio procede contra las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia, según los artículos precedentes. Deberá interponerse mediante petición fundada ante el órgano que lo dictó, dentro de los cinco (5) días de notificado el acto atacado. Si se trata de un órgano colegiado, la resolución se adoptará por mayoría de opiniones, siendo el plazo para la emisión del primer voto de veinte (20) días, y de diez (10) días para los restantes. El plazo máximo para resolver podrá ampliarse por resolución fundada cuando la complejidad del caso así lo requiera hasta un total de veinte (20) días. Si se trata de un órgano unipersonal, el plazo para resolver será de quince (15) días. Éste será el único recurso posible contra las decisiones de las Cámaras de Apelaciones y del Tribunal de Casación en materia disciplinaria, agotándose la vía administrativa —en caso de ser interpuesto— con el acto administrativo que lo decida.

jerárquico contra las decisiones emanadas de dichos órganos. Allí se hace referencia al Tribunal de Casación Penal, Cámaras de Apelación y restantes órganos jurisdiccionales.

Podemos observar cómo en el acuerdo actualmente vigente se han acentuado las atribuciones de la Suprema Corte como cabeza del Poder Judicial¹¹³ respecto de los órganos que tienen atribuido ejercicio de potestad disciplinaria por vía legal o constitucional.

6.1.3. Situación del Ministerio Público

Como explicáramos al describir el marco legislativo se ha asignado potestad disciplinaria diferenciada a la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

La reglamentación del régimen disciplinario ha sido dictada por el procurador a través de resolución 1233/2001. Allí se regula el procedimiento disciplinario para todo el personal del organismo, previendo sanciones correctivas para los magistrados sometidos a Jurado de Enjuiciamiento y correctivas y expulsivas para el resto.

En sus considerandos se indica que respecto de las sanciones expulsivas se ha respetado la competencia constitucional prevista en los arts. 161, inc. 4° y 189 de la Carta provincial, así como el art. 21, inc. 13 de la ley 12.061.

En la resolución no sólo se reglamenta el procedimiento sumarial, sino que se prevén medidas preventivas de tipo coactivo y se regulan las causales de extinción de potestad disciplinaria.

6.2. Potestad disciplinaria en el Poder Legislativo

En el caso del Poder Legislativo, la atribución no está prevista en ley alguna sino que ha sido autorregulada a través de los reglamentos de ambas cámaras. En el caso de la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, su reglamento interno atribuye potestad para remover a los agentes de la cámara por

¹¹³(ii) Jerárquico por ante la Suprema Corte de Justicia dentro del término de quince (15) días de notificada la resolución que disponga la imposición de sanciones, plazo perentorio que no se suspende ni interrumpe por la interposición del recurso previsto en el párrafo anterior. El recurso jerárquico se interpondrá ante el órgano que haya dictado el acto cuestionado, que lo elevará junto con todas las actuaciones respectivas en un plazo no mayor de diez (10) días, salvo que haya mediado interposición del recurso de revocatoria, en cuyo caso, el plazo de elevación se contará a partir del acto administrativo que resuelva dicho recurso. Antes de concretar dicha elevación, se conferirá vista al recurrente de las actuaciones juntamente, previa notificación de la denegatoria del recurso de revocatoria, por un lapso de cinco (5) días, dentro del cual, el recurrente podrá mejorar o ampliar el recurso jerárquico. La Suprema Corte de Justicia —en Salas— lo resolverá ajustándose a lo reglado en el art. 95. Igual criterio que el previsto en el art. 104 se aplicará para determinar si se ha agotado la vía administrativa”.

¹¹³ GELLI, María A., *Constitución...*, cit., p. 749. Esta autora, respecto del Poder Judicial federal y comentando el art. 108 de la Constitución Nacional expresa: “...Es un poder complejo —integrado por varios órganos— compuesto, porque algunos Tribunales son colegiados, y jerárquico pues la Constitución califica de suprema a la Corte”.

el art. 28, inc. 18¹¹⁴, y en el caso de la Honorable Cámara de Senadores, por el art. 216¹¹⁵ de su reglamento interno.

6.2.1. Regulación de la potestad disciplinaria respecto del personal de la Cámara de Senadores

En la Honorable Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires, por resolución 1308/1986 de presidencia, se dispone la aplicación del régimen para el personal de la Administración Pública provincial, encontrándose vigente a la fecha. Cabe aplicar aquí su régimen disciplinario y el ejercicio de la potestad disciplinaria. En el caso el art. 99 de la ley 10.430 —autoridades competentes para la aplicación de las sanciones— debe ser compatibilizado con la estructura propia de la cámara.

6.2.2. Regulación de la potestad disciplinaria respecto del personal de la Cámara de Diputados

Si bien la Honorable Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires había recurrido al régimen general de empleo público para regir a los empleados de la Cámara de Diputados a través de la resolución 260/1996 del presidente del cuerpo, luego, en virtud de su derogación por resolución 2405/2000, pasó a regirse por la resolución 3825/1987, mediante la cual se regula de manera integral el régimen de los agentes de la cámara.

6.3. Tratamiento de la potestad disciplinaria en los distintos regímenes estatutarios de la Administración Pública provincial

En el caso del Poder Ejecutivo, la ley 10.430 en su art. 99¹¹⁶ atribuye a distintas autoridades el ejercicio de la potestad disciplinaria, variando de acuerdo con la gravedad de la falta, quedando en cabeza del gobernador la imposición de sanciones de tipo expulsivo.

¹¹⁴ Reglamento interno según texto ordenado resolución 1323/2002 de la Presidencia de la Honorable Cámara de Diputados y modificatorias resoluciones D/2605/02-03, 1569/03-04, 626/04-05, D/1212/04-05, D/2778/04-05 y D/1588/05-06 (fuente www.hcdiputados-ba.gov.ar). Art. 28: “Son atribuciones y deberes del presidente: ... 18. Nombrar y remover todo el personal de la Cámara, con excepción de los secretarios, prosecretarios y funcionarios mencionados en el art. 30 del presente reglamento...”

¹¹⁵ Reglamento interno de la Honorable Cámara de Senadores de la Provincia de Buenos Aires (fuente www.senado-ba.gov.ar). Art. 216: “Son atribuciones y deberes del Presidente: ... p) Nombrar y remover al personal en general, aplicar al mismo las medidas disciplinarias que correspondan y acordarle las licencias extraordinarias que fueren del caso...”

¹¹⁶ Art. 99, ley 10.430: “Son competentes para aplicar las sanciones disciplinarias:

”a) El Poder Ejecutivo, las expulsivas.

”b) Los Ministros, Secretarios, Subsecretarios, Directores Generales o Provinciales, y demás funcionarios con idéntico rango a los enumerados, las correctivas.

”c) Los Directores, o sus equivalentes, las correctivas limitándose la suspensión hasta un máximo de diez (10) días”.

Consecuente con la previsión constitucional, la Ley 10.579 del Estatuto del Docente prevé la asignación de potestad disciplinaria al superior jerárquico para las sanciones leves¹¹⁷ y al director general de Escuelas y Cultura para las graves¹¹⁸.

La Ley 13.201 del Personal de la Policía de la Provincia de Buenos Aires atribuye potestad al Poder Ejecutivo para aplicar sanciones de cesantía y exoneración y deja librado a la reglamentación la determinación de la autoridad que aplique las sanciones menores¹¹⁹.

¹¹⁷ Art. 135, ley 10.579: "Las sanciones de los arts. 132, incs. a), b) y c) y el 133, apartado I, serán aplicadas por el superior jerárquico del establecimiento u organismo técnico u otras instancias jerárquicas y deberán estar debidamente fundamentadas por escrito, en estos casos el docente podrá interponer recurso de revocatoria ante quien aplicó la sanción y el jerárquico en subsidio implícito en el primero será resuelto por la dirección docente competente, la que resolverá en definitiva, previo dictamen de sus organismos técnico-docentes".

Las sanciones leves y graves están definidas en los siguientes artículos:

Art. 132, ley 10.579: "El personal docente titular será pasible de las siguientes sanciones disciplinarias:

"I.- Faltas leves:

"a) Observación por escrito asentada en el cuaderno de actuación profesional.

"b) Apercibimiento con anotación en el cuaderno de actuación profesional y constancia en el concepto.

"c) Suspensión hasta cinco (5) días.

"II.- Faltas graves:

"d) Suspensión desde seis (6) a noventa (90) días.

"e) Postergación de ascenso de jerarquía o acrecentamiento por tiempo limitado en la respectiva resolución, hasta un máximo de seis (6) años.

"f) Descenso de jerarquía.

"g) Cesantía.

"h) Exoneración que implicará su cese en todos los cargos docentes".

Art. 133, ley 10.579: "El personal docente provisional y suplente será pasible de las siguientes sanciones disciplinarias:

"I.- Faltas leves:

"Se aplicarán las del art. 132, incs. a), b) y c).

"II.- Faltas graves:

"a) Suspensión de seis (6) a noventa (90) días.

"b) Exclusión de los listados de ingreso en la docencia y de aspirantes a provisionalidades y suplencias por tiempo limitado en la respectiva resolución.

"c) Limitación de funciones con exclusión de los listados de ingreso en la docencia y de aspirantes a provisionalidades y suplencias por tiempo limitado en la respectiva resolución".

¹¹⁸ Art. 136, ley 10.579: "Las sanciones de los arts. 132 y 133 de los ítems II, serán aplicadas por resolución del Director General de Escuelas y Cultura, previo dictamen del Tribunal de Disciplina".

¹¹⁹ Art. 53, ley 13.201: "El Poder Ejecutivo determinará las conductas que constituyen falta grave, leve o simple y las sanciones que para cada una de ellas corresponda, así como las atenuantes y agravantes.

"A esos fines como falta simple serán considerados los hechos que infrinjan normas vinculados al aseo personal, al orden, indumentaria, conservación de materiales de trabajo, corrección en el trato con el público. Faltas leves las vinculadas con las normas que determinen faltas de puntualidad, inasistencias injustificadas, declaraciones públicas estando bajo sumario sobre los hechos que motivaron el mismo, efectuar reclamos o recursos infundados, utilizar influencias para definir destinos laborales, falta de respeto a la superioridad. Faltas graves las inherentes a conductas que involucren al personal en hechos de corrupción, abandono del servicio, actos que impliquen la violación de derechos humanos, uso abusivo de su estatus profesional, incumplimiento de órdenes de servicios.

"Las sanciones de suspensión mayor de diez (10) días, la cesantía y la exoneración sólo podrán ser aplicadas previo sumario administrativo. La reglamentación fijará el procedimiento sumarial y determinará la autoridad facultada para aplicar cada una de las sanciones previstas en el artículo anterior. La cesantía y la exoneración sólo podrán ser dispuestas por el Poder Ejecutivo.

El art. 76¹²⁰ de la ley 13.482 atribuye facultades disciplinarias al jefe de la Policía Comunal respecto del personal policial que integre su dotación y por el art. 195¹²¹, atribuciones en materia disciplinaria a la Auditoría General de Asuntos Internos. Luego, el régimen disciplinario ha sido previsto en el decreto 3326/2004, reglamentario de la ley 13.201.

En el caso del personal de la Comisión de Investigaciones Científicas, el art. 18, inc. i) del decreto-ley 7385/1968¹²², atribuye potestad para la aplicación de sanciones disciplinarias a su presidente, conforme a los estatutos de personal.

Dentro de la Comisión de Investigaciones Científicas tenemos dos regímenes: por un lado, el personal que se encuentra bajo la regulación del decreto-ley 9688/1981 —carrera del investigador científico y tecnológico—, normativa que por su art. 36¹²³ dispone la aplicación supletoria del régimen disciplinario establecido en la ley de empleo público general. Por otro, el personal regulado por la ley 13.487 —carrera personal de apoyo a la investigación y desarrollo—, que dispone en su art. 17 (capí-

”El apercibimiento y la suspensión serán recurribles ante la autoridad que determine la reglamentación, la que fijará asimismo el plazo para interponer el recurso y su procedimiento. La cesantía y la exoneración solo serán susceptibles de impugnación por acción judicial, previo agotamiento de la vía administrativa.

”La aplicación de sanciones implicará la pérdida de puntaje, a los efectos previstos en el art. 37, de acuerdo con lo que establezca la reglamentación”.

¹²⁰ Art. 76, ley 13.482: “Facultades Disciplinarias. El Jefe de la Policía de Seguridad Comunal ejercerá facultades disciplinarias sobre el personal policial que integre la dotación mediante requerimientos que cursará a la Unidad de Coordinación de la Policías de Seguridad Comunal”.

¹²¹ Art. 195, ley 13.482: “Será competencia de la Auditoría General de Asuntos Internos:

”a) Prevenir las faltas disciplinarias mediante la interacción con los organismos dependientes del Ministerio de Seguridad, agencias del Estado Provincial y Nacional, otras Provincias, en especial limítrofes y fundamentalmente, los Municipios, las Organizaciones Ciudadanas del Pueblo de la Provincia, conformadas en ejercicio de sus derechos soberanos, y los distintos Foros de Seguridad constituidos.

”b) Propiciar la inclusión en los planes de formación y capacitación policial de la temática relativa a la competencia y experiencia obtenida por la Auditoría General de Asuntos Internos.

”c) Identificar, investigar y sancionar aquellas conductas que pudieran afectar la disciplina, el prestigio y la responsabilidad de las Policías Provinciales y los Derechos Humanos de cualquier individuo, objeto del accionar policial.

”d) Establecer mecanismos rápidos y efectivos de procedimiento y sanción, con el objeto de resguardar el correcto e integral funcionamiento del servicio de seguridad pública y el mantenimiento de la disciplina, garantizando el pleno respeto al imperativo constitucional de debida defensa.

”e) Propiciar Acuerdos y Convenios tendientes a la capacitación y el intercambio de experiencias con Organizaciones que posean similar cometido a nivel Provincial, Nacional y Organismos Internacionales.

”f) Requerir de los organismos competentes las estadísticas necesarias que posibiliten el conocimiento de aquellas situaciones que por acción u omisión pudieran indicar la presencia de hechos de corrupción, connivencia con el delito y otros hechos de grave trascendencia institucional.

”g) Requerir al personal policial abocado a las actuaciones preventivas la información necesaria vinculada con los episodios protagonizados por integrantes de las Policías de la Provincia de Buenos Aires para detectar conductas que pudieran importar graves violaciones a los aspectos tutelados”.

¹²² Art. 18, decreto-ley 7385/1968: “Son atribuciones del Presidente: ...i) Aplicar por sí y directamente las medidas disciplinarias previstas en los estatutos del personal”.

¹²³ Art. 36, decreto-ley 9688/1981: “Régimen Disciplinario. Será de aplicación para el personal comprendido en el régimen de la presente ley, el Régimen Disciplinario establecido por la ley 8721 y su Reglamentación.

”El no cumplimiento de las obligaciones determinadas en el art. 11 podrán sancionarse hasta con cesantía”.

tulo IV "Cese")¹²⁴ determinadas causales de cese, pero luego, por el art. 23 (capítulo VI "Normas complementarias")¹²⁵, remite a la aplicación analógica o supletoria, según el caso, del régimen general para todas las cuestiones que no hayan sido expresamente contempladas en la ley.

La potestad disciplinaria, en el caso del personal del servicio penitenciario, está en cabeza de los jefes superiores¹²⁶ y jefes, conforme lo dispuesto en el art. 111¹²⁷ del decreto-ley 9578/1980 del Régimen del Personal del Servicio Penitenciario, salvo cuando sea de tipo expulsiva, que corresponde al Poder Ejecutivo, tal lo prescripto por el art. 121¹²⁸ de dicho régimen. Dicha norma fue reglamentada por el decreto 342/1981, en el que se prevé el régimen disciplinario.

En el caso de la carrera profesional hospitalaria, el art. 40¹²⁹ de la ley 10.471 regula el mecanismo de elevación a la dirección de las solicitudes de sanciones;

¹²⁴ Art. 17, ley 13.487: "Causales. El personal comprendido en la presente ley cesará en sus funciones por las siguientes causas:

"1.- Existencia de dos calificaciones de no aceptable del informe anual, dentro de los últimos cuatro años, conforme lo especificado en el artículo precedente. El Directorio de la Comisión de Investigaciones Científicas queda facultado para consagrar una excepción a la presente causal de cese. En este supuesto, si un informe anual resultara calificado como no aceptable en los siguientes dos años, el cese se producirá automáticamente.

"2.- Las previstas en el Régimen para el Personal de la Administración Pública Provincial.

"3.- No cumplimiento de los requisitos para adquirir estabilidad, previstos en el art. 5° de la presente Ley".

¹²⁵ Art. 23, ley 13.487: "Régimen de empleo. El personal que ingrese al régimen de la presente Ley, adquirirá carácter de agente de la Administración Pública Provincial. Todas las cuestiones vinculadas al régimen de empleo establecido por la presente Ley que no hayan sido expresamente contempladas en su articulado, serán resueltas mediante la aplicación analógica o supletoria, según los casos, de la ley que rijan para el Personal de la Administración Pública Provincial y de sus decretos reglamentarios".

¹²⁶ Así también el art. 17 (texto según ley 10.316) del decreto-ley 9079/1978 Orgánico del Servicio Penitenciario, en su parte pertinente establece: "Las Direcciones y Subdirecciones del Servicio Penitenciario serán desempeñadas por Jefes Superiores. La Dirección de Administración, en particular, podrá ser cubierta sin necesidad de que su titular posea estado penitenciario cuando así lo aconseje la ponderación que de las circunstancias haga el Poder Ejecutivo y siempre que a juicio de éste reúna las condiciones y los requisitos de idoneidad en materia económica, financiera, contable y administrativa que el cargo exige...".

"...Ejercerá el mando y su correspondiente potestad disciplinaria sobre sus subordinados directos, transitorios o permanentes, que estuvieren bajo sus órdenes a los efectos del Servicio especial a su cargo y cualquiera fuere el escalafón en que éstos revistaren. Tendrá en tal sentido las facultades disciplinarias correspondientes al grado de Inspector General de acuerdo con el régimen disciplinario establecido por los arts. 74 a 121 del decreto-ley 9578/1980...".

¹²⁷ Art. 111, decreto-ley 9578/1980: "Los Jefes Superiores y Jefes ejercerán sus facultades disciplinarias, sobre los subordinados y subalternos, cualquiera sea el escalafón en que aquéllos y éstos revisten".

¹²⁸ Art. 121, decreto-ley 9578/1980: "Cuando la sanción que corresponda aplicar al personal sea de retiro absoluto o destitución, el Jefe del Servicio Penitenciario solicitará al Poder Ejecutivo la aplicación de la que corresponda".

¹²⁹ Art. 40, ley 10.471: "Todo responsable del personal comprendido en la presente Carrera que considere que el mismo no cumple con las funciones que le competen, y una vez agotadas las instancias propias de supervisión o conducción, elevará a la Dirección, siguiendo la vía jerárquica correspondiente, la solicitud de sanción fundamentada en la valorización de la eficacia en el trabajo, en el cumplimiento de tareas, conducta administrativa y ética profesional".

luego, por su art. 41¹³⁰, se remite a lo dispuesto en el régimen general, es decir a la ley 10.430.

La ley 12.268 —régimen de actividades artísticas— nada dice respecto de la potestad disciplinaria, pero por su art. 23¹³¹ remite al régimen general en todo lo que no esté expresamente regulado en dicha ley.

La ley 10.648 —escalafón para el personal docente del Ministerio de Acción Social¹³²— presenta una particularidad, vinculada con el ejercicio de la potestad disciplinaria, previendo solamente la constitución de una junta de disciplina, remitiendo para su funcionamiento al capítulo XXII “De la disciplina” de la Ley 10.579 Estatuto del Docente¹³³, regulación que, por otra parte, ha sido consagrada como régimen supletorio de la ley 10.648¹³⁴. Sin perjuicio de la identidad en la actividad docente de ambos regímenes, su aplicación para los agentes regidos por la ley 10.648 presenta una diferencia en cuanto al organismo que integran, por lo que su interpretación requerirá compatibilizar el ejercicio de la atribución por parte de los funcionarios que deban aplicar las sanciones disciplinarias en el Ministerio de Desarrollo Social con las disposiciones del estatuto del docente dirigida a otro tipo de estructuras.

Es que el director general de Cultura y Educación tiene asignada competencia constitucional para designar y remover agentes; en cambio, el personal docente del Ministerio de Desarrollo Social forma parte de la administración centralizada, lo que implica que la competencia para ejercer dicha potestad estará en cabeza del gobernador como jefe de la Administración (encabezado del art. 144 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) sin perjuicio que por la delegación realizada por decreto 574/2001 fuera transferida al del ministro del ramo. Como consecuencia de ello, respecto del personal docente del ministerio, las sanciones leves (art. 135, ley 10.579) podrán ser aplicadas por el superior jerárquico y las graves (art. 136, ley 10.579), por el ministro de Desarrollo Social.

La ley 10.328 —para el personal de planta permanente del personal de vialidad— por su capítulo XX “Régimen disciplinario y sumarios”, en su art. 57¹³⁵, di-

¹³⁰ Art. 41, ley 10.471: “Las normas y procedimientos referentes a la disciplina del agente serán las establecidas por las disposiciones vigentes para el personal de la Administración Pública Provincial en lo que no se hallaren modificadas por la presente”.

¹³¹ Art. 23, ley 12.268: “Para el personal con estabilidad serán de aplicación supletoria las disposiciones vigentes que establece el régimen para el personal de la Administración Pública Provincial, a excepción de lo previsto en la presente”.

¹³² Hoy conforme a la Ley 13.757 de Ministerios, denominado Ministerio de Desarrollo Social.

¹³³ Art. 46, ley 10.648: “A los fines de aplicación de las normas previstas en el Capítulo XXII del Estatuto del Magisterio, ley 10.579, habrá de constituirse en forma permanente la Junta de Disciplina.

”La Junta de Disciplina estará constituida por:

”a) El Subsecretario o su representante, quien lo presidirá, contando con doble voto en caso de empate.

”b) El Director Provincial o quien lo represente.

”c) El Asesor Supervisor que corresponda.

”d) Un Docente de la misma jerarquía y especialidad que corresponda del Distrito Capital, cuyo nombre se extraerá de la lista por orden de mérito que elaborará la Junta de Clasificaciones”.

¹³⁴ Art. 58, ley 10.648: “Cualquier aspecto no contemplado en el presente reglamento será considerado de acuerdo a lo establecido por el Estatuto del Magisterio de la Provincia de Buenos Aires (ley 10.579), modificado por ley 10.614”.

¹³⁵ Art. 57, ley 10.328: “Es de aplicación para los agentes viales el régimen vigente en la Administración Pública de la Provincia”.

rectamente remite al régimen general para el personal de la Administración Pública provincial.

6.4. Supuestos en que se ha asignado legislativamente a autoridades subordinadas al gobernador la atribución de remover agentes de la Administración Pública

En dos regímenes especiales, los consagrados en la ley 11.759 —Estatuto para el Personal de Establecimientos de Salud Carrera Hospitalaria— y en el decreto-ley 9434/1979 —Orgánica del Banco de la Provincia de Buenos Aires— se ha asignado a las autoridades superiores la atribución para aplicar sanciones expulsivas.

6.4.1. Régimen disciplinario para el personal de establecimientos de salud carrera hospitalaria

El art. 4°¹³⁶ de la ley 11.759 —Estatuto para el Personal de Establecimientos de Salud Carrera Hospitalaria— atribuye competencia para designar y remover al personal comprendido en dicho régimen a la máxima autoridad de los establecimientos descentralizados¹³⁷ o, para los que no lo fueren, al Poder Ejecutivo, a través del ministro de Salud en virtud de la delegación prevista en el decreto 574/2001. A su vez, el art. 34¹³⁸ atribuye competencia a la máxima autoridad del establecimiento de salud para aplicar sanciones expulsivas y al director ejecutivo o director, las correctivas, norma que debe aplicarse en concordancia con el art. 4° descripto.

El art. 40¹³⁹ de la ley en cuestión establece los recursos contra los actos que impongan sanciones disciplinarias; aquí se prevé recurso de revocación y recurso de apelación ante el superior jerárquico, este último debe ser resuelto por el ministro de Salud, siendo su interposición facultativa, ya que la decisión final en el caso de los hospitales descentralizados será la de sus autoridades.

¹³⁶ Art. 4°, ley 11.759: “La designación y remoción del personal comprendido en este estatuto por las causas que el mismo autoriza, será competencia de la máxima autoridad en los establecimientos descentralizados autárquica o funcionalmente. Para los que no lo fueren, estas atribuciones podrá el Poder Ejecutivo delegarlas en el Ministerio de Salud, quien, en ese supuesto, dictará el acto administrativo que corresponda, según el caso. Se incluyen en la presente disposición todas las materias regidas por el presente estatuto, comprendidos en el régimen de licencias la potestad disciplinaria con exigencia o no de sumario administrativo”.

¹³⁷ Ley 11.072 de Restructuración Técnico-Administrativa de los Hospitales. Descentralización que faculta al Ministro de Salud para transformar a los hospitales en entes descentralizados sin fines de lucro.

¹³⁸ Art. 34, ley 11.759: “Son competentes para aplicar sanciones disciplinarias:

”a) Expulsivas: la máxima autoridad del establecimiento de salud.

”b) Correctivas: Director ejecutivo o Director”.

¹³⁹ Art. 40, ley 11.759: “Contra los actos administrativos que impongan sanciones disciplinarias, el sancionado podrá deducir recurso de revocación ante el mismo órgano que lo dictó, dentro del término de cinco días hábiles siguientes al de su notificación. Rechazado el mismo, podrá interponer recurso de apelación ante el superior jerárquico, dentro de los cinco días hábiles siguientes al de su notificación. En ambos casos, deberá fundarse el recurso, debiendo rechazarse el mismo sin más trámite si se omitiera tal requisito”.

6.4.2. Régimen disciplinario para el personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires

El decreto-ley 9434/1979 Orgánico del Banco de la Provincia de Buenos Aires, a través del art. 24, inc. n) ¹⁴⁰, asigna al directorio del banco la atribución de remoción, la realización de sumario y de reglamentación de las medidas disciplinarias.

6.4.3. Razonabilidad en la atribución legislativa de potestad disciplinaria a otras autoridades diferentes al gobernador

En el caso de los dos regímenes descriptos, el legislador ha asignado competencia para nombrar y remover agentes de la Administración Pública a los titulares de los organismos descentralizados y no al gobernador. Siendo la de remover la contracara de la de potestad de nombrar, cabe aquí hacer las mismas observaciones que se realizaron respecto de la asignación legislativa de dicha potestad a autoridades diferentes al gobernador, quien reviste la calidad de jefe de la Administración Pública provincial, sin perjuicio que el poder de remoción no haya sido consagrado expresamente en el art. 52 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Tal como se ha expuesto oportunamente respecto de la designación, la atribución legislativa a los titulares de los organismos que se encuentran debajo del gobernador para remover a sus subordinados no aparece como irrazonable cuando se trata de entidades descentralizadas, a lo que cabe agregar que, para que ello sea así, en el caso de atribuirles la de remoción deber contar, a su vez, con la de nombramiento.

No obstante lo expuesto, el Poder Ejecutivo provincial debe mantener el control de legalidad de los actos de ejercicio de la potestad, lo que implica reconocer a los afectados el derecho a recurrir al gobernador para impugnar las decisiones de los entes autárquicos.

Ante falta de regulación expresa, rige aquí el régimen impugnatorio del decreto-ley 7647/1970, el que, por su art. 1° ¹⁴¹, resulta de aplicación supletoria a todos los regímenes especiales.

En la ley de procedimiento administrativo provincial se prevé un recurso de apelación limitado al control de legalidad, contra las decisiones de los entes autárquicos para que conozca el gobernador; si bien éste ha sido previsto para determinados actos —esto es, decisiones finales que no dejen abierta la acción contencioso administrativa—, la norma debe ser adaptada al nuevo marco procesal administrativo consagrado tras la reforma constitucional del art. 166.

En consonancia con el espíritu de la nueva cláusula de la Carta provincial, los requisitos de admisibilidad para interponer las pretensiones administrativas de anulación se han flexibilizado como respuesta a una histórica posición restrictiva.

¹⁴⁰ Art. 24, decreto-ley 9434/1979: "Son facultades y obligaciones del Directorio: ...n) Remover al personal, previo sumario, y reglamentar las medidas disciplinarias respecto al mismo...".

¹⁴¹ Art. 1°, decreto-ley 7647/1970: "Se regulará por las normas de esta ley el procedimiento para obtener una decisión o una prestación de la Administración Pública de Buenos Aires y el de producción de sus actos administrativos. Será de aplicación supletoria en las tramitaciones administrativas con regímenes especiales".

En este sentido, el art. 18¹⁴² del Código Procesal Contencioso Administrativo, al regular el plazo de caducidad, prevé que éste se suspenderá frente a la interposición de recursos procedentes contra actos definitivos que agoten la vía administrativa.

Según el art. 14¹⁴³ de dicho Código, el agotamiento de la vía respecto de la pretensión anulatoria de un acto de alcance particular se produce cuando haya sido dictado por la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final o a quien se le haya delegado dicha competencia, ya sea que haya actuado de oficio o con previa intervención de parte.

Del juego armónico de ambos artículos surge que, sin perjuicio del cumplimiento del requisito de agotamiento de la vía, es posible articular en forma facultativa otros recursos procedentes, tal es el caso del de revocatoria contra los actos de la autoridad con competencia resolutoria final o, en los casos de delegación a otra autoridad en la administración centralizada o respecto de decisiones de los entes autárquicos, recurrir ante el Poder Ejecutivo, a través de los recursos jerárquico y de apelación, respectivamente. Entendemos que en este último supuesto, dado el nuevo marco constitucional y normativo, así como ocurre con otros artículos —tal el caso del art. 10¹⁴⁴ del decreto-ley 7647/1970 respecto de la legitimación para ser parte en el procedimiento administrativo¹⁴⁵—, el art. 94¹⁴⁶ de la ley de procedimiento administrativo debe ser interpretado extensivamente, permitiendo contra todas las decisiones de entidades autárquicas la interposición del recurso de apelación para requerir del Poder Ejecutivo el control de legalidad de dichos actos, más

¹⁴² Art. 18 (texto ley 13.101) de la ley 12.008: “Plazo para deducir la pretensión. La pretensión de anulación, la resarcitoria vinculada con aquélla, la de restablecimiento o reconocimiento de derechos o intereses tutelados y la de cese de una vía de hecho administrativa, deberán promoverse dentro del plazo perentorio de noventa (90) días, contados de la siguiente manera:

”a) Si se pretendiere la anulación de actos administrativos de alcance particular, desde el día siguiente al de la fecha de la notificación al interesado del acto definitivo y que agota la vía administrativa. En caso de haberse deducido contra el citado acto un recurso administrativo procedente, el plazo se contará desde el día siguiente al de la fecha de la notificación al interesado de la decisión que rechace aquel recurso...”.

¹⁴³ Art. 14 (texto según ley 13.101) de la ley 12.008: “Requisitos de admisibilidad de la pretensión. Supuestos de agotamiento de la vía administrativa.

”1. Sin perjuicio de los demás requisitos previstos en el presente Código, será necesario agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal en todos los casos salvo los siguientes supuestos:

”a) Cuando el acto administrativo definitivo de alcance particular hubiera sido dictado por la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final o por el órgano con competencia delegada sea de oficio o con la previa audiencia o intervención del interesado...”.

¹⁴⁴ Art. 10, decreto-ley 7647/1970: “La actuación administrativa puede iniciarse de oficio o a petición de cualquier persona o entidad pública o privada, que tenga derecho o interés legítimo.

”El que instare ante la Administración Pública un procedimiento relacionado con obras o servicios públicos, o el que peticionare con el objeto de lograr una decisión de la Administración, comprendida en las facultades potestativas no será tenido por parte en el procedimiento; lo que se le hará saber”.

¹⁴⁵ El que debe ser interpretado a la luz del art. 13 de la ley 12.008, que acepta una legitimación mucho más amplia en juicio que la limitada a quien detente un derecho subjetivo o un interés legítimo prevista en el art. 10 del decreto-ley 7647/1970.

¹⁴⁶ Art. 94: “Contra las decisiones finales de los entes autárquicos, que no dejen abierta la acción contencioso administrativa, procederá un recurso de apelación con las formalidades establecidas en el art. 92. El conocimiento de este recurso por el Poder Ejecutivo está limitado al control de la legitimidad del acto, el que podrá anular, pero no modificar o sustituir. Anulado el acto procederá la devolución de las actuaciones para que el ente autárquico dicte nuevo acto administrativo ajustado a derecho”.

aún en casos en que legislativamente se ha alterado la previsión constitucional de nombramiento y, consecuentemente, de remoción de sus agentes —por principio de paralelismo de competencias—, ya que pese a la descentralización, el gobernador no pierde su condición de jefe de ella, conforme lo dispone el encabezado del art. 144 de la Constitución provincial.

6.5. Situación de agentes pertenecientes a la Administración Pública provincial donde el régimen disciplinario no ha sido regulado expresamente

Consagrada la previsión normativa de la potestad disciplinaria en el régimen general de la Administración Pública provincial, puede ocurrir que en alguno de los regímenes especiales no se disponga quién titulariza su ejercicio, o más aún que, en ámbitos excluidos del régimen general no se prevea procedimiento disciplinario alguno. Evidentemente estas situaciones requieren una solución.

En el caso de la falta de previsión de la potestad disciplinaria en algún régimen especial no caben dudas de que su aplicación corresponde al gobernador, o en virtud del decreto 574/2001 de delegación, a las autoridades allí designadas.

Como se expresara precedentemente, el gobernador es el titular de la potestad disciplinaria en el ámbito del Poder Ejecutivo, ello deriva de su condición de Jefe de la Administración Provincial, conforme lo dispone el encabezado del art. 144 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y de la necesidad de asignar la potestad de remover a quien tiene atribuida la de designar a sus agentes, tal como ha sido previsto en el art. 52 de la Carta Provincial.

En el segundo caso, la falta de previsión de un procedimiento disciplinario en un régimen específico, puede suceder que éste prevea la aplicación supletoria del estatuto general o que no lo haga. Obviamente, en el primer supuesto no hay problema alguno de interpretación, sí lo hay en el segundo.

Como ya lo expresáramos, entendemos que aquí cabe recurrir al estatuto general, por un lado, por ser residual —art. 1º, ley 10.430— respecto de todos los empleados que integran la Administración Pública provincial y, en segundo lugar, porque cabe recurrir a él, aun ante falta de previsión expresa, para cubrir las situaciones no previstas en forma directa o analógica —según el caso— cuando corresponda compatibilizar institutos de ambos regímenes —general y especial—.

El titular de un organismo siempre debe contar con potestad disciplinaria, ya sea a través de la máxima autoridad o directamente por sí; negar ello es impedirle conducir su organismo, ya que así como tiene atribuciones para organizar, debe tenerlas para corregir las conductas objetivamente disfuncionales, tales como las violatorias de deberes y prohibiciones. Así también es necesario que quien pueda resultar pasible de una sanción sepa a qué atenerse y eventualmente disponga de las garantías que en última instancia derivan del marco constitucional provincial-federal, tales como el resguardo del debido procedimiento adjetivo, la interdicción de la arbitrariedad, igualdad, proporcionalidad, como así también la definición razonable tanto del deber o prohibición reprochado como de la sanción a aplicar.

Para ello es válido recurrir a las normas administrativas disciplinarias que tengan mayor afinidad con el servicio y consideramos que ello se produce recurriendo —en la esfera provincial— al régimen general para los agentes de la Administración Pública provincial previsto en la ley 10.430.

6.5.1. Alcances de las garantías procedimentales y procesales de acuerdo con nuestro marco constitucional

El procedimiento disciplinario como manifestación de la potestad disciplinaria tiene como límite el derecho a la tutela judicial efectiva, postulado que irrumpió con toda su fuerza no sólo en el ámbito judicial, sino también en el del procedimiento administrativo —como garantía de tutela efectiva— y, en rigor de verdad, en toda actuación estatal en la que se establezca el alcance de derechos y obligaciones.

Si bien este derecho podía inferirse de la Constitución Nacional, tanto del postulado axiológico de "...afianzar la justicia" que contiene en su Preámbulo como también de las garantías del debido proceso y defensa en juicio consagradas en el art. 18, adquiere su real dimensión a partir de la constitucionalización de los tratados de derechos humanos a través del art. 75, inc. 22 de la Carta Magna Federal.

Debemos destacar entre todos, por su precisión y por su invocación constante en el derecho interno, la regulación de dicha garantía contenida en los arts. 8°¹⁴⁷ y 25¹⁴⁸ de la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos:

"1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

"2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

"a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

¹⁴⁸ Art. 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos:

"Protección Judicial. 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

"2. Los Estados Partes se comprometen:

"a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

"b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

"c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

¹⁴⁹ ECHARRI, Hugo J., *Génesis y teoría del Estado de justicia*, Ius Publicum, Hurlingham, 2006, p. 284. El autor señala que la tutela judicial efectiva ha sido incorporada con la reforma de 1994 por intermedio del art. 75, inc. 22, al ser regulada por uno de sus tratados constitucionalizados: la Convención Americana de Derechos Humanos en sus arts. 8° y 25 regula con precisión dicha garantía. Si bien indica que otros tratados o convenciones de jerarquía constitucional también regulan el derecho a la tutela efectiva, aunque con distinto alcance y profundidad. En primer lugar destaca el art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre por ser uno de los primeros en delinear los pilares en que se fundamenta y constituye la garantía. Así también la regulan los arts. 8° y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos y el art. 14, inc. 1°, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Luego, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha reconocido valor a la interpretación jurisprudencial de los organismos creados en virtud de dichos tratados¹⁵⁰.

Cabe recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que las garantías mínimas en el debido proceso enumeradas en el numeral 2 del art. 8° de la Convención Americana de Derechos Humanos se aplican también a los ámbitos enunciados en el numeral 1 de dicho artículo, es decir, a la determinación de derechos y obligaciones de carácter civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, obviamente incluido el administrativo y, dentro de éste, el disciplinario, ya sea en el ámbito procedimental como procesal¹⁵¹.

La dimensión de la garantía del debido proceso legal de acuerdo con la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido receptada en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, a través del voto del Dr. Hitters, a partir de la sentencia del 17 de diciembre de 2003 en la causa “Suárez”¹⁵².

”b) comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada;

”c) concesión al inculpado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

”d) derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

”e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

”f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

”g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

”h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

”3. La confesión del inculpado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

”4. El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

”5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

¹⁵⁰ La Corte Sup., sent. del 7/4/1995 en causa G.342.XXVI caratulada “Girolidi, Horacio David y otro s/recurso de casación”.

¹⁵¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos: sent. del 2/2/2001, Serie C n. 72, caso “Baena, Ricardo y otros v. Panamá. Fondo, Reparaciones y Costas”; sent. del 31/1/2001, Serie C n. 71, caso del “Tribunal Constitucional v. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas”; sent. del 6/2/2001, Serie C n. 74, caso “Ivcher Bronstein v. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas” (Fuente página web www.corteidh.or.cr/).

¹⁵² Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, sent. del 17/12/2003 en causa B. 56.626, “Suárez, Juan Carlos y otro v. Municipalidad de General Villegas. Demanda contencioso administrativa”. Voto del Dr. Hitters —OP— (Magistrados votantes: Dres. Negri, de Lazzari, Salas, Soria, Hitters, Roncoroni).

Así también en sent. del 22/12/2008 en la causa A. 68.782, “Colegio de Bioquímicos de la Provincia de Buenos Aires v. Dr. M. H. M. - Acción disciplinaria”. Voto del Dr. Hitters —OP— (Magistrados votantes: Dres. De Lazzari —DI—; Dres. Hitters, Pettigiani, Kogan, Genoud, Negri —MA—, cada uno por sus fundamentos).

6.6. Falta de previsión de régimen disciplinario para agentes que no pertenecen al Poder Ejecutivo

Puede ocurrir que los agentes públicos de los otros poderes, excluidos del régimen general, no se encuentren sometidos a un régimen expreso.

Entendemos que cabe la misma interpretación aplicada al personal de la Administración Pública, sin perjuicio de la grave falencia que implica no regular un régimen que permita clarificar sus derechos y obligaciones.

Como en el caso de falta de previsión en el ámbito de la Administración Pública, tampoco aquí cabe privar a las autoridades que conducen la organización del ejercicio de la potestad disciplinaria ni tampoco a quienes resulten pasibles de su aplicación de las garantías que lo delimitan, por lo que, de la misma manera, cabe recurrir por vía analógica al régimen general previsto en la ley 10.430, más aún cuando su art. 1° prevé expresamente la posibilidad de adhesión de los otros poderes, habilitación que, más allá de su falta de concreción, denota su absoluta compatibilidad.

Debemos distinguir este tipo de regulación de la determinación de los derechos patrimoniales de los agentes, como el haber básico, las bonificaciones y los adicionales, ya que éstos deben ser establecidos legislativamente por tratarse de gastos patrimoniales que requieren su cálculo presupuestario, siendo una atribución privativa de la ley, si bien en numerosas oportunidades se ha delegado en el Poder Ejecutivo la atribución de modificar haberes, tal el caso de los numerosos aumentos que se han dado en época inflacionaria.

II. RÉGIMEN DISCIPLINARIO

1. Principio de legalidad

— Art. 80, ley 10.430:

Los agentes de la Administración Pública de la Provincia no podrán ser objeto de sanciones disciplinarias ni privados de su empleo, sino por las causas y procedimientos determinados en esta ley y su reglamentación.

— Art. 80, decreto 4161/1996:

La acción disciplinaria es el ejercicio del poder disciplinario que tiene la Administración Pública para sancionar a sus agentes por los hechos u omisiones que constituyan faltas administrativas.

El art. 80 de la ley consagra la vigencia plena del principio *nullum crimen sine lege previa* respecto de los agentes de la Administración Pública provincial, ya que proscribiera tanto la aplicación de sanciones disciplinarias como cualquier forma de extinción del vínculo por causas y procedimientos que no hayan sido determinados por la ley general de empleo público y su reglamentación.

El artículo, si bien encabeza el capítulo destinado a regular el régimen disciplinario, tiene un alcance mucho más amplio al disponer la exigencia de ley previa para determinar las causales y los procedimientos para cualquier forma de privación del empleo, pudiendo incluirse aquí el supuesto de disponibilidad absoluta previsto en el art. 11 de la ley.

Respecto del régimen disciplinario vemos que el artículo sólo exige el sometimiento a la ley y su reglamentación, de las causas y procedimientos para la aplicación de sanciones disciplinarias, esto es, la determinación de los deberes y prohibiciones cuya violación es considerada falta y el procedimiento sumarial respectivo, pero no hace referencia a la exigencia de legalidad para la determinación de las sanciones en sí mismas. Como veremos al comentar el art. 81, en éste se halla implícito el principio *nulla poena sine lege*.

El principio de legalidad, cuyo alcance respecto del régimen disciplinario ha dado lugar a diversas posturas —tal como abordáramos precedentemente al tratar la ubicación del derecho disciplinario en este mismo capítulo—, ha sido consagrado expresamente en la ley 10.430. Este principio exige la atribución legal de la potestad disciplinaria, la determinación de los tipos sancionables y de las sanciones aplicables, respondiendo estos dos últimos a los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, respectivamente.

La tipicidad de las faltas sancionables debe entenderse con el margen de flexibilidad que la materia exige. Dada la vaguedad que pueden tener los deberes y prohibiciones descriptos en la norma, sus detalles pueden estar precisados reglamentariamente pero, otras veces, dependerán de la interpretación en el caso concreto, la que igualmente deberá quedar sometida a las garantías que delimitan el ejercicio del poder y a parámetros objetivos de determinación por tratarse de conceptos jurídicos determinados¹⁵³. Esta vaguedad ha sido prevista expresamente por el propio legislador al consagrar una cláusula abierta en el art. 86 de la ley 10.430, en la que se otorga carácter enunciativo a las causales determinantes de sanciones expulsivas y correctivas previstas en los arts. 82 a 85, al no excluir otras faltas que para la autoridad de aplicación importen violación de los deberes impuestos al personal. Entendemos que ello será así siempre y cuando deriven del marco normativo vigente, es decir, en forma implícita, de un deber expreso, o resulten inherentes a la asignación competencial del organismo.

La consagración legislativa del principio de legalidad impide la apreciación, como faltas de conductas que no hayan sido impuestas previamente como deberes o prohibiciones, así como tampoco aplicar otras sanciones que las previstas por la ley.

El respeto al principio de legalidad para aplicar las sanciones determinadas en la ley es riguroso, no pudiendo apartarse de las especies previstas en dicho principio.

Esta postura es admitida inclusive por aquellos autores que flexibilizan la aplicación de los principios *nullum crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*; en este sen-

¹⁵³ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 27 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 311. Respecto de la dificultad para describir con precisión una conducta considerada falta en materia disciplinaria, este autor expresó: "Es claro que, por lo antes expuesto y a nuestro juicio, para que exista la falta disciplinaria, la conducta que la consuma debe estar así considerada por el ordenamiento aplicable, entre el catálogo de infracciones a los deberes o prohibiciones que califican la relación de empleo público. No es dudoso que, en estos casos, los preceptos legales pueden ser genéricos, pues es casi imposible describir las conductas constitutivas de una infracción a los deberes propios de una relación laboral sin reenviar a conceptos jurídicos indeterminados que suponen alguna abstracción. Sin embargo, debe exigirse que aun con alguna necesaria vaguedad, el núcleo de la conducta está caracterizado en la norma".

tido, Enrique Sayagués Laso¹⁵⁴, Bartolomé A. Fiorini¹⁵⁵, Miguel S. Marienhoff¹⁵⁶, Carlos A. Apesteguía¹⁵⁷, René Goane¹⁵⁸ y Julio R. Comadira¹⁵⁹, estos dos últimos por entender que por vía legislativa se le ha asignado carácter reglado a la potestad.

2. La falta administrativa

La reglamentación del art. 80 no hace referencia al principio de legalidad sino que define el concepto de acción disciplinaria. Inclusive al hacer mención a los hechos u omisiones considerados faltas administrativas no se conceptualiza a éstos como derivación de la violación de los deberes y prohibiciones previstos en la ley.

La falta disciplinaria es el presupuesto de hecho necesario para aplicar la sanción¹⁶⁰, ya que la configuración de la falta determina la posibilidad de actuar o ejercer la potestad disciplinaria; en consecuencia, para hacer efectiva la sanción, el agente necesariamente tiene que haber cometido una falta¹⁶¹.

La falta siempre consiste en una violación de un deber o prohibición legítimamente impuesto, éste puede ser relativo a la función o constituir una conducta exigida fuera de sus funciones por ser considerada negativa para el funcionamiento de la Administración.

Sin embargo, no siempre que se viole un deber o una prohibición necesariamente se debe aplicar una sanción, ya que muchos incumplimientos pueden no tener entidad suficiente para justificarla, sin perjuicio que en algunas oportunidades puedan constituir antecedentes para que, en caso de reiteración, ameriten la aplicación de sanción. En resumen, una falta siempre supone la violación de un deber o prohibición, pero no toda violación de un deber o prohibición constituirá una falta.

La conducta activa u omisiva del agente en contraposición con un deber o prohibición no es el único requisito exigible para que el agente resulte pasible de sanción. Su conducta tiene que ser imputable a éste y además su actuar debe haber sido culpable o doloso¹⁶².

¹⁵⁴ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, cit., t. I, p. 225.

¹⁵⁵ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I., p. 847. Este autor concluyó: "El actual derecho disciplinario sustancial establece una escala de faltas juntamente con un correctivo rango de sanciones cuya aplicación corresponde a las autoridades, que no podrán aumentar en ninguna forma las establecidas, como afirmó la Corte Suprema de la Nación en la causa 'Nassif E.'". En nota indica su ubicación en Fallos 259:268.

¹⁵⁶ MARIENHOFF, Miguel S., *Derecho...*, cit., t. III-B, p. 423.

¹⁵⁷ APESTEGUÍA, Carlos A., *Sumarios...*, cit., p. 55.

¹⁵⁸ GOANE, René M., "El poder disciplinario...", cit., p. 1039. Este autor expresó: "Si bien es cierto que en esta materia no rigen los principios de legalidad, de reserva, de tipicidad y de inaplicabilidad de la analogía —propios del derecho penal— cuando el derecho positivo ha regulado expresamente los deberes, faltas y sanciones, estableciendo una escala en las mismas, la Administración no podrá modificar dicha escala".

¹⁵⁹ COMADIRA, Julio R., *Derecho...*, cit., p. 570.

¹⁶⁰ BARÓ, Daisy L., *La relación de empleo público*, Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1982, p. 49.

¹⁶¹ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., p. 358.

¹⁶² BARÓ, Daisy L., *La relación...*, cit., p. 52. Con cita de SOLER, Sebastián, *Derecho penal argentino*, t. II, Buenos Aires, 1973, p. 73, expresó: "La imputabilidad constituye, pues un presupuesto subjetivo de la culpabilidad, algo que debe ser examinado previamente, así como debe serlo la ilicitud en su

Como explicáramos precedentemente, el requisito de tipicidad se encuentra influenciado por la dinámica de la función administrativa, por lo que cabe exigir menor rigurosidad que en el derecho penal, ya que la autoridad administrativa puede completar la descripción de la infracción o la determinación más precisa de la pena¹⁶³.

A esta complementariedad debe sumarse la vaguedad imposible de eliminar, derivada de la falta de precisión de las conductas impuestas como deberes o prohibiciones, las que por su generalidad no pueden ser previstas normativamente.

Deberes tales como el de prestar servicios en forma regular y continua conforme con la naturaleza de las tareas que le fueran encomendadas; poner contracción al trabajo; procurar su mejor desempeño; obedecer las órdenes impartidas legítimamente por su superior jerárquico; comportarse correctamente con sus compañeros, superior o público o cuidar los bienes del Estado, entre otros, no pueden ser soslayados, por más que no estén catalogados expresamente en algún estatuto resultan inherentes a la función normativamente atribuida o, en la generalidad de los casos, derivan en forma implícita de otros expresamente regulados.

Por otra parte, la dinámica que supone el ejercicio de la función administrativa hace imposible realizar un catálogo normativo de conductas exigidas, por lo que la mayoría son impuestas por instrucciones u órdenes de sus superiores, circunstancia que es cubierta con el deber genérico de cumplimiento de las órdenes del superior jerárquico que, en el caso de la ley 10.430, está previsto en el inc. 2° de su art. 78.

Se ha definido a la falta susceptible de sanción disciplinaria como “todo acto u omisión del funcionario, intencional o culposo, que viole deberes funcionales”¹⁶⁴ o con mayor detalle como “...el hecho del incumplimiento —concretamente exteriorizado por acción u omisión— no justificado y culpable, de un deber impuesto por las normas que regulan la relación de empleo público, cometido por un agente imputable¹⁶⁵”, o partiendo de ésta como “la conducta externa atribuible a una persona vinculada a la Administración por una relación de empleo público, que se concreta en el incumplimiento de un deber o la violación de una prohibición impuestos y descriptos por las leyes que rigen aquella relación o complementados por los reglamentos a los que tales leyes reenvían”¹⁶⁶.

3. Sanción disciplinaria

— Art. 81, ley 10.430:

Se aplicarán, en los casos que corresponda, sanciones disciplinarias de orden correctivo o expulsivo, las que a su vez respectivamente, podrán implicar apercibimiento o suspensión hasta sesenta días corridos y cesantía o exoneración.

aspecto objetivo. Media una relación concéntrica: dentro del círculo de los hechos ilícitos, algunos son cometidos por personas imputables y de éstas algunas son culpables”.

¹⁶³ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 27 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 310.

¹⁶⁴ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, cit., t. I, p. 326. DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. III, p. 433.

¹⁶⁵ BARÓ, Daisy L., *La relación...*, cit., p. 57.

¹⁶⁶ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 27 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 311.

— Art. 81, decreto reglamentario 4161/1996:

I. La sanción de suspensión será cumplida sin prestación de servicios y tendrá efecto a partir de la fecha en que quede firme la resolución respectiva.

II. El agente será notificado de la sanción impuesta en su lugar de trabajo; si no se encontrare prestando servicios por causas previstas en la ley, se la notificará el día del reintegro a su tarea.

La sanción es la consecuencia jurídica o el castigo por haber cometido una falta, obviamente sujeta a comprobación mediante el procedimiento correspondiente.

Tiene por finalidad prevenir o reprimir las conductas violatorias de los deberes y prohibiciones que han sido impuestos para procurar el normal funcionamiento de la Administración o para proteger el interés público que a ella se le ha encomendado, coincidiendo en ello con la finalidad de la potestad disciplinaria por ser la consumación de ésta.

La principal clasificación de las sanciones las distingue en correctivas y expulsivas: las primeras son de tipo preventivo, ya que tienen por objeto advertir al agente, en forma expresa o implícita, del riesgo de recibir una sanción más grave frente a un nuevo incumplimiento. Las segundas son aquellas que extinguen la relación laboral.

Las sanciones correctivas, a su vez, pueden distinguirse entre aquellas que privan de derechos a los agentes de las que no lo hacen¹⁶⁷.

El art. 81 tiene por finalidad enunciar y clasificar los distintos tipos de sanciones¹⁶⁸ adoptando la distinción entre correctivas y expulsivas. Incluye dentro del primer grupo al apercibimiento y a la suspensión, dentro del segundo a la cesantía y la exoneración. El artículo pone un límite temporal a la suspensión en sesenta días y estipula que debe computarse en días corridos.

¹⁶⁷ DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. III, p. 439. Este autor distingue a las sanciones por: a) tener en miras, sobre todo, un efecto moral; b) sanción con miras a un efecto pecuniario directo; c) con miras indirectas y con efecto, además sobre la carrera del agente; d) con miras a eliminar del servicio al agente culpable.

¹⁶⁸ SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, cit., t. I, ps. 329-330. Señala, además de las indicadas, al arresto, al traslado y a la pérdida de derechos jubilatorios. No se han contemplado otro tipo de sanciones tales como el traslado o la pérdida de derechos jubilatorios.

El arresto ha sido previsto en los regímenes disciplinarios del personal de seguridad, así lo encontramos en el art. 74, inc. b) del decreto-ley 9578/1980 — Régimen del Personal del Servicio Penitenciario—; en cambio, no está previsto como sanción la ley 13.201 — Régimen del Personal de las Policías de la Provincia de Buenos Aires, siendo las enumeradas en el art. 52: a) apercibimiento, b) suspensión sin goce de haberes, c) cesantía y d) exoneración. A diferencia del art. 41 del decreto-ley 9550/1980 que preveía: a) amonestación, b) arresto, c) suspensión de empleo, d) cesantía, e) exoneración, f) separación de retiro.

DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. III, p. 439, hace referencia también a la multa, postergación del ascenso, retrogradación de categoría.

El estatuto para el personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires dispone en el art. 25 la posible aplicación de las siguientes sanciones: a) llamado de atención, b) apercibimiento, c) suspensión condicional, d) suspensión, e) postergación en el ascenso, f) retrogradación de categoría, g) cesantía y h) exoneración.

MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 424, también menciona al traslado, que distingue el traslado como sanción de aquel dispuesto por razones de servicio con prescindencia de la idea de sanción.

El artículo pertinente del decreto reglamentario sólo aborda uno de los tipos de sanción, la suspensión. Esta norma debe complementarse con el resto del articulado del capítulo y fundamentalmente con el art. 87 de la ley.

Las sanciones correctivas consagradas por la ley son solamente dos: apercibimiento y suspensión. No se han previsto otras, como la amonestación o el llamado de atención. Sobre esta última podemos decir que constituye una sanción leve que en algunos ordenamientos no es considerada sanción sino una recomendación y que consiste en una observación destinada a prevenir el incumplimiento de un deber, pudiendo revestir la forma de un llamado de atención o al orden¹⁶⁹, también denominada observación¹⁷⁰ o censura.

El apercibimiento ha sido considerado un llamado de atención o amonestación calificado, la característica de este tipo de sanción es que consiste en hacer saber al agente las consecuencias que trae aparejada una nueva infracción¹⁷¹.

La suspensión es la sanción correctiva más grave, supone la prohibición de ejercer la función durante un lapso de duración limitado y la privación del sueldo durante éste.

Debe distinguirse la suspensión como sanción de la suspensión preventiva como medida precautoria en el procedimiento disciplinario, ya que esta última —como se verá oportunamente al comentar el art. 97— no tiene finalidad punitiva, sin perjuicio de que, si como resultado del sumario se aplica sanción de suspensión, se computen los días en que estuvo suspendido preventivamente para descontarlos de la pena impuesta y, si excedieren, se abonen los restantes.

Las sanciones expulsivas aparejan la separación definitiva del agente extinguiendo la relación laboral. Dentro de esta clase encontramos a la cesantía y la exoneración; la segunda supone consecuencias más graves que la primera, pero actualmente las diferencias se encuentran relativizadas¹⁷². La distinción solamente se mantiene en el art. 3º, punto I de la reglamentación, al disponer un plazo mayor para solicitar la rehabilitación por medidas expulsivas dictadas por la propia Administración Pública provincial, siendo el plazo de un año en el caso de la cesantía y dos en el de la exoneración y si el pedido fuere denegado podrá volver a hacerlo transcurridos dos y tres años desde la fecha de la última presentación, respectivamente. No obstante ello se reconoce una entidad mayor a la exoneración, que si bien no produce mayores efectos sobre los derechos del agente denota una mayor gravedad en la sanción y una imposición ejemplificadora¹⁷³.

¹⁶⁹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 534.

¹⁷⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 423.

¹⁷¹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 534; DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. III, p. 439.; MARIENHOFF, Miguel S., *Derecho...*, cit., t. III-B, p. 423. Hacen referencia a que la advertencia debe ser respecto de la reiteración de los mismos hechos. Entendemos que la advertencia no debe limitarse a la transgresión o continuidad de la conducta reprochada, ya que la futura infracción puede estar motivada en la violación de otros deberes o prohibiciones que deben ser merituados en su oportunidad.

¹⁷² FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 857.

¹⁷³ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 33 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 352. Este autor señala que a esta sanción se le ha reconocido un presupuesto carácter infamante que no surge de norma alguna. Cita fallo del 25/10/1996 de la C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 1ª, en autos "Tonelli, Roberto J. v. UBA - res. 330/1994", causa 5304/95, fuente *www.csjn.gov.ar*, donde se destaca la gravedad de la sanción de

4. Sanciones correctivas

— Art. 82, ley 10.430:

Serán causales para aplicar sanciones de carácter correctivo, las siguientes:

- a) Incumplimiento reiterado fijado por las leyes y reglamentos.
- b) Inasistencias injustificadas que no excedan de diez días discontinuos en el lapso de doce meses inmediatos anteriores y siempre que no configuren abandono de servicio. La reglamentación podrá determinar los términos, forma y condiciones de las sanciones que correspondan al agente que incurra en inasistencias sin justificar.
- c) Falta de respeto a los superiores, iguales, subordinados o al público.
- d) Negligencia en el cumplimiento de sus tareas o funciones.
- e) Incumplimiento de los deberes determinados en el art. 78 o quebrantamiento de las prohibiciones establecidas en el art. 79, salvo que por su magnitud y gravedad deban ser encuadradas bajo las figuras de cesantía o exoneración.

La ley no distingue los casos en que corresponde aplicar apercibimiento y en cuáles suspensión, tampoco distingue parámetros para la graduación de ésta, estando el art. 82 sin reglamentar.

El artículo indicado enuncia cinco supuestos, algunos de ellos constituyen figuras leves de otras que, por su magnitud, dan lugar a sanciones expulsivas.

4.1. Incumplimientos reiterados fijados por las leyes y los reglamentos

Este supuesto se configura cuando se produce una serie de faltas menores que previamente pueden o no haber dado lugar a sanción.

Recordemos que el artículo bajo comentario regula las causales que dan lugar a sanciones de apercibimiento o suspensión; la segunda más grave que la primera y sujeta a graduación.

En el caso del apercibimiento, éste puede aplicarse luego de sucesivas observaciones, para lo cual es necesario que éstas hayan quedado asentadas en el legajo del agente, sean determinadas por acto expreso¹⁷⁴ y puestas en conocimiento de aquél.

La suspensión como sanción más grave puede ser aplicada luego de contar con una falta precedente que haya dado lugar a un apercibimiento y, a su vez, las sanciones de suspensión pueden aplicarse sucesivamente, pudiendo variar en su graduación.

Un ejemplo de aplicación gradual de sanciones de suspensión lo encontramos en el art. 85 frente a inasistencias reiteradas.

A diferencia de aquel ejemplo, el supuesto previsto en el art. 82, inc. a), no se encuentra sometido al límite máximo de punición de treinta días, como es el caso del art. 85 de la ley, sino que dado que aquí no existe una enunciación tasada de los supuestos pasibles de sanción, el tipo de punición aplicable debe ser ponderado por la autoridad de aplicación conforme a la gravedad de la falta, hasta el límite de sesenta días de suspensión tal como lo dispone el art. 80 de la ley.

exoneración, considerando que conlleva una calificación deshonrosa para su destinatario, que exigirá especial prudencia en su imposición.

¹⁷⁴ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 31 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 335.

La consagrada en el inc. a) del art. 82 es una figura genérica, ya que no especifica de qué incumplimientos se trata, dado que el artículo no remite a los arts. 78 y 79 de la ley como sí lo hace el inc. e) del art. 82.

Es necesario distinguir la “reiteración” de la “reincidencia”, esta última regulada en el art. 102 de la ley.

Si bien ambas parten del mismo género, para que se configure la primera debe haberse dictado sanción; en cambio, en el caso de la reiteración de faltas, todavía no se lo ha hecho, por lo que podemos decir que cabe hablar de un concurso real de infracciones que deben ser calificadas conjuntamente. Deben aplicarse aquí las definiciones que se han dado de estos institutos en la doctrina penal¹⁷⁵.

El plazo para computar las sucesivas faltas que configuran la reiteración difiere del de la reincidencia. En el primer caso cabe tener en cuenta el plazo de prescripción¹⁷⁶ de un año, contando desde la fecha de comisión de la falta, previsto para las sanciones correctivas en el art. 90, inc. c), punto I de la ley 10.430. En cambio, el plazo para la reincidencia es de dos años, computados desde que fue sancionada, conforme lo dispuesto en el art. 102 de la ley.

4.2. Inasistencias injustificadas

El inc. b) del art. 82 de la ley prevé la aplicación de sanciones correctivas a los agentes que no asistan a trabajar injustificadamente, siempre que en total no excedan los diez días en el lapso de doce meses inmediatos anteriores, ya que si superaren este tope resultaría aplicable la causal de cesantía prevista en el art. 83, inc. f) de la ley. Otra excepción está dada por la configuración de abandono de servicio, penada también con cesantía conforme lo dispone el primer párrafo del art. 85.

Las ausencias se consideran injustificadas tanto cuando sean sin aviso alguno como cuando la justificación dada no haya sido aceptada por la autoridad de aplicación.

El supuesto del inc. b) del art. 82 debe ser complementado con la segunda parte del art. 85, que dispone un sistema tasado de aplicación de sanciones de suspensión por inasistencias injustificadas y una escala ascendente de punición frente a sucesivas reiteraciones hasta la aplicación de la sanción de cesantía.

El inciso no hace alusión expresa a la sanción de suspensión, por lo que, en principio, podría aplicarse tanto apercibimiento como suspensión cuando no se den los supuestos tasados por el art. 85.

El art. 85 parte de una escala que castiga con cinco días de suspensión a quien tuviere tres inasistencias injustificadas en el lapso de trescientos sesenta y cinco días entre la primera y la tercera; si con posterioridad, en el término de dos años contados desde la última falta que motivara la sanción, se ausentare injustificadamente tres veces y el lapso entre la primera y la tercera no excediere de trescientos sesenta y cinco días se le apli-

¹⁷⁵ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., t. II, p. 361. El autor expresa que a la serie de hechos cometidos por el mismo sujeto (concurso real sucesivo) suele llamársela también reiteración, que distingue del delito continuado y de la reincidencia.

Luego, que “es reincidente el sujeto que ha sido condenado dos o más veces a una pena privativa de libertad, por un delito que no sea militar, ni político, ni amnistiado, siempre que, entre la condena anterior y la fecha de comisión del nuevo delito, no medie prescripción especial. CP art. 50” (p. 505).

¹⁷⁶ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 31 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 335.

cará una suspensión de quince días. Aquí cabe hacer una observación, ya que el plazo de dos años no se computa desde la aplicación de la sanción como sí lo hace el art. 102 al definir la reincidencia, sino desde la última falta que motivara la sanción antecedente por ser una variante de reiteración. Después de esta sanción, si en el lapso de dos años posteriores a la última inasistencia injustificada que motivara la segunda sanción vuelve a faltar por tres veces más, siempre que entre la primera y la tercera no transcurrieren trescientos sesenta y cinco días, se le aplicará suspensión de treinta días; por último, si en los próximos dos años desde la última inasistencia que motivara la sanción de treinta días de suspensión vuelve a faltar por tres veces y entre la primera y la última no hayan pasado trescientos sesenta y cinco días, cabría sanción de cesantía.

El plazo de trescientos sesenta y cinco días coincide con el de un año de prescripción para las sanciones correctivas previsto en el art. 90 c), punto 1) de la ley. El de dos años con el de reincidencia, contemplado en el art. 102 de ésta. Según el art. 91, inc. I del decreto reglamentario, la comisión de una nueva falta interrumpe el plazo de prescripción para el ejercicio de la potestad disciplinaria. De esta manera, las sucesivas faltas son consideradas agravantes para la aplicación de las futuras sanciones dentro del plazo legal y, a su vez, el lapso previsto entre faltas no excede al de prescripción, sino que se interrumpe con la sanción intermedia, sin perjuicio de la posible discusión que puede generar la determinación por vía reglamentaria de los supuestos de interrupción del plazo de prescripción.

La reglamentación del art. 85 veda la aplicación conjunta de las sanciones, exigiendo, ante la configuración de la cantidad de inasistencias señalada por la norma, la aplicación inmediata del procedimiento previsto en la ley. Esto es, traslado de cinco días al agente para que realice su descargo como paso previo a la resolución.

El art. 87 no requiere procedimiento sumarial para las sanciones de hasta diez días de suspensión en todos los casos y, puntualmente, para la sanción de suspensión por inasistencias reiteradas hasta treinta días y abandono de cargo, en coincidencia con el límite impuesto por el inc. c) del art. 85 de la ley para las primeras y por el primer párrafo del mismo artículo para el segundo.

Sin perjuicio de lo expuesto, la ausencia de procedimiento sumarial no implica la ausencia de debido procedimiento previo, ya que tal como lo prevé el propio art. 87, debe garantizarse el derecho de defensa del agente, lo que implica la posibilidad de ofrecer las pruebas que consideren den fundamento a éste. Aquí, por tratarse de sanción correctiva no cabe solicitar dictamen a la Asesoría General de Gobierno y tampoco vista a la Fiscalía de Estado por no estar comprometido en forma directa el interés fiscal de la provincia, conforme cabe interpretar cuál debe ser la intervención de ambos organismos según lo dispone el art. 95 de la ley. En cambio, entendemos que sí cabe dar intervención a la Junta de Disciplina, ya que el inc. a) del art. 94, al establecer, sin distinción, que ésta debe expedirse en los sumarios administrativos, previo al dictado de la resolución, así como también aconsejar la sanción a aplicar si correspondiere, debe ser interpretado ampliamente respecto de todos los procedimientos previstos en la norma, independientemente del tipo de sanción y de su magnitud y la mayor o menor complejidad de su trámite. La Junta de Disciplina deberá emitir dictamen en el plazo de diez días tal lo dispuesto en el art. 96, inc. I del decreto reglamentario. El art. 85, punto IV del decreto reglamentario dispone que en caso de considerarse atendibles los motivos expuestos por el agente no se debe aplicar la sanción pero establece que se procederá al descuento

de los días inasistidos. Este último siempre que no haya demostrado que la causal fuera justificada, conforme a los supuestos de licencia consagrados en la ley.

Como explicáramos, la reglamentación del art. 85, en su punto IV, exige que frente a la configuración de las inasistencias la sanción se aplique inmediatamente y no se permita la acumulación de sanciones. Se pretende con ello que la pena cumpla con su finalidad preventiva disuadiendo al agente de una nueva infracción.

En el caso del art. 85 no se especifica si las inasistencias deben ser continuas o discontinuas, solamente que deben ser injustificadas; a su vez, cabe distinguir esta causal del tipo de inasistencia que configura el abandono de servicio ya que en este caso las inasistencias deben ser sin previo aviso.

Cabe distinguir el supuesto genérico previsto en el inc. b) del art. 82 de los contemplados en los incs. a), b) y c) del art. 85 de la ley.

El inc. b) del art. 82 dispone que frente a la constatación de hasta diez inasistencias injustificadas discontinuas en el lapso de doce meses inmediatos anteriores —debe entenderse entre la primera y la última—, cabe aplicar sanción correctiva, si supera este límite, el inc. f) del art. 83 dispone cesantía. El inc. b) del art. 82 remite a la reglamentación para determinar los términos, la forma y las condiciones para la aplicación de las sanciones, sin que en el decreto reglamentario se hayan tratado dichas cuestiones.

Los incs. a), b) y c) del art. 85 castigan con cinco días de suspensión a quien tuviere tres inasistencias injustificadas en el transcurso del mismo lapso —trescientos sesenta y cinco días— contados entre la primera y la última, luego de dos años más desde la última cometida, para contar tres inasistencias más y aplicar quince días de suspensión, y luego dos años más para otras tres y treinta días de suspensión; en total, para que se produzca la máxima sanción correctiva del artículo pueden transcurrir cinco años y nueve inasistencias, pero luego, para que se configure el supuesto de cesantía previsto en el inc. d), pueden transcurrir dos años más y deben producirse tres inasistencias adicionales, es decir, hasta la inasistencia número once y como máximo hasta que transcurrieren siete años no correspondería aplicar sanción expulsiva.

El art. 82, inc. b), a su vez, debe complementarse con la pena más grave prevista en el art. 83, inc. f), y, a su vez, con el art. 85 para verificar qué artículo aplicar frente a múltiples inasistencias.

Podemos interpretarlos de la siguiente manera: ocurridas tres faltas injustificadas en un año, cabe aplicar el inc. a) del art. 85, esto es, cinco días de suspensión; si luego de ésta en el mismo año se producen tres faltas más, corresponde aplicar otra sanción de quince días de suspensión; luego, si en el transcurso del mismo año ocurren tres inasistencias más se le aplicarán treinta días de suspensión. Ahora bien, producidas dos inasistencias más el mismo año, se produciría el supuesto previsto en el inc. f) del art. 83, se configuraría causal de cesantía, distinto al supuesto del inc. d) del art. 85, por ser éste plurianual.

Frente a este ejemplo ¿cómo cabe aplicar el art. 82 inc. b)? Existen dos posibilidades: la primera, interpretar que el art. 85 establece parámetros taxativos para la aplicación de las penas de suspensión frente a inasistencias injustificadas, lo que se deduciría de la exigencia legal de aplicación inmediata del procedimiento disciplinario. En virtud de esta posición, las inasistencias número uno, dos, cuatro, cinco, siete, ocho y diez del ejemplo —así también podría aplicarse para la inasistencia onceava en el supuesto del inc. d) del art. 85— no serían posibles de suspensión.

¿Quedarían éstas sin punición? Cabría aquí la posibilidad de aplicar el art. 82, inc. b), con sanción de apercibimiento, la que también se encuentra prevista para todos los supuestos contemplados en el art. 82.

La segunda posibilidad es interpretar que ambos artículos son aplicables y que, frente a la configuración de las inasistencias que no den lugar a los distintos incisos del art. 85, corresponde la aplicación del art. 82, inc. b), esto es, la constatación de hasta diez inasistencias injustificadas discontinuas en el transcurso de doce meses dará lugar a sanciones correctivas, aunque respetando la escala ascendente de graduación prevista en el art. 85.

Entonces tendríamos, en el caso de la primera y segunda inasistencia, suspensión menor de cinco días; cuarta y quinta, inferior a quince días; séptima y octava, menor de treinta, y décima hasta sesenta días, por aplicación del límite impuesto por el art. 81 de la ley.

Corresponde ahora interpretar cómo juegan los procedimientos para aplicación de sanciones en caso de inasistencias injustificadas, ya que tanto el art. 85 como el 87 prevén procedimientos abreviados, pero ambos tienen plazos diferentes, lo que requiere su compatibilización.

Cabe aclarar que para los casos comunes de suspensión, el art. 87 de la ley dispone que cuando la sanción a aplicar no exceda los diez días de suspensión no se recurrirá al procedimiento sumarial previsto por la ley, sino que se establecerá un procedimiento abreviado, por el cual se le confiere traslado al agente por tres días haciéndole saber tal derecho, así como la falta cometida y la norma infringida. Aquí también cabe respetar las garantías del debido procedimiento adjetivo y la posibilidad de presentar pruebas para hacer valer sus derechos. Cuando la sanción excediere los diez días corresponde recurrir al procedimiento sumarial previsto en la ley y regulado fundamentalmente en el art. 92 del decreto reglamentario.

El último párrafo del art. 87 establece que se exceptúa de lo dispuesto en el artículo al abandono de cargo y a las inasistencias injustificadas, casos en que la sanción de suspensión puede extenderse hasta treinta días.

Teniendo en cuenta que el art. 85 ha contemplado expresamente un procedimiento abreviado, propio tanto para el abandono de cargo como para las sanciones de suspensión por inasistencias injustificadas hasta treinta días, cabe entender que la exclusión del último párrafo del art. 87 lo es respecto del procedimiento para dichos casos, por lo que su redacción parece inclinarse por la posición que aceptaría sólo la aplicación del sistema tasado de suspensión previsto en el art. 85, segunda parte.

Sin embargo, si adoptamos la otra posición, es decir, la que acepta la aplicación de sanciones de suspensión para los casos no previstos en el art. 85, el procedimiento para su aplicación debería ser el previsto en el art. 87 cuando fuere suspensión hasta diez días y el sumarial ordinario cuando fuere superior, ya que la mención que hace el último párrafo del art. 87 lo es al sistema tasado del art. 85, segundo párrafo, y no abarcaría el resto de los casos de inasistencias injustificadas.

De adoptarse esta posición se produciría una superposición de procedimientos, ya que si bien el procedimiento abreviado del art. 85 tiene similares características a las del art. 87, presentan diferencias, ya que aquél prevé cinco días para el traslado, a diferencia de este último donde el plazo es de tres días; además, en el art. 87 se especifica el contenido del traslado prescribiendo que debe ponerse en conocimiento del agente su derecho a realizar el descargo, la falta imputada y la norma que se conside-

ra violada. En cambio, nada se dice del contenido del traslado en el art. 85 de la ley ni en su reglamentación, sin perjuicio que en ambos procedimientos corresponda dar al traslado idéntico alcance. Con respecto a las sanciones de suspensión superiores a diez días, en el caso del art. 85 se mantiene el procedimiento abreviado por disposición del propio artículo hasta el límite de treinta días; en cambio, de aplicarse el art. 82, inc. b), correspondería interpretar el art. 87, ya que para las sanciones superiores a diez días de suspensión debería recurrirse al procedimiento sumarial ordinario previsto en la ley y su decreto reglamentario.

Como expresáramos precedentemente, entendemos que el art. 87, por su redacción, parece remitir al procedimiento del art. 85 y no a aceptar una duplicación de procedimientos, así también un ejercicio armónico del poder disciplinario exige la utilización del mismo procedimiento para infracciones de similar entidad, por lo que en este punto pareciera más razonable acudir a la primera interpretación.

¿Qué sucede si las inasistencias son continuas? Caben las mismas conclusiones que si fueran discontinuas para interpretar el art. 82, inc. b) de la ley.

La mención a inasistencias injustificadas discontinuas que se hace en este artículo, como en el art. 83, inc. f), lo es a los efectos de contabilizar las faltas en el término de un año, pero nada obsta a que éstas se produzcan en forma consecutiva. Recordemos que el término de un año no es cronológico sino que debe contarse entre la primera y la última falta.

En el caso de faltas consecutivas, si éstas fueren tres o más y también fueran sin aviso, corresponde aplicar el procedimiento previsto en el primer párrafo del art. 85 de la ley y su reglamentación ante la posible configuración de abandono de cargo sancionado con cesantía.

Si las inasistencias fueran continuas, injustificadas y con aviso, consideramos que, sin perjuicio de las intimaciones que correspondiere hacer, para calificar el hecho cabe esperar a que el agente defina su situación, ya que la sanción puede variar de suspensión a cesantía de acuerdo con la cantidad de días que se ausente.

Mayores inconvenientes trae la interpretación del art. 85 de la ley cuando las inasistencias fueren continuas y en un mismo hecho se superen los días de ausencia previstos en los distintos incisos de la norma.

Las sanciones que allí se establecen conforman una escala de aplicación agravada en función de la reincidencia del agente luego de la imposición de una sanción por hechos similares; éstos se califican en cuatro momentos diferentes para aplicar en tres ocasiones sanción de suspensión y en la última cesantía. En cambio, cuando las ausencias injustificadas se producen en forma continua, la falta constituye un mismo hecho y da ocasión a una sola calificación.

Aquí las posibilidades pueden ser varias:

En primer lugar podría aplicarse ante el primer hecho, independientemente de si fueran tres o más ausencias, y hasta el límite de diez días previsto en el art. 82, inc. b) de la ley, sanción de suspensión por cinco días y, ante cada hecho continuo, el supuesto subsiguiente del art. 85, ello teniendo en cuenta la exigencia de no acumular sanciones prevista en el punto IV de la reglamentación del art. 85 y el límite de treinta días de suspensión prescripto en el art. 87 de la ley.

Una segunda alternativa podría ser aplicar los distintos incisos del art. 85, de acuerdo con la cantidad de días inasistidos, esto es, por tres días de ausencia injustifi-

cada, cinco de suspensión; seis días de ausencia, quince días de suspensión, y nueve días, treinta días de suspensión.

Por último, podría entenderse que en estos casos no se aplica el art. 85 y directamente calificar los hechos por el art. 82, inc. b) de la ley, sin el sistema tasado de aquel artículo, ponderando la falta de acuerdo con su gravedad para determinar la sanción aplicable.

La falta de flexibilidad del art. 85, la existencia de otros supuestos semejantes no contemplados por éste y la necesidad de compatibilización con los arts. 82, inc. b), y 83, inc. f), exigen una respuesta legislativa que permita amparar las diferentes circunstancias de hecho pasibles de sanción.

Podemos apreciar cómo en el ámbito nacional la situación ha sido regulada en forma diferente. En la reglamentación del art. 31 de la Ley Marco de Empleo Público Nacional —ley 25.164—, por decreto 1421/2002, se establece una escala por día de inasistencia hasta un máximo de diez, donde el cómputo de las sanciones se debe hacer en forma independiente y acumulativa, las que pueden ser aplicadas en un solo acto.

4.3. Falta de respeto a los superiores, iguales, subordinados o al público

Este inciso castiga con sanción correctiva la falta de respeto a los otros miembros de la organización, ya sea superiores, compañeros o subordinados, como también al público; es el correlato de los deberes de trato cordial y de respeto con los demás agentes de la Administración previsto en el inc. g) del art. 78 de la Ley, de actuar con cortesía, diligencia y ecuanimidad en el trato con el público establecido en el inc. f) del mismo artículo y la prohibición de referirse en forma despectiva a las autoridades o respecto de sus actos, difundiéndolos en público, previsto en el inc. e) del art. 79 de la ley. La magnitud de los hechos determinará la aplicación de alguno de los tipos de sanción correctiva o, en su defecto, una de mayor entidad, resultando aplicable en caso de gravedad el supuesto previsto en el art. 83, inc. b) de la ley.

4.4. Negligencia en el cumplimiento de sus tareas o funciones

Se prevé como causal diferenciada para aplicar sanción correctiva el actuar culposo¹⁷⁷, entendemos que si bien el inciso hace mención a la negligencia¹⁷⁸,

¹⁷⁷ FONTÁN BALESTRA, René, *Tratado...*, cit., t. II, parág. 39.1, p. 275. “Podemos definir la culpa tradicional como la falta de previsión de un resultado típicamente antijurídico, que pudo y debió haberse previsto al obrar. Pero esta fórmula no comprende la llamada culpa con previsión o representación, consisten en la representación de un resultado típicamente antijurídico, que se confía en evitar, obrando en consecuencia”.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de derecho*, t. V, Losada, Buenos Aires, 1953, p. 680. “La culpa en un sentido más amplio y general, es la producción de un resultado típicamente antijurídico que pudo y debió ser previsto y que por negligencia, imprudencia o impericia del agente causa un efecto dañoso”.

¹⁷⁸ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado...*, cit., t. II, parág. 39 punto 4, p. 284. “La negligencia es la falta de precaución o indiferencia por el acto que se realiza. Tanto mayor es la negligencia cuanto más precaución requiere la naturaleza del acto; no es lógico exigir las mismas precauciones a quien transporta fardos de pasto, que al que debe efectuar el traslado de una sustancia explosiva. Esto vale tanto para apreciar si en el caso particular ha existido negligencia, como para graduar la pena dentro del sistema elástico de la ley”.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado...*, cit., t. V, p. 918. “Esencialmente la negligencia es el elemento psicológico de la culpa, y se encuentra ínsita en la imprudencia, en la impericia y en la inobservancia de

también resultaría aplicable en sus variantes¹⁷⁹ de imprudencia¹⁸⁰ e impericia¹⁸¹.

El inciso dispone que la conducta irregular deba producirse en el cumplimiento de las tareas o funciones. Sin embargo, siendo éste un deber genérico, englobaría a la mayoría de los deberes previstos en el art. 78 de la ley, ya que todos ellos coadyuvan al correcto cumplimiento de las tareas, quizá podrían quedar afuera aquellos que protejan la imagen de la Administración cometidos en la esfera privada del agente o los que cuidan el buen trato con sus compañeros, superiores, subordinados y terceros.

Esta figura, a su vez, es de tipo genérico, ya que no remite, como en el caso del inc. e) del art. 82, al incumplimiento de los deberes y prohibiciones determinados en los arts. 78 y 79 de la ley.

Si luego de aplicar el art. 82, inc. b), las faltas cometidas por el agente se repitieran, el supuesto podría encuadrar en el art. 83, inc. b) de la ley como causal de cesantía, ya que éste no exige gravedad sino su reiteración, como sí en cambio lo hace la segunda parte de este mismo supuesto al hacer mención a "falta grave respecto a los superiores, iguales, subordinados o al público".

los reglamentos. Cabe, no obstante, hacer diferencias entre la *negligencia* y la *imprudencia*, en el aspecto *modal* o si se quiere *formal*; y en el *condicional*, por lo que toda a la *impericia* y a la *inobservancia* de reglamentos". "La *negligencia* estriba en no tomar las debidas precauciones, sea en actos excepcionales ora en los de la vida ordinaria".

¹⁷⁹ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., t. II, p. 171. Señala que todas las formas de culpa son reductibles a dos: a) incumplimiento de un deber (negligencia); b) afrontamiento de un riesgo (imprudencia).

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado...*, cit., t. V, p. 942. Se ha discutido la existencia de una cuarta variante, esto es, *inobservancia de prescripciones o reglamentos*, junto con la negligencia, imprudencia e impericia. A esta categoría se han brindado dos soluciones en la ciencia penal: "La de exigir que concurre *negligencia o imprudencia además de la inobservancia de reglamentos o deberes*; y la de entender que la *contravención de ellos presume la culpa...*".

¹⁸⁰ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado...*, cit., t. II, parág. 39, punto 4, p. 284. "La imprudencia implica un obrar que lleva consigo un peligro. Gramatical y jurídicamente, imprudencia significa tanto como falta de ejercicio de la condición de prever y evitar los peligros. Es decir, que mientras el negligente no hace algo que la prudencia indica hacer, el imprudente realiza un acto que las reglas de la prudencia indican no hacer. Negligente es quien sale a la calle con su automóvil sin arreglar algunos desperfectos; imprudente es quien, teniendo su coche en buenas condiciones, marcha a excesiva velocidad".

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado...*, cit., t. V, p. 918. "...La *imprudencia* supone un obrar, emprender actos inusitados, fuera de lo corriente y que, por ello, pueden causar efectos dañosos".

¹⁸¹ FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado...*, cit., parág. 39, punto 5, p. 285. "La ley argentina, al describir la figura de los delitos culposos, emplea en los arts. 84 y 94, la frase 'impericia en su arte o profesión' y en el art. 203 'impericia en el propio arte o profesión'. De los términos de la ley se desprende, con toda claridad, que la impericia debe producirse en el desempeño de la actividad o profesión que constituye el medio de vida del sujeto o para la cual está facultado, sin que sea necesario para considerarlo arte o profesión que se requieran estudios especiales o título habilitante; el electricista, el mecánico o el químico, lo mismo que el farmacéutico o el médico, tienen conocimientos que hacen que puedan cumplir cierta clase de tareas para las que no están todos capacitados".

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado...*, cit., t. V, p. 920. "La *impericia* requiere, pues, practicar una *profesión u oficio* que se tiene, sin los *conocimientos, habilidades, cuidados y prudencia exigidos por su arte*".

4.5. *Incumplimiento de los deberes y prohibiciones previstos en los arts. 78 y 79 de la ley cuando no revistan gravedad para aplicar sanciones expulsivas*

Aquí se dispone que frente a la violación de todos los deberes y prohibiciones enumerados en los artículos mencionados deban aplicarse sanciones correctivas siempre y cuando por su entidad corresponda sanción expulsiva. Su correlato está en el art. 83, inc. d) de la ley, donde se determina con la misma generalidad que, si por su magnitud y gravedad correspondiere, se aplicará sanción de cesantía.

Recordemos que los catálogos de deberes y prohibiciones previstos en los arts. 78 y 79 no deben entenderse en forma taxativa, ya que el art. 86 de la ley dispone que las causales previstas en los arts. 82 a 85 no excluyen otras que importen violación de los deberes del personal.

5. Sanciones de cesantía

— Art. 83, ley 10.430:

Serán causales para aplicar cesantías, las siguientes:

- a) Abandono del servicio sin causa justificada.
- b) Faltas reiteradas en el cumplimiento de sus tareas o falta grave respecto a los superiores, iguales, subordinados o al público.
- c) Inconducta notoria.
- d) Incumplimiento de las obligaciones determinadas en el art. 78 o quebrantamiento de las prohibiciones determinadas en el art. 79 cuando a juicio de la autoridad administrativa por la magnitud y gravedad de la falta así correspondiera.
- e) Incumplimiento intencional de órdenes legal y fehacientemente impartidas.
- f) Inasistencias injustificadas reiteradas que excedan de diez días discontinuos en los doce meses inmediatos anteriores.
- g) Concurso civil o quiebra no causal, salvo caso debidamente justificado por la autoridad administrativa.

5.1. *Abandono de servicio por ausencias injustificadas*

La causal de cesantía prevista en el inc. a) del art. 83 de la ley, está regulada en el primer párrafo del art. 85 en una de sus modalidades, ya que en éste, para que las ausencias configuren abandono de servicio no solamente tienen que ser injustificadas sino también sin aviso. De acuerdo con el art. 85, para que se configure la causal el agente debe incurrir en tres inasistencias consecutivas. Este artículo dispone que luego de remitírsele intimación fehaciente se lo considerará incurso en abandono de cargo y se dispondrá su cesantía sin sustanciación de sumario. El procedimiento para aplicar esta sanción ha sido regulado en los puntos I a III de la reglamentación del art. 85 del decreto 4161/1996.

El reglamento prevé que luego de las tres inasistencias consecutivas sin aviso, el agente debe ser intimado a reintegrarse en un plazo máximo de cuarenta y ocho horas a partir de la notificación, plazo que obviamente debe entenderse en días hábiles laborales para el régimen general de la Administración Pública provincial, conforme lo dispuesto en el art. 106 de la ley, es decir, que lo que la norma exige es la reincorporación del agente a sus tareas y no la justificación de sus ausencias, para evitar la aplicación de la cesantía a través del procedimiento abreviado.

Puede suceder que el agente no concurra a trabajar pero presente un descargo, que obviamente debe hacerse en el mismo lapso. En el punto II de la reglamentación del art. 85 se establece que la intimación se debe hacer el mismo día en que se configura la falta por tercer día consecutivo (esto es, al cuarto día); la notificación debe hacerse por cédula o telegrama colacionado al domicilio denunciado bajo declaración jurada conforme lo exige el art. 78, inc. o) de la ley.

Entendemos que cualquier medio fehaciente es válido, tal el caso de una carta documento o cualquier otro que permita notificar fehacientemente el acto; resultan de aplicación supletoria las disposiciones del capítulo X (arts. 62 a 67) del decreto-ley 7647/1970 de Procedimiento Administrativo de la provincia de Buenos Aires.

En el punto III de la reglamentación del art. 85 se dispone cual es la autoridad que tiene que realizar la intimación. En el caso de dependencias situadas en los partidos de La Plata, Ensenada y Berisso, las oficinas de personal de éstas o el funcionario a cargo de los organismos cuando no las posean debe, dentro de las dos horas de la jornada administrativa del día en que se configure el presunto abandono de cargo (esto es, del cuarto día), comunicar a los organismos sectoriales de personal los antecedentes del abandono, juntamente con el parte de entrada de la fecha —se entiende también las constancias de entrada y salida de los días que configuraron la infracción— y el último domicilio registrado. El organismo sectorial deberá cursar la intimación durante el día e iniciar las actuaciones correspondientes.

En las dependencias que no se encuentren en el radio indicado, esto es, las ubicadas fuera de la ciudad capital de la provincia o en los partidos aledaños señalados, corresponde a los jefes o encargados de las reparticiones realizar la intimación e iniciar las actuaciones correspondientes, debiendo el mismo día poner en conocimiento del organismo sectorial de personal lo realizado. Transcurrido el plazo de cuarenta y ocho horas otorgado al agente, el encargado o jefe debe elevar las actuaciones de inmediato al titular del organismo a través de pieza certificada, debiendo agregar —en caso de haberlo presentado el agente— el descargo y las pruebas que haya agregado a éste —se entiende documental—, de no haberse presentado, el jefe o encargado debe dejar constancia de ese hecho. El titular de la repartición debe remitir las actuaciones dentro de las veinticuatro horas de recibidas al organismo sectorial de personal. *A posteriori*, de configurarse la causal se dispondrá la cesantía del agente o, en su defecto, se ordenará la instrucción del sumario. Recordemos que cabe aplicar aquí lo expuesto respecto de las sanciones correctivas por inasistencias reiteradas al comentar el art. 82, inc. b), y su correlato en el art. 85, si no correspondiere sanción expulsiva.

El decreto reglamentario ha previsto expresamente la consagración del derecho de defensa y presentación de medios de prueba, otorgando la posibilidad de presentar un descargo en el plazo previsto para reincorporarse al servicio. Aquí también debe aplicarse lo dispuesto en el anteúltimo párrafo del punto IV del art. 85 en cuanto permite a la autoridad de aplicación no disponer la aplicación de sanción ante las razones esgrimidas por el agente, sin perjuicio de descontar los días no trabajados si no existiere causal justificada para remunerarlo.

La figura para su configuración requiere intencionalidad, es decir, voluntad de ausentarse sin aviso, si aun transcurrido el plazo de la intimación o aplicada la cesan-

tía el agente demostrare que no pudo presentarse¹⁸² debe aplicarse el art. 105 de la ley, en cuanto permite, en cualquier tiempo, la revisión del sumario administrativo del que resultare pena disciplinaria. Si bien la norma prevé la ocurrencia de hechos nuevos o circunstancias sobrevivientes, debe interpretarse que la superación de las circunstancias determinantes del impedimento para poder comunicar las razones justificantes de sus ausencias constituye un hecho sobreviviente, debiendo el agente presentarse inmediatamente ante la autoridad competente con los elementos probatorios que fundamenten su posición; de lo contrario, deberá desecharse su petición.

5.2. Faltas reiteradas en el cumplimiento de sus tareas o falta grave respecto de los otros agentes o el público

Al tratar el inc. d) del art. 82, en cuanto prevé la causal de negligencia en el cumplimiento de sus funciones, expusimos que cuando éstas fueren reiteradas, la conducta puede alcanzar suficiente entidad para configurar causal de cesantía, encuadrando el supuesto en el inc. b) del art. 83 de la ley bajo comentario, en cuanto en su primera parte prevé esta sanción frente a faltas reiteradas en el cumplimiento de sus tareas.

La figura es de tipo subjetivo pero, como viéramos, no distingue entre conductas culposas y dolosas.

El concepto de reiteración implica la comisión de faltas sucesivas sin sanción, para lo cual cabe aplicar el plazo de prescripción para las sanciones correctivas, esto es, de un año entre una y otra, salvo interrupción por nueva comisión, porque la necesidad de simultaneidad de faltas implica que sea la última la que permita considerar a la acumulación de gravedad tal que permita la aplicación de sanción de cesantía. Aquí no cabe aplicar el concepto de reincidencia, ya que ésta como agravante tiene otro fundamento derivado de la persuasión que supone la aplicación de una sanción previa. La reiteración de faltas tiene que ser en el cumplimiento de sus tareas, por lo que no corresponde computar faltas de otro tipo, tal el caso de aquellas que tengan que ver con su vida privada y sean consideradas como tales por afectar la imagen de la Administración o aquellas vinculadas con el trato brindado a sus compañeros.

La segunda parte contempla las faltas que procuran castigar las violaciones al buen trato, ya sea respecto de sus superiores, compañeros, subordinados o el público. Al hacer mención al público se refiere a los administrados, ya sea cuando el personal esté afectado a atención al público o cuando no lo esté; la corrección, diligencia o igualdad en el trato debe exigirse tanto en su comunicación presencial o no, ya sea verbal o escrita. La falta tiene que ser calificada como grave para que se configure la infracción, no necesita reiteración, pudiendo ser una conducta continuada o cometida en un solo suceso.

¹⁸² SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, cit., t. I, p. 358. Este autor, con referencia a la posibilidad de existencia de impedimentos para comunicar las razones de las ausencias, expresó: "La constatación del abandono se hace por expediente, no pudiéndose admitir con posterioridad ninguna justificación, salvo la de que 'el empleado estuvo impedido físicamente de concurrir y de dar en tiempo el aviso correspondiente'".

5.3. *Inconducta notoria*

La causal prevista en el inc. c) del art. 83 es de carácter genérico; si bien todas las violaciones a deberes y prohibiciones constituyen inconductas, el término parece hacer referencia a la falta de conducta intencional en las relaciones personales, es decir, incumplimientos de patrones de conducta socialmente establecidos. Esta figura parece ser el género respecto de la prevista en el inciso anterior que castiga las faltas graves respecto de superiores, subordinados, compañeros y público, a fin de proteger la corrección en el trato. Así también, la prevista en el inc. e), incumplimiento de órdenes legal y fehacientemente impartidas. La inconducta para que ocasione la cesantía tiene que ser notoria y la gravedad no depende de su reiteración, pudiendo un solo hecho tener entidad suficiente para justificar la aplicación de sanción expulsiva. La inconducta puede producirse no sólo por el incumplimiento de una orden individual sino también de un reglamento o una instrucción general.

5.4. *Incumplimiento de las obligaciones determinadas en el art. 78 o quebrantamiento de las prohibiciones determinadas en el art. 79 cuando a juicio de la autoridad administrativa por la magnitud y gravedad de la falta así correspondiera*

El inc. d) del art. 83 es el correlato del art. 82, inc. e) de la ley para las sanciones correctivas, ya que prevé los mismos supuestos, esto es, todos los deberes y prohibiciones enumerados en los arts. 78 y 79 de la misma ley.

Para la aplicación de sanción de cesantía la violación debe tener gravedad suficiente para justificarla. Sin perjuicio de ello, conforme a la habilitación consagrada en el art. 86 también puede punirse con sanción de cesantía la configuración de otras causales que importen violación de deberes del personal.

5.5. *Incumplimiento intencional de órdenes legal y fehacientemente impartidas*

El inc. e) del art. 83 de la ley, como dijimos, es un supuesto de inconducta, si bien, a diferencia del inc. c), el supuesto no exige notoriedad. La causal supone una violación al deber de obediencia, es de tipo subjetivo y doloso. Se exige que haya sido impartida en forma fehaciente. Es necesario determinar si ello supone la necesidad de su comunicación por escrito, entendemos que no, ya que muchas órdenes son de tipo verbal; en estos casos, la fehaciencia debe corroborarse con otro tipo de medios probatorios, testigos, otros elementos documentales, etc. La orden para que dé lugar a la causal debe ser legal, por lo que resulta de aplicación aquí todo lo expuesto respecto del deber de obediencia y las causales para excepcionarlo al comentar el inc. b) del art. 78 de la ley.

5.6. *Inasistencias injustificadas reiteradas que excedan de diez días discontinuos en los doce meses inmediatos anteriores*

La causal de extinción de la relación laboral prevista en el inc. f) del art. 83 es el correlato de la sanción correctiva prevista en el inc. b) del art. 82 de la ley. En virtud de éste, cuando las inasistencias injustificadas reiteradas excedan los diez días

discontinuos en doce meses inmediatos anteriores, lapso que debe contarse entre la primera y la última, corresponde aplicar cesantía. Cabe distinguir este supuesto del abandono de cargo descripto al compentar el inc. a) del art. 83 y de la causal de cesantía del inc. d) del art. 85.

5.7. Concurso civil o quiebra no causal, salvo caso debidamente justificado por la autoridad administrativa

El inc. g) del art. 83 de la ley 10.430 mantiene una clasificación no vigente en el régimen legal argentino, ya que la Ley 24.522 de Concursos y Quiebras no distingue actualmente entre concurso civil o comercial ni entre quiebra casual o no casual.

Actualmente el estado de cesación de pagos permite la iniciación de dos tipos de procesos universales: concurso preventivo y quiebra, sin perjuicio de que el primero acepte subtipos: en el título II, capítulo VI, para los concursos en caso de agrupamiento; en el título II, capítulo VII, para los acuerdos preventivos extrajudiciales, y en el título IV, capítulo IV, para los pequeños concursos y quiebras.

En el trámite concursal no está prevista inhabilitación alguna y, en el caso de la quiebra, el régimen de inhabilitación está regulado en el título III, capítulo IX de la ley 24.522, en los arts. 234 a 238. Actualmente la inhabilitación no depende de la calificación de la conducta sino que, de acuerdo con el art. 234¹⁸³, el fallido queda inhabilitado automáticamente desde la fecha de la quiebra¹⁸⁴ y, conforme al art. 236¹⁸⁵, quedará rehabilitado un año después, salvo que sea sometido a proceso penal, en el que la inhabilitación durará hasta el sobreseimiento o absolución o, de ser condenado, hasta el cumplimiento de la accesoria de inhabilitación que imponga el juez. La inhabilitación puede ser reducida o dejada sin efecto por el juez a pedido de parte, cuando a criterio del magistrado no resultare *prima facie* incurso en delito penal.

El art. 238¹⁸⁶ impide al inhabilitado ejercer el comercio por sí o por interpósita persona, ser administrador, gerente, síndico, liquidador o fundador de sociedades, asociaciones mutuales o fundaciones. No puede integrar sociedades o ser factor o apoderado con facultades generales de aquéllas. La norma no impide el ejercicio de empleo, tampoco en caso de condena penal.

¹⁸³ Art. 234, ley 24.522: "Inhabilitación. El fallido queda inhabilitado desde la fecha de la quiebra".

¹⁸⁴ RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho concursal*, t. II, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 275. Este autor, con cita de doctrina, señala que este régimen es más severo que el anterior.

¹⁸⁵ Art. 236, ley 24.522: "Duración de la inhabilitación. La inhabilitación del fallido y de los integrantes del órgano de administración o administradores de la persona de existencia ideal, cesa de pleno derecho, al año de la fecha de la sentencia de quiebra, o de que fuere fijada la fecha de cesación de pagos conforme lo previsto en el art. 235, segundo párrafo, salvo que se dé alguno de los supuestos de reducción o prórroga a que aluden los párrafos siguientes.

"Ese plazo puede ser reducido o dejado sin efecto por el juez, a pedido de parte, y previa vista al síndico si, verosimilmente, el inhabilitado —a criterio del Magistrado— no estuviere *prima facie* incurso en delito penal.

"La inhabilitación se prorroga o retoma su vigencia si el inhabilitado es sometido a proceso penal, supuesto en el cual dura hasta el dictado de sobreseimiento o absolución. Si mediare condena, dura hasta el cumplimiento de la accesoria de inhabilitación que imponga el juez penal".

¹⁸⁶ Art. 238, ley 24.522: "Efectos. Además de los efectos previstos en esta ley o en leyes especiales, el inhabilitado no puede ejercer el comercio por sí o por interpósita persona, ser administrador, gerente, síndico, liquidador, o fundador de sociedades, asociaciones, mutuales y fundaciones. Tampoco podrá integrar sociedades o ser factor o apoderado con facultades generales de ellas".

El Código Penal, en los arts. 176¹⁸⁷ —quiebra fraudulenta— y 177¹⁸⁸ —quiebra culpable— establece, además de la pena de prisión, inhabilitación especial temporal. Los efectos de esta sanción son definidos en el art. 20¹⁸⁹ de ese Código, estableciendo que su imposición producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. Evidentemente en el caso de los arts. 176 y 177 del Código Penal, inhabilitan al condenado a ejercer el comercio.

De lo expuesto se desprende que ni la inhabilitación al fallido de la Ley de Concursos y Quiebras ni la prevista en los arts. 176 y 177 del Código Penal disponen la pérdida de sus empleos.

En este sentido, la derogada ley 19.551, en su art. 108, establecía: “El fallido conserva la facultad de desempeñar tareas artesanales, profesionales o en relación de dependencia sin perjuicio de lo dispuesto en los arts. 111 y 112, inc. 2^o”.

No obstante, en numerosas regulaciones especiales se consagra como impedimento para ejercer un cargo la declaración de quiebra mientras perdure la inhabilitación o hasta un tiempo después de cesada ésta, tal el caso de los escribanos en el art. 32, punto 6¹⁹⁰, del decreto-ley 9020/1978 —donde también se hace mención a los concursados—, o el art. 24, inc. b)¹⁹¹, ley 10.620, respecto de los profesionales de ciencias económicas.

En este contexto cabe interpretar la causal del inciso bajo comentario y de determinar bajo qué circunstancias resultaría aplicable.

Para realizar una interpretación del art. 83, inc. g), ley 10.430, debemos correlacionarla con la del art. 3^o, inc. b), también de la ley. Allí se dispone la imposibilidad de ingresar a la Administración al fallido o concursado civilmente, mientras no obtenga su rehabilitación judicial.

En el art. 3^o, inc. b), no se hace mención al término “quiebra no casual” como ocurre en el inc. g), art. 83.

¹⁸⁷ Art. 176 del Código Penal: “Será reprimido, como quebrado fraudulento, con prisión de dos a seis años e inhabilitación especial de tres a diez años, el comerciante declarado en quiebra que, en fraude de sus acreedores, hubiere incurrido en algunos de los hechos siguientes:

”1^o simular o suponer deudas, enajenaciones, gastos o pérdidas;

”2^o no justificar la salida o existencia de bienes que debiera tener; substraer u ocultar alguna cosa que correspondiere a la masa;

”3^o conceder ventajas indebidas a cualquier acreedor”.

¹⁸⁸ Art. 177 del Código Penal: “Será reprimido, como quebrado culpable, con prisión de un mes a un año e inhabilitación especial de dos a cinco años, el comerciante que hubiere causado su propia quiebra y perjudicado a sus acreedores, por sus gastos excesivos con relación al capital y al número de personas de su familia, especulaciones ruinosas, juego, abandono de sus negocios o cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta”.

¹⁸⁹ Art. 20 del Código Penal: “La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recayere”.

¹⁹⁰ Art. 32, decreto-ley 9020/1978: “No podrán ejercer funciones notariales ...6. Los fallidos y concursados, hasta cinco (5) años después de su rehabilitación...”.

¹⁹¹ Art. 24, ley 10.620: “No podrán matricularse: ...b) Los condenados a cualquier pena por delitos contra la propiedad, la Administración en general, todos aquellos condenados a pena de inhabilitación profesional mientras dure la condena o inhabilitación y los fallidos no rehabilitados...”.

Para interpretar dicha diferencia recurriremos al régimen vigente a la época de sanción de la ley 10.430, para regular la declaración de rehabilitación del fallido, esto es, el capítulo X —rehabilitación— del título III de la ley 19.551. Por el art. 249 se disponía que si en el incidente de calificación la quiebra se declarara casual, respecto de quien no haya tenido proceso penal o de quien de haberlo tenido hubiere resultado sobreseído o absuelto, luego de la comprobación de dichas circunstancias, debía disponerse su rehabilitación; en cambio, de acuerdo con el art. 250, para el caso de calificación culpable o fraudulenta, la rehabilitación debía ser decretada a los cinco y diez años desde la sentencia declarativa de quiebra, salvo que al vencimiento del plazo se encuentre pendiente de cumplimiento la inhabilitación especial dispuesta en sede penal.

De lo expuesto podemos constatar que existía rehabilitación tanto para las quiebras casuales como para las declaradas fraudulentas o culpables, por lo que el art. 3°, inc. d), ley 10.430, sin perjuicio de las diferencias en cuanto a la inmediata rehabilitación o la prolongación en aquellas en que el elemento subjetivo fue determinante, no discrimina entre quiebra casual o no casual, siendo determinante la rehabilitación judicial. Esta interpretación resulta armónica con la actual regulación sobre inhabilitación del fallido consagrada en el capítulo IX del título III de la ley 24.522, en cuanto la declaración de quiebra supone la inhabilitación, en principio, por un año, en forma automática, sin necesidad de calificación de conducta.

En cambio, el inc. g) del art. 83 hace mención a quiebra no casual, es decir, el elemento subjetivo es determinante para extinguir la relación laboral. Los supuestos son diferentes y la ley ha sido más rigurosa al disponer los requisitos para el ingreso a la Administración; la diferencia es lógica, los deberes y prohibiciones para los agentes públicos están destinados a procurar su correcto desempeño en la función o exigirles una conducta decorosa reprochable públicamente que afecte en cierta manera la imagen o credibilidad de la Administración, por lo que el elemento subjetivo aquí resulta determinante para poder apreciar su conducta, a diferencia de la regulación del art. 3°, inc. d) de la ley.

El estado de insolvencia¹⁹² en un país que ha padecido violentas crisis económicas en forma recurrente¹⁹³ no puede constituir por sí una causal de represión disciplinaria que desencadene la extinción de la relación laboral, por ello el término “no casual” debe ser interpretado adecuadamente.

Ahora bien, el inc. g) del art. 83 establece como causal para disponer cesantía del agente el tener “concurso civil o quiebra no casual, salvo caso debidamente justificado por la autoridad administrativa”, es decir, hace referencia a dos tipos de procesos: concurso civil y quiebra no casual.

Entendemos que en la redacción de la ley el término “no casual” está dirigido a calificar ambas figuras.

Si bien el concurso como tal, tanto en la ley 19.551 como en la actualmente vigente, constituye un proceso diferenciado de la quiebra, el término “concurso civil” incluido en el inc. g) del art. 83, como en el inc. d) del art. 3° de la ley 10.430, hace referencia al estado falencial de las personas privadas con los alcances del antiguo

¹⁹² RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho...*, cit., t. I, p. 113. Este autor define a la insolvencia como “...el estado general y permanente de desequilibrio patrimonial que coloca al deudor en la imposibilidad de hacer frente, de manera regular, a las obligaciones exigibles”.

¹⁹³ Que inclusive motivara el estado de cesación de pagos del propio Estado.

art. 310 de la ley 19.551, esto es, aplicar las normas de dicha ley a los sujetos no comprendidos en la enumeración del art. 2° nos referimos a los comerciantes y sociedades comerciales. Es necesario destacar que a la fecha de entrada en vigencia de la ley 10.430/1996 ya había sido derogado este artículo unificando los procesos por la ley 22.917/1983.

El sentido del art. 310 fue el de unificar los procedimientos de ejecución colectiva cualquiera fuere su profesión¹⁹⁴, incluyendo bajo la denominación “concurso civil” la aplicación tanto del proceso concursal como el de quiebra.

Tanto así es que al disponer las modificaciones al régimen general de la ley en el inc. 1° del art. 310¹⁹⁵ se señala que concurso civil es equivalente a “quiebra” o “concurso mercantil” y “quebrado” o “fallido” al concursado.

En lo que hace al incidente de calificación de conducta, propio de los procesos de quiebra, resultaba clara la aplicación del capítulo IX —“Calificación de conducta del fallido y de terceros”— del título III de la ley 19.551, tanto así es que en los distintos incisos del originario art. 310 de esa ley se dispusieron las modificaciones necesarias para su aplicación a personas privadas. En este sentido, el inc. 11)¹⁹⁶ extendía la aplicación de los arts. 238¹⁹⁷ y 241¹⁹⁸ de la ley a directivos, administradores y representantes legales o voluntarios de las personas de existencia visible o ideal “concuradas civilmente”, y el inc. 13)¹⁹⁹ disponía la inaplicabilidad de las normas del art. 236, inc. 7°, y las que resulten modificadas por los demás incisos del art. 310. El art. 236 enunciaba una serie de actos configurativos de una conducta negligente o manifiestamente imprudente y, en particular en su inc. 7°²⁰⁰, catalogaba como tal a la falta de inscripción en tiempo y forma de las exigidas por el Código de Comercio, es decir, el inc. 13 del art. 310 eliminó solamente aquella causal inaplicable a quien no revistiera la condición de comerciante pero, evidentemente, mantuvo las demás.

De lo expuesto puede constatarse que tanto en la quiebra privada (bajo la figura del “concurso civil”) como en la quiebra comercial se calificaba la conducta del

¹⁹⁴ Loza, Eufasio R., *Ley de Concursos. Ley 19.551 comentada, concordada y anotada*, Victor P. de Zavala, Buenos Aires, 1972, p. 355.

¹⁹⁵ Art. 310, ley 19.551: “Las normas de esta ley se aplican a los concursos de las personas de carácter privado no comprendidas en la enumeración del art. 2°, con las siguientes modificaciones: ... 1) Cuando la ley utiliza los vocablos quiebra o concurso mercantil y quebrado o fallido, ha de entenderse que se refiere, respectivamente, al concurso civil y al concursado...”.

¹⁹⁶ Art. 310, inc. 11, ley 19.551: “... 11) Las disposiciones de los arts. 238 y 241 y sus correlativas se aplican a directivos, administradores y representantes legales o voluntarios de la persona de existencia visible o ideal concursada...”.

¹⁹⁷ Art. 238, ley 19.551: “La conducta individual de cada uno de los administradores, gerentes, directores, fundadores, liquidadores y síndicos de sociedades debe ser calificada según lo dispuesto en los artículos precedentes, atendiendo a su propia actuación. También se aplica igual criterio a los representantes, factores, administradores y apoderados generales de cualquier fallido”.

¹⁹⁸ Art. 241, ley 19.551: “A los fines del art. 238 se entiende que se califica la conducta de quienes actuaron por el fallido después de la cesación de pagos y en la época en que ésta se originó. A estos efectos no rige el límite de retroacción del art. 120”.

¹⁹⁹ Art. 310, inc. 13, ley 19.551: “... Inc. 13): No son aplicables las normas del art. 236, inc. 7°) y las demás de esta ley, que resulten modificadas por los incisos precedentes”.

²⁰⁰ Art. 236, ley 19.551: “La conducta del fallido es culpable cuando ha abandonado sus negocios o realizado cualquier otro acto de negligencia o imprudencia manifiesta.

”Se consideran configurativos de tal conducta, entre otros actos, los siguientes: ... 7. No realizar en debido tiempo y forma las inscripciones exigidas por el Código de Comercio...”.

fallido debiendo en este sentido entenderse los alcances originarios del inc. g) del art. 83, ya que, en el antiguo régimen ni en el vigente, en el concurso preventivo se calificaba o se califica la conducta del concursado.

Es que son diferentes las condiciones de un concurso respecto de una quiebra. El primero es exclusivamente voluntario y su objetivo es salvar la situación patrimonial del concursado, es un procedimiento preventivo y no existe disposición que decreta inhabilitación alguna. En cambio, en el segundo, la cesación de pagos desencadena un procedimiento destinado a liquidar todos los bienes del deudor para satisfacer a todos sus acreedores²⁰¹, en la que, actualmente, hay una causal de inhabilitación automática con la declaración de quiebra.

Si se aceptara que “concurso civil” equivale actualmente a “concurso preventivo” como causal constitutiva de cesantía del agente, ¿qué acto procesal es el que lo produciría? Sería difícil precisar ello, ya que la presentación concursal, el acto de apertura del concurso o la sentencia de homologación del acuerdo prevista en el art. 52 de la ley 24.522 producen diferentes efectos jurídicos de importancia pero en ningún momento declaran inhabilitación.

¿Y cuándo culminaría? ¿Con la resolución de conclusión del concurso prevista en el art. 59, por la cual cesan los efectos previstos en los arts. 15 y 16 o con la declaración de cumplimiento de acuerdo? Es necesario evaluar que, teniendo en cuenta los plazos que pueden establecerse en los acuerdos para el cumplimiento de lo allí previsto, el término hasta su entero cumplimiento puede ser mucho más extenso que el de un año previsto por el art. 236 para el fallido.

Entendemos que la mención al “concurso civil” a la que hace referencia el inc. g) debe considerarse inaplicable en la actualidad tanto por encontrarse dicha figura derogada como por estar referida a un supuesto distinto al del concurso preventivo.

Si se pretendiera entender qué debe interpretarse como concurso preventivo, sería muy difícil determinar cuándo y por qué razones es posible derivar una medida disciplinaria extintiva de un procedimiento voluntario de salvataje de un patrimonio.

En cambio, cabe arribar a una conclusión diferente respecto de la segunda parte del artículo, ya que, como se explicara al distinguir las diferentes redacciones del inc. d) del art. 3° —falta de rehabilitación judicial del fallido como causal de inhabilitación para el ingreso a la Administración Pública— y del inc. g) del art. 83, en este último al hacer mención a la quiebra no casual, se exige que la conducta del fallido haya sido calificada como reprochable. La evaluación del elemento subjetivo desencadenante del estado falencial hoy no está regulado en la Ley de Concursos y Quiebras sino que está en manos de la justicia penal cuando los hechos encuadren en los tipos delictivos previstos en los arts. 176 y 177 del Código Penal.

Así también resulta discutible si actualmente se encuentra vigente el art. 179²⁰² al reprimir al deudor concursado civilmente —como no comerciante— que para de-

²⁰¹ RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho...*, cit., t. I., p. 18.

²⁰² Art. 179 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de uno a cuatro años, el deudor no comerciante concursado civilmente que, para defraudar a sus acreedores, hubiere cometido o cometiere alguno de los actos mencionados en el art. 176.

”Será reprimido con prisión de seis meses a tres años, el que durante el curso de un proceso o después de una sentencia condenatoria, maliciosamente destruyere, inutilizare, dañare, ocultare o hiciere desaparecer bienes de su patrimonio o fraudulentamente disminuyere su valor, y de esta manera frustrare, en todo o en parte, el cumplimiento de las correspondientes obligaciones civiles”.

fraudar a sus acreedores hubiere cometido o cometiére los actos mencionados en el art. 176 —quiebra fraudulenta²⁰³—. Ya que la redacción del Código Penal respondía a la antigua concepción del régimen de concursos y quiebras, que se mantuvo en nuestro derecho hasta la ley 19.551 —en su redacción originaria²⁰⁴— que distinguía a los fallidos comerciantes²⁰⁵ y no comerciantes, aceptando las figuras dolosa y

NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho...*, cit., t. V, p. 469, señalaba que sujeto activo lo era el “concurtido civilmente” cuando está ejecutoriado el auto de apertura del concurso.

FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Tratado...*, cit., t. V, p. 216. El autor señala que la ley penal ha equiparado al deudor no comerciante concursado civilmente al comerciante en quiebra; en cambio, el deudor no comerciante declarado en quiebra no está alcanzado por la disposición.

SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., t. IV, p. 512. Entiende frente a la unificación del trámite para comerciantes y no comerciantes que “la aplicación del art. 179, primera parte, a los no comerciantes se hace viable, en nuestra opinión, desde que queda firme la resolución judicial que declara abierto el concurso —arts. 13 y ss., leyes 19.551 y 22.917—”.

CREUS, Carlos, *Derecho penal*, t. I: Parte especial, 6ª ed. actual. y ampl., Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 549. Este autor señala que en este delito “... el auto de apertura del concurso civil equivale a la declaración de quiebra del art. 176 y cumple las mismas funciones: como presupuesto del delito, ya que su existencia depende de su vigencia firme, y como característica calificadora del autor”.

DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, cit., t. II-B, p. 688. Señala: “Creus afirma que el tipo penal del art. 179 párrafo 1 se debe aplicar a los comerciantes declarados en quiebra, afirmando que se entiende que la remisión queda hecha a la nueva ley, salvo que plantee una incongruencia tan importante que quite todo sustento a la ley que remite”.

Para Donna, la figura del art. 179 presenta un problema de autoría producto de la modificación, ya que no existiría la cualidad especial que es la de ser concursado civil que pasa a ser un quebrado no comerciante. También encuentra obstáculo en la consumación de los actos típicos (p. 689), ya que éstos se producirían, según su posición, después de la declaración —de la misma manera que en el caso del art. 176—, que para él configura un problema de autoría y por ende de tipicidad (p. 662).

Entendemos que, sin perjuicio de la derogación de las figuras originarias, la equiparación legal a los fines de su punibilidad entre los arts. 176 y 179 debe ser entendida entre “quiebra comercial” y “concurso civil” como sinónimo de “quiebra no comercial” —esto es, excluyendo a los “concursos no comerciales”—, de lo contrario, si no fuera así, en un caso cabría un mayor castigo a quien, como comerciante, comete los mismos hechos que quien no lo hace y en otros esto sería al revés, ya que bajo esta interpretación no resultaría punible el “concurso comercial” y si el “civil” y, por el contrario, resultaría punible la “quiebra comercial” y no la “quiebra no comercial” por no estar en apariencia mencionada en el artículo, pero tal como explicamos en el texto, la regulación normativa no tenía por intención al titular “concurso civil” referirse solamente a una de las herramientas previstas en la ley —como lo es el concurso— sino también a la quiebra, circunstancias que han quedado superadas por la derogación de las clasificaciones antedichas, pero que no deben llevar a la confusión de entender equiparable el término “concurso” con el de “concurso civil” que permanece en textos como el del art. 179 del Código Penal o en los arts. 3º, inc. d), y 83, inc. g) de la ley 10.430.

²⁰³ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., t. IV, p. 511. “Ello deriva de la mayor importancia del crédito en la actividad comercial, condición de su existencia misma, de manera que la tutela penal debe ser más extensa aun con sacrificio evidente de la libertad de acción privada. Con respecto a un particular, los acreedores están en mayor posibilidad de tutelar sus propios derechos”.

²⁰⁴ DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, cit., t. II-B, p. 651. Describe: “La ley actual, salvo el segundo agregado al párrafo 2º del art. 179 del mismo Código, más la inclusión de un agregado al art. 178 del Código Penal, se ha mantenido de manera sorprendente en este tema incólume desde 1922. Para que el lector se dé alguna idea del problema, la ley nació junto con la 4156. Posteriormente se dictó la ley 11.719, y en 1972 se dictó la ley 19.551, que sufrió reformas por las leyes 20.315, 22.917 y 22.985, para culminar en el año 1995, con la ley 24.522 de Concursos y Quiebras, que modifica sustancialmente el sistema de concursos”.

²⁰⁵ NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho...*, cit., t. V, p. 441. En los delitos previstos en los arts. 176 y 177 no basta el estado de cesación de pagos, debe tratarse de un comerciante declarado en quiebra.

culposa para los primeros y solamente dolosa para los segundos. Valen al respecto las explicaciones que hemos dado sobre los alcances del art. 310 de la antigua ley. Lamentablemente la unificación procesal no ha tenido su correlato en una reforma de la normativa penal.

Entendemos que, si bien la quiebra no casual actualmente no existe por no exigir la ley 24.522 calificación de conducta, tal como sí existía a la fecha de sanción de la ley 10.430, el sentido de la causal del inc. f) del art. 83 es excluir de la Administración Pública a quien, por su conducta culpable o dolosa, cayó en un proceso falencial, por lo que resulta razonable recurrir al Código Penal²⁰⁶, donde los arts. 176 y 177 y —de considerarse aplicable también— el art. 179 para los fallidos no comerciantes consagran figuras que califican la conducta de quien ha caído en un proceso falencial.

Finalmente, el inciso concluye otorgando potestad a la autoridad de aplicación de la sanción disciplinaria para no aplicarla en casos debidamente justificados.

Ante similar prerrogativa consagrada en el art. 32, inc. d) del anexo de la ley 25.164, Fernando García Pullés entendió que si bien resulta saludable, en general, en el ámbito del derecho disciplinario la amplitud de criterio a favor de la exculpación, en el caso colisiona con la determinación en sede penal de la responsabilidad del agente, por lo que entiende que debe fundarse suficientemente la decisión que disponga no aplicar la sanción de cesantía²⁰⁷.

Si bien la responsabilidad por el estado falencial es determinada por la justicia penal, es necesario aclarar que la conducta reprochable no afecta directamente al regular el funcionamiento de la Administración, sino que se trata de una conducta privada que, por su naturaleza, afecta a la comunidad representada por el universo de acreedores, y de ahí que se castiguen dichas consecuencias públicas²⁰⁸.

El inc. g) del art. 83, “última parte”, parece habilitar a la Administración a no considerar causal de cesantía al estado falencial cuando haya motivos que lo justifiquen. De hecho parece lógico que no merezca el mismo reproche una conducta culposa que una dolosa, las que a su vez pueden variar en gravedad, por lo que la Administración puede, en determinadas circunstancias, evaluar dicha conducta con una calificación diferente a la realizada en el juicio penal a los fines de determinar la responsabilidad disciplinaria del fallido.

DONNA, Edgardo A., *Derecho...*, cit., t. II-B, p. 659, para encuadrar en el tipo el autor debe reunir la calidad de comerciante y declarado en quiebra. La calidad de comerciante se determina conforme el art. 1º del Código de Comercio, la declaración de quiebra debe ser dispuesta por el juez competente y debe adquirir firmeza para que se configure el delito.

²⁰⁶ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 32 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 346. Interpreta en este sentido la causal de cesantía prevista en el art. 32, inc. d) del anexo de la ley 25.164. Dicho autor entiende que el art. 179 ha perdido vigencia por encontrarse derogada la figura del “concurso civil”.

²⁰⁷ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 32 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 347.

²⁰⁸ NÚÑEZ, Ricardo C., *Derecho...*, cit., t. V, p. 433. Respecto del capítulo pertinente del Código Penal manifiesta: “...Bajo el epígrafe de quebrados y otros deudores punibles, prevé distintos delitos que lesionan la propiedad ajena mirada como el derecho que sobre el patrimonio de un deudor declarado judicialmente en cesación de pagos, tiene la masa de sus acreedores para satisfacer sus créditos”.

6. Sanción de exoneración

— Art. 84, ley 10.430:

Son causas de exoneración:

- a) Falta grave que perjudique material o éticamente a la Administración.
- b) Sentencia condenatoria dictada contra el agente como autor, cómplice o encubridor por delito contra la Administración o delito grave de carácter doloso de acuerdo al Código Penal.
- c) Las previstas en las leyes especiales.
- d) Pérdida de la nacionalidad, conforme a las leyes que reglan la materia.
- e) Imposición de pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para la función pública.

6.1. Falta grave que perjudique material o éticamente a la Administración

Esta figura genérica exige para su aplicación dos cualidades de las faltas, que ésta sea grave y que ocasione un perjuicio material o ético a la Administración.

El concepto “falta” es comprensivo de la violación a cualquiera de los deberes y prohibiciones previstos en los arts. 78 y 79 de la ley 10.430, tal como ha sido previsto en los incs. e) del art. 82 para las sanciones correccionales y en el inc. d) del art. 83 para la cesantía, como también de otros deberes que se impongan al personal, tal como lo señala el art. 86. La diferencia está en la magnitud de la falta; aquí se exige, además de la gravedad, la existencia de perjuicio. Éste, a diferencia del régimen de empleo público nacional²⁰⁹, comprende, además del perjuicio material, el ético, entendiendo éste a aquel no patrimonial. Este perjuicio tiene que ser ocasionado a la Administración Pública provincial²¹⁰, ya que la cualidad diferenciadora no es el perjuicio en sí mismo sino que éste se ocasione a la organización de la que forma parte.

Para que pueda castigarse la falta es necesaria la presencia del elemento subjetivo, pudiendo el actuar ser culposos o doloso, ya que la norma no distingue.

La exigencia de perjuicio excluye a todos aquellos supuestos de faltas de naturaleza preventiva, que reprenden conductas por su peligro o por la proyección que ellas puedan tener respecto de la organización, por lo que para su aplicación es necesaria la presencia del perjuicio. Así, el incumplimiento de una orden en violación del deber previsto en el inc. b) del art. 78 de la ley 10.430 puede no generar daño alguno, pero si en virtud de ésta se produce el desperfecto de un bien o la pérdida de un crédito, con ello se manifiesta el perjuicio. El conducirse despectivamente al público en su lugar de trabajo contraviniendo la exigencia del inc. f) del art. 78 de la ley en principio parece no ocasionar perjuicio concreto a la propia Administración, pero si el tercero difunde su situación de malestar por el maltrato o la mala atención en los medios de difusión ocasionaría un daño no patrimonial. De la misma manera,

²⁰⁹ Art. 33, inc. b) del anexo de la ley 25.164: “...b) Falta grave que perjudique materialmente a la Administración...”.

²¹⁰ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 32 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 358. Frente a una redacción similar a la de inciso bajo comentario, este autor entiende que la causal prevista en el art. 33, inc. b) del anexo de la ley 25.164 se limita a la Administración Pública federal.

si la violación al deber de reserva consagrado en el inc. c) del art. 78 ocasiona un entredicho o un conflicto institucional con otras autoridades, la falta claramente ocasionaría un perjuicio denominado “ético”, “moral” o no patrimonial.

6.2. Sentencia condenatoria dictada contra el agente como autor, cómplice o encubridor por delito contra la Administración o delito grave de carácter doloso de acuerdo con el Código Penal

El inc. b) del art. 84 establece dos causales de exoneración: la primera por la condena como autor, cómplice o encubridor por la comisión de algún delito contra la Administración. La segunda, por haber sido condenado por delito grave de carácter doloso.

6.2.1. Sentencia condenatoria dictada contra el agente como autor, cómplice o encubridor por delito contra la Administración

Por la primera de las causales del presente inciso, se castiga con exoneración a quien ha sido condenado por delito contra la Administración. Para que se configure el supuesto no es necesario que el agente haya actuado en su condición de tal, tampoco exige que el elemento subjetivo sea doloso como en la causal prevista en la segunda parte del inciso, por lo que corresponderá sancionar con exoneración también a quienes hayan recibido condenas por delitos culposos contra la Administración.

Deben excluirse del supuesto aquellos delitos condicionados por la calidad de funcionario público del agente cuando no sean cometidos contra la Administración, ya que esta última es la condición para encuadrar en la presente causal, sin perjuicio que pudiere configurar un caso de delito doloso grave previsto en la segunda parte del inciso.

Es necesario delimitar el alcance del término “Administración” como sujeto pasivo. En primer lugar, si corresponde limitar el concepto a los órganos dependientes del Poder Ejecutivo provincial, si cabe tener en cuenta a los órganos de los poderes ejecutivos de todas las niveles territoriales, esto es, incluir a las jurisdicciones federal y municipal e, inclusive, organismos supranacionales de los que la Nación es parte, así como también, si dentro de la esfera provincial, el concepto engloba a todos los delitos cometidos contra el Estado como entidad²¹¹, extendiendo sus alcances a los Poderes Legislativo y Judicial, así como también a órganos extrapoder, como podrían serlo el Defensor del Pueblo o el Consejo de la Magistratura consagrados respectivamente en los arts. 55 y 175 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires. Este último criterio podría inferirse de los delitos alcanzados por el título XI “Delitos contra la Administración Pública” del título II del Código Penal —arts. 237 a 281 bis—, ya que entre sus artículos no sólo se hace mención a los organismos del Poder Ejecutivo sino a los otros poderes, tal es el caso de los delitos tipificados en los

²¹¹ CANASI, José, *Derecho...*, cit., t. I, p. 723. Al comentar el título XI del Código Penal “Delitos contra la Administración Pública”, expresa que éstos son delitos sociales, que no son contra la sociedad, la Nación o el Estado, sino contra parte de éste que ejecuta las leyes y cuida de los intereses generales.

arts. 241²¹² y 242²¹³ en el capítulo I “Atentado y resistencia a la autoridad”, donde por el primero se protege el buen orden de las sesiones legislativas y de los tribunales de justicia y, por el segundo, la investidura de los funcionarios de los distintos poderes como de los convencionales constituyentes o, si correspondiere en la esfera territorial en que se encontrare vigente, respecto de los colegios electorales; así también los capítulos X, XI y XII están destinados a punir el prevaricato, la denegación o retardo de justicia y el falso testimonio protegiendo la actividad judicial.

Consideramos que la enunciación “delitos contra la Administración” está referida a delitos cometidos contra el Poder Ejecutivo en toda su extensión, es decir comprendiendo todos sus órganos y organismos, pero no más allá, ya que la entidad de la medida disciplinaria puede entenderse por ser cometida contra el poder al que pertenece; el supuesto no distingue entre delitos culposos o dolosos o entre graves y leves como sí lo hace en su segunda parte, de allí que resulte razonable la limitación.

Entendemos que los tipos penales incluidos en él no deben acotarse a los casos del título XI “Delitos contra la Administración Pública” del Código Penal, sino que quedan comprendidos todos aquellos en que la Administración Pública resulte el sujeto pasivo, ya que ésta puede ser pasible de sufrir otros delitos no incluidos en dicho título.

Resulta de utilidad la clasificación²¹⁴ tripartita que se ha hecho de los delitos contenidos en el título XI del Código Penal “Delitos contra la Administración Pública” en: 1) delitos que sólo pueden cometer los particulares; 2) delitos que sólo pueden cometer los funcionarios; 3) delitos que pueden cometer tanto funcionarios como particulares pero que se agravan cuando los cometen los primeros. Esa clasificación puede adaptarse para distinguir los distintos supuestos en que un agente público puede cometer delitos contra la Administración; a tal efecto, el punto 1) debe reformularse comprendiendo a aquellos delitos cometidos por el agente, en los que su condición de tal no es relevante para su calificación. Con esta observación la

²¹² Art. 241 del Código Penal: “Será reprimido con prisión de quince días a seis meses:

“1. el que perturbare el orden en las sesiones de los cuerpos legislativos nacionales o provinciales, en las audiencias de los tribunales de justicia o dondequiera que una autoridad esté ejerciendo sus funciones;

“2. el que sin estar comprendido en el art. 237, impidiere o estorbare a un funcionario público cumplir un acto propio de sus funciones”.

²¹³ Art. 242 del Código Penal: “Será reprimido con multa de pesos setecientos cincuenta a pesos diez mil e inhabilitación especial de uno a cinco años, el funcionario público que, en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos nacionales o provinciales, de una convención constituyente o de un colegio electoral, no guardare la forma prescripta en las constituciones o leyes respectivas”.

²¹⁴ CANASI, José, *Derecho...*, cit., t. I, p. 722. Realiza esta clasificación tripartita siguiendo a Rodolfo Moreno.

FIORINI, Bartolomé, *Derecho...*, cit., t. I, p. 879. Distingue a los delitos propios del agente público de los impropios: los primeros se tipifican por la necesaria existencia de un agente público; los segundos son aquellos que se agravan por la condición de agente público.

BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 286. Este autor distingue: a) delitos peculiares de los empleados públicos, es decir que sólo los puede cometer dicha calidad; b) hechos que, cometidos por un particular, no serían punibles, pero que si los comete un funcionario o empleado público constituyen delitos; c) hechos punibles por los que la calidad de funcionario o empleado público determina una represión mayor.

clasificación es válida para englobar los diferentes tipos penales que, fuera del título mencionado, son cometidos contra la Administración.

El título XI “Delitos contra la Administración Pública” comprende el universo más importante de tipos delictivos cometidos contra la Administración, a saber: capítulo I (“Atentado y resistencia contra la autoridad”), arts. 237 a 243; capítulo II (“Falsa denuncia”), art. 245; capítulo III (“Usurpación de autoridad, títulos u honores”), arts. 246 a 248; capítulo IV (“Abuso de autoridad y violación de los deberes de los funcionarios públicos”), arts. 248 a 253; capítulo V (“Violación de sellos y documentos”), arts. 254 y 255; capítulo VI (“Cohecho y tráfico de influencias”), arts. 256 a 259 —excluido el art. 257 por referirse a magistrados judiciales y el Ministerio Público—; capítulo VII (“Malversación de caudales públicos”), arts. 260 a 264; capítulo VIII (“Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas”), arts. 265; capítulo IX (“Exacciones ilegales”), arts. 266 a 267; capítulo IX bis (“Enriquecimiento ilícito de funcionarios y empleados”), arts. 268 (1) a 268 (3); capítulo X (“Prevaricato”), arts. 269 a 270 no son aplicables; en cambio, sí lo podrían ser los arts. 271 y 272; tampoco resulta aplicable en el capítulo XI (“Denegación de justicia”), el art. 273, en cambio sí el art. 274; capítulo XII (“Falso testimonio”), arts. 275 y 276, serían aplicables cuando del delito resultare perjudicada la propia Administración; capítulo XIII (“Encubrimiento”), arts. 276 a 279; capítulo XIV (“Evasión y quebrantamiento de pena”), arts. 280 a 281.

No obstante ello, fuera de estos casos pueden darse numerosos supuestos de delitos en los que la Administración Pública provincial resulta ser el sujeto pasivo, tales los casos de delitos contra la libertad como violación de domicilio o violación de secretos, delitos contra la propiedad como hurto, robo, defraudación, delitos contra la seguridad pública, contra el orden público o contra la fe pública.

6.2.2. *Sentencia condenatoria dictada contra el agente como autor, cómplice o encubridor por delito grave de carácter doloso*

La segunda parte del inc. b) del art. 84 de la ley 10.430 consagra como causal de exoneración la condena por delito grave doloso.

La calidad de delito grave doloso resulta de difícil dilucidación ya que el Código Penal no adopta clasificación alguna²¹⁵ que permita distinguir a los delitos por su gravedad²¹⁶.

Una primera opción es recurrir a la Constitución Nacional, donde se han calificado determinados delitos por su gravedad²¹⁷ o por considerarlos de naturaleza

²¹⁵ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., t. I, p. 293. “Nuestro Código no clasifica las infracciones que contiene, conforme con la gravedad de éstas y, en consecuencia no puede formularse una separación en la categoría de los delitos, distinguiéndolos en más graves y menos graves”.

²¹⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado...*, cit., t. III, p. 119. “La clasificación tripartita tiene hoy muy pocos partidarios, siendo vivamente censurada desde el punto de vista científico, incluso por los propios jurisconsultos franceses”.

SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., t. I, p. 292. El autor señala que en los códigos que adoptaron la división tripartita, crímenes o delitos graves, delitos y contravenciones, ha predominado la división meramente legal por motivos de gravedad, que se mide por la pena más o menos severa; como excepción, la división atendiendo a la materia y no a la forma del castigo.

²¹⁷ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., t. I, p. 293. Entiende que no puede afirmarse sin más que la tripartición carezca de interés jurídico para nuestro derecho; cita como ejemplo al entonces art. 61

infame, de ello es posible extraer una distinción entre delitos y crímenes²¹⁸ o delitos graves.

En dos de sus artículos se hace mención a delitos bajo la denominación de “crímenes”, ello ocurre en el art. 15²¹⁹ al calificar como tal a la compra y venta de personas y en el art. 69²²⁰ respecto de la pérdida de inmunidad de arresto de los senadores y diputados cuando sean sorprendidos *in fraganti* en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra aflictiva. Este último artículo permite vincular el término “crimen” con el de “delito infamante”²²¹, calificación que es utilizada por la Carta Magna en otras dos ocasiones: en el art. 29²²² al prohibir la concesión del Congreso al Poder Ejecutivo nacional de la suma del poder público que remite a la responsabilidad y pena de los “infames traidores a la patria” para quienes formulen, consientan el otorgamiento al Ejecutivo de facultades extraordinarias; luego, en el art. 119²²³ define qué se debe entender por traición contra la Nación, asignándole a este delito naturaleza infamante.

Luego de la reforma constitucional de 1994, a través del nuevo art. 36, se castiga a quienes interrumpieren por actos de fuerza el orden institucional y el sistema democrático violando la Constitución, con las sanciones previstas en el art. 29. Artículo

de la Constitución Nacional que hace referencia a los “crímenes que merezcan pena infamante u otra aflictiva”.

²¹⁸ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., t. I, p. 292. “La importancia de la distinción entre crímenes y delitos ha sido considerable en otros tiempos, en cuanto esas calificaciones acarrearán consecuencias penales diferentes, como ser la infamia, la confiscación de bienes”.

²¹⁹ Art. 15 de la Constitución Nacional: “En la Nación Argentina no hay esclavos: los pocos que hoy existen quedan libres desde la jura de esta Constitución; y una ley especial reglará las indemnizaciones a que dé lugar esta declaración. Todo contrato de compra y venta de personas es un crimen de que serán responsables los que lo celebrasen, y el escribano o funcionario que lo autorice. Y los esclavos que de cualquier modo se introduzcan quedan libres por el solo hecho de pisar el territorio de la República”.

²²⁰ Art. 69 de la Constitución Nacional: “Ningún senador o diputado, desde el día de su elección hasta el de su cese, puede ser arrestado; excepto el caso de ser sorprendido *in fraganti* en la ejecución de algún crimen que merezca pena de muerte, infamante, u otra aflictiva; de lo que se dará cuenta a la Cámara respectiva; con la información sumaria del hecho”.

²²¹ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., t. I, p. 293. Para el autor “parece evidente que el distingo está hecho en función de una verdadera tripartición de las infracciones y que, en consecuencia, no sería correcto interpretar hoy esa norma en el sentido de que cualquiera sea el delito cometido por el legislador, debe proceder la detención, bastando para ello que la pena correspondiente sea privativa de la libertad”.

Explica que “las expresiones penas infamantes y aflictivas tradicionalmente no son usadas para designar cualquier pena privativa de libertad, sino solamente aquellas que corresponden a los crímenes”.

Señala como crímenes graves los que pueden determinar una condena superior a cinco años de prisión pero que ese límite no es legal, sino expresivo de un criterio de orientación.

²²² Art. 29 de la Constitución Nacional: “El Congreso no puede conceder al Ejecutivo nacional, ni las Legislaturas provinciales a los gobernadores de provincia facultades extraordinarias, ni la suma del poder público, ni otorgarles sumisiones y supremacías por las que la vida, el honor o las fortunas de los argentinos queden a merced de gobiernos o persona alguna. Actos de esta naturaleza llevan consigo una nulidad insanable, y sujetarán a los que los formulen, consientan o firmen, a la responsabilidad y pena de los infames traidores a la patria”.

²²³ Art. 119 de la Constitución Nacional: “La traición contra la Nación consistirá únicamente en tomar las armas contra ella, o en unirse a sus enemigos prestándole ayuda y socorro. El Congreso fijará por una ley especial la pena de este delito; pero ella no pasará de la persona del delincuente, ni la infamia del reo se transmitirá a sus parientes de cualquier grado”.

que por remisión, a su vez, reenvía a la responsabilidad y pena prevista para los infames traidores a la patria. Así también, extiende las mismas sanciones a quienes, como consecuencia de los actos de fuerza, usurpen las funciones de las autoridades de la Constitución Nacional o de las provincias.

A su vez, en el quinto párrafo del art. 36 de la Constitución Nacional se incorpora una calificación diferente, la de "grave delito doloso" cometido contra el Estado cuando conlleve enriquecimiento.

Conforme a lo expuesto precedentemente, si seguimos las referencias de la Constitución Nacional, constituirían delitos graves aquellos denominados crímenes o delitos infames y, a partir de la reforma, también los delitos dolosos contra el Estado por los que se haya obtenido enriquecimiento.

Los delitos de traición están consagrados en el título IX "Delitos contra la seguridad de la Nación", capítulo I del Código Penal. Si bien el art. 214 prevé la figura típica tal como ha sido definida por el art. 119 de la Constitución, también cabe asignarles idéntica entidad a los arts. 215 a 218 por definir tipos agravados o vinculados a éste.

En el título X "Delitos contra los poderes públicos y el orden constitucional", en el capítulo I ("Atentados al orden constitucional y a la vida democrática"), arts. 226 a 228, se regulan los delitos consagrados en los arts. 29 y 36, segundo párrafo de la Constitución Nacional.

En el art. 226 se castiga a quienes realicen actos de fuerza contra el orden institucional y el sistema democrático tal como lo determina el segundo párrafo del art. 36 de la Carta federal; el art. 227 bis castiga a los usurpadores previstos en el tercer párrafo del art. 36 de la Constitución.

En el art. 227 se tipifica como delito la conducta del Congreso federal o de las legislaturas locales cuando cometieren los actos previstos en el art. 29 de la Constitución Nacional.

En cambio, mayor generalidad tiene el concepto de grave delito doloso contra el Estado que conlleve enriquecimiento, previsto en el quinto párrafo del art. 36 de la Constitución Nacional, ya que no resulta posible correlacionarlo con un tipo específico. Las condiciones previstas son la presencia del elemento subjetivo doloso cometido con la finalidad de enriquecimiento y la presencia del Estado como sujeto pasivo. Entendemos que el alcance del término Estado debe ser amplio, dado que el art. 36 de la Carta federal, al castigar a los usurpadores, ha extendido la sanción a quienes ocupen tanto funciones federales como provinciales.

Ejemplos de figuras de tipo doloso con el fin de obtener provecho económico en que el Estado constituye el sujeto pasivo los podemos encontrar en el título IX "Delitos contra la Administración Pública" del Código Penal; allí se prevén numerosas figuras en las que el lucro es determinante para su configuración. Éste es el caso de las figuras de cohecho y tráfico de influencias previstas en el capítulo VI, arts. 256 a 259, capítulo VII "Malversación de caudales públicos", arts. 260, 261 y 263, capítulo VIII "Negociaciones incompatibles con el ejercicio de funciones públicas", art. 265; capítulo IX "Exacción en provecho propio" prevista en el art. 268, los supuestos de enriquecimiento ilícito previstos en los arts. 268 (1) y 268 (2) consagrados en el capítulo X, "Falso testimonio agravado por cohecho" previsto en el art. 276 del capítulo XII, el encubrimiento previsto en el art. 277 cuando el agente haya actuado con fines de lucro.

Sin embargo, las figuras no se agotan en este título, tal es el caso de los delitos contra la propiedad previstos en el título VI, las figuras de hurto o robo en perjuicio de la Administración Pública o la defraudación agravada por haber sido cometida contra alguna administración pública contemplada en el art. 174, inc. 5°.

Los delitos graves contra el Estado que conlleven enriquecimiento podrían encuadrar también en la causal de la primera parte del inc. b) del art. 84 de la ley 10.430 cuando sean cometidos contra la Administración Pública provincial; en cambio, no ocurriría cuando el sujeto pasivo lo sea otro poder, administración o entidad estatal local o nacional.

Por otra parte también produce dificultad la determinación de la gravedad del delito en este tipo de ilícitos, una opción es entender que el elemento subjetivo doloso con el fin de enriquecimiento y la presencia del Estado como sujeto pasivo implican la presencia de un delito grave; otra, entender que existen diferentes grados en la calificación del delito y la gravedad dependiera de su magnitud, por lo que de adoptar esta última postura volvemos al problema inicial.

Una alternativa a la "interpretación constitucional" es adoptar un criterio cuantitativo, pero cualquier criterio de división depende de un criterio discrecional. Ejemplo de ello es la diferenciación entre delitos por la cuantificación de la pena prevista en el art. 24²²⁴ del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires al establecer como parámetro para determinar la competencia de los juzgados correccionales a los delitos con penas privativas de la libertad que no superen los seis años o el previsto en el art. 169²²⁵ para la procedencia de la excarcelación, esto es,

²²⁴ Art. 24, ley 11.922 (texto según ley 13.183): "Juez en lo Correccional. El Juez en lo Correccional conocerá:

- "1.- en los delitos cuya pena no sea privativa de libertad;
- "2.- en los delitos que tengan pena privativa de libertad cuyo máximo no exceda de seis años;
- "3.- en carácter originario y dealzada respecto de faltas o contravenciones municipales, policiales o administrativas, según lo dispongan las leyes pertinentes; y
- "4.- en la queja por denegación de los recursos en ellas previstos".

²²⁵ Art. 169 (texto según ley 13.449) del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires: "Procedencia. Podrá ser excarcelado por algunas de las cauciones previstas en este capítulo, todo detenido cuando:

- "1. El delito que se impute tenga prevista una pena cuyo máximo no supere los ocho (8) años de prisión o reclusión.
- "2. En el caso de concurso real, ninguno de los delitos imputados tenga prevista una pena superior de los ocho (8) años de prisión o reclusión.
- "3. El máximo de la pena fuera mayor a ocho (8) años, pero de las circunstancias del o los hechos y de las características y antecedentes personales del procesado resultare probable que pueda aplicársele condena de ejecución condicional.
- "4. Hubiere sido sobreseído por resolución no firme.
- "5. Hubiere agotado en detención o prisión preventiva que según el Código Penal fuere computable para el cumplimiento de la pena, el máximo de la pena prevista para el delito tipificado, conforme la calificación del requerimiento de citación a juicio del art. 334 de este Código.
- "6. Según la calificación sustentada en el requerimiento de citación a juicio, estuviere en condiciones de obtener en caso de condena, la libertad condicional.
- "7. Según la calificación sustentada en el requerimiento de citación a juicio que a primera vista resulte adecuado, pueda corresponder condena de ejecución condicional.
- "8. La sentencia no firme sea absolutoria o imponga condena de ejecución condicional.
- "9. Hubiere agotado en prisión preventiva la condena impuesta por sentencia no firme.
- "10. La sentencia no firme imponga pena que permita la obtención de la libertad condicional y concurrieran las demás condiciones necesarias para acordarla.

delitos que tengan pena prevista cuyo máximo no supere los ocho años de prisión o reclusión.

6.3. Las previstas en las leyes especiales

Pueden existir otras causales de exoneración previstas en leyes especiales para los agentes regidos por la ley 10.430, esto es, excluidos aquellos pertenecientes a regímenes especiales que tuvieran causales propias de exoneración.

En este sentido, la ley 12.764 destinada a prohibir toda conducta que implique acoso sexual de un agente o funcionario respecto de otro²²⁶, en su art. 3°²²⁷ dispone que frente al incumplimiento de la prohibición, el agente puede resultar pasible de sanción correctiva o, de acuerdo con su magnitud y gravedad, podrá ser sancionado con cesantía o exoneración.

Por ley 13.168²²⁸ se proscribe la violencia laboral respecto de los agentes públicos provinciales y en su art. 9°²²⁹ se dispone que el incumplimiento de la prohibición dará lugar a la aplicación de sanciones de apercibimiento o suspensión, esta última hasta un máximo de sesenta días; pero por su gravedad y magnitud, a lo que agrega la jerarquía del funcionario, puede aplicarse cesantía o exoneración.

La ley 13.767 dispone un régimen de control de los actos de la Administración Pública en los que esté comprometida la hacienda pública. En el art. 105²³⁰ estable-

²²⁶ 11. El Juez o Tribunal considerase que la prisión preventiva excede el plazo razonable a que se refiere el art. 7° inc. 5° de la Convención Americana de Derechos Humanos en los términos de su vigencia, teniendo en cuenta la gravedad del delito, la pena probable y la complejidad del proceso.

²²⁷ En el acto de prestar la caución que correspondiere, el imputado deberá asumir las obligaciones que se le impusieron aludidas en los arts. 179 y 180 de este Código.

²²⁸ El auto que dispuso la libertad será revocado, cuando el imputado no cumpla con las reglas que se le impusieron, surja evidencia de que trata de eludir la acción de la justicia o no compareciere al llamado judicial sin causa justificada.

²²⁶ Art. 1°, ley 12.764: "Todo funcionario y/o empleado de la Provincia, tiene prohibido ejercer sobre otro las conductas que esta Ley tipifica como acoso sexual".

²²⁷ Art. 3°, ley 12.764: "El incumplimiento de la prohibición establecida en el art. 1° de esta Ley, será causal de una sanción de orden correctivo, que podrá implicar apercibimiento o suspensión de hasta 60 días corridos, salvo que por su magnitud y gravedad pueda encuadrarse en las figuras de cesantía, exoneración o ser considerado falta grave, según el régimen disciplinario de que se trate".

²²⁸ Art. 1°: "Los funcionarios y/o empleados de la Provincia, no podrán ejercer sobre otros las conductas que esta Ley define como violencia laboral".

²²⁹ Art. 9°: "El incumplimiento de la prohibición establecida en el art. 1° de esta Ley, será causal de una sanción de orden correctivo, que podrá implicar apercibimiento o suspensión de hasta sesenta (60) días corridos, salvo que por su magnitud y gravedad, o en razón de la jerarquía del funcionario pueda encuadrarse en figuras de cesantía, exoneración o ser considerado falta grave, según el régimen disciplinario de que se trate".

²³⁰ Art. 105, ley 13.767: "El Contador General de la Provincia analizará todos los actos administrativos que se refieran a la Hacienda Pública y los observará, cuando contraríen o violen disposiciones legales o reglamentarias, dentro de los quince días desde la fecha en que se tuvo conocimiento del acto. Dicho plazo podrá ser suspendido cuando sea necesaria la obtención de antecedentes para el mejor análisis del acto administrativo.

"La observación formulada se comunicará en forma inmediata al órgano u organismo respectivo, el que deberá abstenerse de obrar hasta tanto se dicte la resolución definitiva.

"El hecho que la observación no se produzca en el plazo establecido, no cercena la facultad de observar.

ce el deber de comunicación al contador general de todo acto que afecte a la hacienda pública con anterioridad a su ejecución y disponiendo en su último párrafo que el incumplimiento constituirá falta grave, sin especificar las consecuencias de ella, pero que, de acuerdo con su magnitud, podrá dar lugar, en casos extremos, cuando se conjugue con otras conductas perjudiciales para la Administración —recordemos que en principio es un deber formal— a la aplicación de sanción expulsiva, ya sea de cesantía o de exoneración.

6.4. Pérdida de la nacionalidad, conforme a las leyes que reglan la materia

Al estudiar la nacionalidad como requisito para el ingreso se han hecho las observaciones sobre las características de este requisito y su condición de “categoría sospechosa” para limitar el ingreso por idoneidad consagrado en el art. 16 de nuestra Constitución Nacional para todos los habitantes sin distinción.

La referencia a la pérdida de nacionalidad supone una tacha, que genera una inhabilidad a la que la ley 10.430 asigna entidad tal como para desencadenar sanción de exoneración.

La Constitución Nacional define las condiciones para adquirir la nacionalidad. Es así que su art. 75, inc. 12, establece en cabeza del Congreso la atribución de dictar “...leyes generales para toda la Nación sobre naturalización y nacionalidad, con sujeción al principio de nacionalidad natural y por opción en beneficio de la argentina...”, y el art. 20²³¹, al regular el derecho de los extranjeros, dispone que éstos no están obligados a obtener la nacionalidad argentina pero lo pueden hacer residiendo dos años continuos en la Nación, pudiendo la autoridad acortar el término a favor del que lo solicite, si alega y prueba servicios a la república. A su vez, el art. 126 prohíbe a las provincias dictar leyes sobre ciudadanía²³².

De los artículos mencionados, la nacionalidad argentina es adquirida fundamentalmente por el lugar de nacimiento o *ius soli*²³³, con excepción, en el principio de opción, para los hijos de ciudadanos argentinos nativos nacidos en el extranjero y también por naturalización.

La ley 346 reglamenta la forma de adquirir la nacionalidad en la República Argentina.

“El acto administrativo y sus antecedentes deberán ser comunicados al Contador General antes de entrar en ejecución. El incumplimiento del deber de efectuar dicha comunicación constituirá falta grave”.

²³¹ Art. 20 de la Constitución de la Nación: “Los extranjeros gozan en el territorio de la Nación de todos los derechos civiles del ciudadano; pueden ejercer su industria, comercio y profesión; poseer bienes raíces, comprarlos y enajenarlos; navegar los ríos y costas; ejercer libremente su culto; testar y casarse conforme a las leyes. No están obligados a admitir la ciudadanía ni a pagar contribuciones forzosas extraordinarias. Obtienen nacionalización residiendo dos años continuos en la Nación; pero la autoridad puede acortar este término a favor del que lo solicite, alegando y probando servicios a la República”.

²³² GELLI, María A., *Constitución...*, cit., p. 564. Esta autora considera que al mantener el término ciudadanía en el art. 126 resulta inconsistente con el art. 75, inc. 12, en donde se suprimió el término “ciudadanía”, por lo que entiende que debe armonizarse entendiéndolo como “nacionalidad”, ya que de otra manera los Estados locales no podrían dictar leyes electorales.

²³³ BADENI, Gregorio, *Instituciones de Derecho Constitucional*, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, p. 537.

Se ha distinguido nacionalidad de ciudadanía, esto es, la adquisición de pertenencia a una nación, como unidad social y destino común mas allá del pluralismo de quienes la integran. En cambio, la ciudadanía constituye un vínculo jurídico con la república, por el cual pueden participar de la vida política del país, esto es, votar para elegir autoridades o para participar de consulta popular en los términos del art. 40 de la Constitución, postularse a un cargo electivo, hacer uso del derecho de iniciativa previsto en el art. 39 de la Constitución; así también, asumir deberes cívicos como armarse en defensa de la patria conforme lo dispone el art. 21²³⁴ de la Carta Magna, votar en los comicios, ser convocado como autoridad en éstos, etcétera²³⁵.

La diferenciación entre nacionalidad y ciudadanía fue incorporada en la Constitución por la reforma de 1994 al sustituir la expresión "ciudadanía natural" por "nacionalidad natural" en el inc. 12 del art. 75; en general, la Constitución no distingue conceptualmente los vocablos nacionalidad y ciudadanía²³⁶.

Los vocablos ciudadanía y nacionalidad se encuentran vinculados, ya que la ciudadanía presupone la nacionalidad.

Podemos apreciar cómo el ejercicio de derechos políticos se disocia de la ciudadanía en el ámbito provincial, ya que el art. 59²³⁷ de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires reconoce el sufragio como derecho inherente a la condición de ciudadano argentino, pero también lo reconoce a los extranjeros en las condiciones que lo determine la ley.

La ley 5109 regula el régimen electoral en la provincia de Buenos Aires en cumplimiento, a su vez, del art. 61²³⁸ de la Carta provincial.

²³⁴ Art. 21 de la Constitución de la Nación: "Todo ciudadano argentino está obligado a armarse en defensa de la patria y de esta Constitución, conforme a las leyes que al efecto dicte el Congreso y a los decretos del Ejecutivo nacional. Los ciudadanos naturalizados son libres de prestar o no este servicio por el término de diez años contados desde el día en que obtengan su carta de ciudadanía".

²³⁵ GELLI, María A., *Constitución...*, cit., p. 564.

BADENI, Gregorio, *Instituciones...*, cit., p. 535. Este autor entiende que la nacionalidad tiene un contenido de derecho civil y la ciudadanía de derecho político.

²³⁶ BADENI, Gregorio, *Instituciones...*, cit., t. I, p. 535.

²³⁷ Art. 59 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "1- Esta Constitución garantiza el pleno ejercicio de los derechos políticos, con arreglo al principio de la soberanía popular y las leyes que se dicten en consecuencia.

"La atribución del sufragio popular es un derecho inherente a la condición de ciudadano argentino y del extranjero en las condiciones que determine la ley, y un deber que se desempeña con arreglo a las prescripciones de esta Constitución y a la ley de la materia.

"El sufragio será universal, igual, secreto y obligatorio.

"2- Los partidos políticos son instituciones fundamentales del sistema democrático.

"Su creación y el ejercicio de sus actividades son libres dentro del respeto a la Constitución Nacional, a esta Constitución y a la ley que en su consecuencia se dicte, garantizándose su organización y funcionamiento democrático, la representación de las minorías, la competencia exclusiva para la postulación de los candidatos a cargos públicos electivos, el acceso a la información pública y a la difusión de sus ideas.

"La Provincia contribuye al sostenimiento económico de los partidos políticos, los que deberán dar publicidad del origen y destino de sus fondos y patrimonios".

²³⁸ Art. 61 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "La Legislatura dictará la ley electoral; ésta será uniforme para toda la Provincia y se sujetará a las disposiciones precedentes y a las que se expresan a continuación:

"1- Cada uno de los partidos en que se divida la Provincia, constituirá un distrito electoral; los distritos electorales serán agrupados en secciones electorales. No se formará ninguna sección electoral a la

A su vez, el art. 191²³⁹ de la Constitución provincial dispone la participación de los extranjeros en el gobierno municipal, ya sea como electores o como postulantes a concejales.

El concepto de ciudadanía es el vínculo jurídico con la Nación que posee quien ha adquirido la nacionalidad argentina, pero no se agota en el ejercicio de derechos políticos, ni éstos son exclusividad de los ciudadanos, tal como lo apreciamos en el ejemplo dado.

La Corte Suprema ha tenido oportunidad de abordar estos conceptos; así, en Fallos 327:5118²⁴⁰ reconoció que los conceptos de ciudadanía y nacionalidad son utilizados como sinónimos desde la perspectiva gramatical y que, conforme al régimen actual regulado por la ley 346, ciudadanos argentinos son nativos, por opción y naturalizados. De ello deriva que la naturalización implica adquirir la nacionalidad argentina, precisando que no se pierde aunque no posea los derechos políticos. Este último concepto, con cita del voto en disidencia de los doctores Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué, en Fallos 308:301²⁴¹.

que le corresponda elegir menos de tres senadores y seis diputados. La capital de la Provincia formará una sección electoral.

"2- Se votará personalmente y por boletas en que consten los nombres de los candidatos.

"3- Los electores votarán en el distrito electoral de su residencia.

"4- Los electores estarán obligados a desempeñar las funciones electorales que les encomienden las autoridades creadas por esta Constitución y la ley electoral; se determinarán sanciones para los infractores".

²³⁹ Art. 191 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires: "La Legislatura deslindará las atribuciones y responsabilidades de cada departamento, confiriéndoles las facultades necesarias para que ellos puedan atender eficazmente a todos los intereses y servicios locales, con sujeción a las siguientes bases:

"1. El número de miembros del departamento deliberativo se fijará con relación a la población de cada distrito.

"2. Serán electores los ciudadanos inscriptos en el registro electoral del distrito y además los extranjeros mayores de edad que sepan leer y escribir en idioma nacional, con dos años de residencia inmediata en el municipio, que estén inscriptos en un registro especial y paguen anualmente impuestos fiscales o municipales que en conjunto no bajen de doscientos pesos.

"3. Serán elegibles todos los ciudadanos mayores de veinticinco años, que sepan leer y escribir, vecinos del distrito, con un año de domicilio anterior a la elección y si son extranjeros, tengan además cinco años de residencia y estén inscriptos en el registro especial.

"4. Las funciones municipales serán carga pública, de la que nadie podrá excusarse sino por excepción fundada en la ley de la materia.

"5. El ciudadano a cargo del departamento ejecutivo durará cuatro años en sus funciones. Para desempeñar este cargo se requiere ciudadanía en ejercicio y las condiciones necesarias para ser concejal.

"6. Los concejales extranjeros no podrán exceder de la tercera parte del número total de los miembros del Concejo Deliberante".

²⁴⁰ Corte Sup., sentencia del 16/11/2004, en causa H. 172. XXXV, caratulada "Hooft, Pedro Cornelio Federico v. Buenos Aires, Provincia de s/acción declarativa de inconstitucionalidad", Fallos 327:5118. Aquí el voto mayoritario se adhirió al dictamen de procuración en donde se expresaron los conceptos expuestos.

²⁴¹ Resolución del 18/3/1986 en autos caratulados "Procurador Fiscal v. Pedro Ricardo Olmo y/o Walter Kutschman". Conflicto de competencia del art. 24, inc. 7º del decreto-ley 1285/1958 para la tramitación del pedido de nulidad de una carta de ciudadanía, Fallos 308:301.

Si bien en este precedente la cuestión principal a debatir era la determinación del órgano competente para tratar la nulidad de una carta de ciudadanía en un caso vinculado al pedido de extradición de un sospechado ex jerarca nazi.

En Fallos 308:301, los ministros Petracchi y Bacqué destacaron las diferencias entre nacionalidad y ciudadanía²⁴², exigiendo una interpretación dinámica de la Constitución, destacando fundamentalmente la obtención de la nacionalidad argentina para quien se naturalice obteniendo su carta de ciudadanía, condición que mantiene aun perdiendo los derechos políticos. Circunstancia diferente es la revocación de la Carta misma, tal el caso de fraude, en donde el extranjero pierde la nacionalidad²⁴³.

De lo expuesto se desprende que la nacionalidad no se pierde aunque ello suceda con los derechos políticos, tal el caso del art. 8° de la ley 346, cuestión que sí puede suceder en los casos de anulación de la carta de ciudadanía.

Extranjero es quien no tiene nacionalidad argentina²⁴⁴, como nadie puede quedar apátrida, el argentino nativo no puede perder la nacionalidad²⁴⁵.

Quienes resulten nacionales por opción son considerados ciudadanos nativos, conforme queda claro en el último párrafo del art. 7° del decreto 3213/1984, reglamentario de la ley 346, al eximir por esta circunstancia a éstos y a los casos de hijos de exiliados políticos comprendidos en la ley 16.569²⁴⁶ de prestar juramento. En estos casos, la decisión de optar por la nacionalidad argentina, si bien requiere decisión judicial para constatar el vínculo, no exige carta de ciudadanía²⁴⁷.

Pero puede suceder que se hayan falseado las constancias para justificar la nacionalidad de sus padres, es por ello que en estos casos puede anularse y se lo considerará extranjero, tal como dispone el art. 18²⁴⁸ del decreto 3213/1984. Así también cuando se declare la nulidad de la carta de ciudadanía otorgada al nacional naturalizado.

De esto se deduce que la nacionalidad no puede revocarse por causales sobrevenientes, solamente anularse cuando ha sido obtenida mediante fraude, es por ello que

²⁴² Fallos 308:320, disidencia de los Dres. Petracchi y Bacqué. Considerando 11: "...La distinción en el plano teórico, entre los conceptos de nacionalidad —pertenencia a la comunidad nacional— y de ciudadanía —pertenencia a la comunidad electoral— no ha sido negada por ninguna de las distintas posiciones corrientes en la interpretación de la ley 346. Los problemas, en esta materia, surgen de la manera insuficiente en que la reglaron los constituyentes y las primeras legislaturas..."

²⁴³ Fallos 308:327, disidencia de los Dres. Petracchi y Bacqué. Considerando 14: "...Por lo tanto esta Corte confirma la jurisprudencia de Fallos 147:252; 154:283 y 257:105 con arreglo a la cual la naturalización implica la adquisición de la nacionalidad argentina, en cuyo goce permanece el naturalizado aunque no posea el de los derechos políticos. Ello significa que la cancelación de la carta de ciudadanía obtenida con fraude envuelve la pérdida de la nacionalidad argentina..."

²⁴⁴ EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado de derecho constitucional*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1994, p. 431.

²⁴⁵ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 33 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 358.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, ed. ampl. y actual., Ediar, Buenos Aires, 1993, p. 217.

²⁴⁶ Art. 1°, ley 16.569: "Declárase que los hijos de argentinos nacidos en el extranjero durante el exilio político que hubieran sufrido sus padres, son argentinos en absoluta igualdad jurídica con los nacidos en el territorio nacional".

²⁴⁷ EKMEKDJIAN, Miguel Á., *Tratado de derecho...*, cit., t. II, p. 452.

²⁴⁸ Art. 18, decreto 3213/1984: "En caso de declararse la nulidad de la ciudadanía por opción, por naturalización o por aplicación de la ley 16.569 obtenidas mediante fraude, dicha circunstancia se notificará también a la Dirección Nacional de Migraciones a los efectos de que ésta considere la condición de extranjero que el interesado recobra".

la pérdida de derechos políticos prevista en el art. 8°²⁴⁹ de la ley 346 no implica la de la nacionalidad en ningún caso, tal como lo expresa el art. 16²⁵⁰ del decreto 3213/1984.

Conforme a estas consideraciones cabe interpretar la causal de exoneración prevista en el inc. d) del art. 84 en cuanto dispone la extinción de la relación laboral respecto de los agentes que hayan perdido la nacionalidad.

Conforme a lo expuesto, esta causal sólo regirá para los argentinos por opción y naturalizados, siempre que se haya anulado el acto de declaración judicial de la misma o la carta de ciudadanía por haberla obtenido en forma fraudulenta. En cambio, no quedan comprendidas en el supuesto bajo análisis ninguna de las causales de pérdida de derechos políticos por no implicar ello pérdida de la nacionalidad.

6.5. *Imposición de pena principal o accesoria de inhabilitación absoluta o especial para la función pública*

La inhabilitación es la sanción o pena que prohíbe a una persona ejercer una o varias actividades o funciones.

Es una sanción que provoca la limitación de la libertad de elegir y ejercer las propias actividades²⁵¹, así también puede suponer la extinción de determinados derechos y, como consecuencia de ello, producir restricciones patrimoniales²⁵² o de derechos políticos²⁵³.

La causal prevista en el inc. e) del art. 84 de la ley 10.430 hace mención a las inhabilitaciones que hayan sido aplicadas como “penas”²⁵⁴, por lo que cabe excluir como causal de exoneración aquellas impuestas en virtud de otro tipo de sanción, tal el caso de las contravencionales o disciplinarias, en este caso, por tareas en otro ámbito cuando ello fuere compatible. En estos últimos casos, dado que la inhabilitación impedirá el ejercicio de la función, también provocará la extinción de la relación de empleo, pero la sanción aplicable debe ser la de cesantía, salvo que la legislación específica disponga otra cosa, dado que la inhabilitación a la que hace referencia el inc. e) debe tener calidad de “pena”, entendida como sanción penal.

²⁴⁹ Art. 8, ley 346: “No podrán ejercerse en la República los derechos políticos por los naturalizados en país extranjero; por los que hayan aceptado empleos u honores de gobiernos extranjeros sin permiso del Congreso; por los quebrados fraudulentos, ni por los que tengan sobre sí sentencia condenatoria que imponga pena infamante o de muerte”.

²⁵⁰ Art. 16, decreto reglamentario 3213/1984: “La suspensión del ejercicio de los derechos políticos de conformidad a lo establecido en el art. 8° de la ley 346 y la voluntad de no recobrar su ejercicio prevista en la última parte del art. 4° de la ley 23.059, no priva de los derechos ni exime de las obligaciones inherentes a la nacionalidad argentina, sea ésta nativa o adquirida”.

²⁵¹ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., t. V., p. 454. “Para nuestro derecho, las inhabilitaciones son incapacidades referidas a esferas determinadas de derechos”.

²⁵² Cuando implica la prohibición del ejercicio de actividades que constituyan el medio de vida habitual de quien resultó inhabilitado. Así también en los supuestos enumerados en el art. 19, CPen., el previsto en el inc. 1° que dispone la privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular; el previsto en el inc. 3°, la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas y el inc. 4°, la suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión.

²⁵³ La privación del derecho electoral prevista en el art. 19, inc. 2°, CPen.

²⁵⁴ Art. 5°, CPen.: “Las penas que este Código establece son las siguientes: reclusión, prisión, multa e inhabilitación”.

La inhabilitación puede ser absoluta o especial, principal o accesoria, perpetua o temporal. El inc. e) en su texto contempló a las dos primeras clasificaciones.

Para definir a cada una de estas subespecies debemos recurrir al Código Penal.

Es absoluta por afectar una variada cantidad de derechos previstos taxativamente en el art. 19²⁵⁵ del Código Penal, entre los cuales está obviamente la privación del empleo público que ejercía quien sufre la pena, así como la incapacidad para obtener cargos, empleos o comisiones públicas, independientemente que se haya o no desempeñado en alguno de ellos al cometer el delito. Impondrá también la privación del derecho electoral y la suspensión del goce de jubilación, pensión o retiro, tanto civil como militar pero, en este caso, podrá ser percibida por un familiar con derecho a pensión; sin embargo, por razones asistenciales el tribunal podrá disponer que la víctima, o sus deudos en caso de fallecimiento de ésta, puedan percibir la mitad de dicho importe y si el penado no tuviere parientes con derecho podrá percibir el beneficio en su totalidad, hasta cubrir el valor de las indemnizaciones fijadas. Para ello es condición que ésta estuviere determinada en los términos del art. 29 del Código Penal, resultando aplicables las disposiciones del título IV —“Reparación de perjuicios”— del título I, arts. 29 a 33 de dicho cuerpo. A igual solución cabría arribar si la cuantificación de la indemnización fuere realizada en otro fuero.

La inhabilitación especial se encuentra definida en el art. 20²⁵⁶ del Código Penal, el que establece que ésta produce la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere así como la incapacidad a futuro para obtener otro del mismo género durante la condena. Esta pena en general tiene un fin preventivo que limita la actividad que pudo haber sido importante en la comisión del delito. Para que la inhabilitación especial sea causal de exoneración debe prohibir el ejercicio de la función administrativa; es necesario diferenciar este supuesto de aquellas penas de inhabilitación especial que impiden a quien ejerza una función, profesión o actividad desarrollarla y ésta constituya la razón por la cual desempeña su empleo público; en estos casos deberá evaluarse si la pena o los hechos configuran alguna de las otras causales previstas como falta disciplinaria en el régimen del agente condenado.

La inhabilitación puede ser perpetua o temporal, de acuerdo con su duración.

Sin embargo, el tiempo en ambas clases de inhabilitación puede ser disminuido conforme lo dispone el art. 20 ter²⁵⁷ del Código Penal. De acuerdo con éste, si ésta

²⁵⁵ Art. 19, CPen.: “La inhabilitación absoluta importa:

”1°. la privación del empleo o cargo público que ejercía el penado aunque provenga de elección popular;

”2°. la privación del derecho electoral;

”3°. la incapacidad para obtener cargos, empleos y comisiones públicas;

”4°. la suspensión del goce de toda jubilación, pensión o retiro, civil o militar, cuyo importe será percibido por los parientes que tengan derecho a pensión.

”El tribunal podrá disponer, por razones de carácter asistencial, que la víctima o los deudos que estaban a su cargo concurren hasta la mitad de dicho importe, o que lo perciban en su totalidad, cuando el penado no tuviere parientes con derecho a pensión, en ambos casos hasta integrar el monto de las indemnizaciones fijadas”.

²⁵⁶ Art. 20, CPen.: “La inhabilitación especial producirá la privación del empleo, cargo, profesión o derecho sobre que recayere y la incapacidad para obtener otro del mismo género durante la condena. La inhabilitación especial para derechos políticos producirá la incapacidad de ejercer durante la condena aquellos sobre que recayere”.

²⁵⁷ Art. 20 ter, CPen.: “El condenado a inhabilitación absoluta puede ser restituido al uso y goce de los derechos y capacidades de que fue privado, si se ha comportado correctamente durante la mitad

fuere absoluta, a la mitad de su plazo o a los diez años si fuere perpetua, si el condenado se ha comportado correctamente y ha reparado los daños ocasionados en la medida de lo posible puede ser rehabilitado; en el caso de las especiales lo será a los cinco años en las perpetuas y a la mitad de la condena en las temporales, si se ha comportado correctamente, ha remediado su incompetencia en el caso de haber sido sancionado por actuar con impericia, no es de temer que incurra en nuevos abusos en el caso que el delito haya sido intencional y, en la medida de lo posible, haya reparado los daños ocasionados.

La inhabilitación también puede ser principal o conjunta; en el primer caso la única pena impuesta es la de inhabilitación; en el segundo, se aplica junto con otra pena. De acuerdo con el art. 20 bis²⁵⁸ del Código Penal, cuando en el delito se configuren los supuestos previstos por la norma podrá aplicarse, aun cuando no esté previsto en el tipo específico, inhabilitación especial de seis meses a diez años; entre las causales, la primera permite su aplicación cuando quien cometiere el delito haya actuado con incompetencia o con abuso en el ejercicio de su empleo o cargo público. La incompetencia supone negligencia en la función, el abuso exceso intencional de aquélla. También puede afectar la situación de un funcionario público la tercera causal, ya que ésta prevé las mismas conductas disfuncionales en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de autorización, licencia o habilitación del poder público; supuesto en el que encuadrarían los agentes profesionales o técnicos matriculados.

Dentro de las inhabilidades accesorias cabe incluir a la inhabilitación absoluta por el tiempo de la condena prevista en el art. 12²⁵⁹ del Código Penal, la que puede durar hasta tres años más si el tribunal así lo resuelve. En este caso debe distinguirse que si se extendiere el plazo de la inhabilitación no rigen la privación de la patria potestad, administración de bienes y el derecho de disponer de éstos por actos entre vivos, rigiendo entonces el art. 19 del mismo cuerpo.

del plazo de aquélla, o durante diez años cuando la pena fuera perpetua, y ha reparado los daños en la medida de lo posible.

"El condenado a inhabilitación especial puede ser rehabilitado, transcurrida la mitad del plazo de ella, o cinco años cuando la pena fuere perpetua, si se ha comportado correctamente, ha remediado su incompetencia o no es de temer que incurra en nuevos abusos y, además, ha reparado los daños en la medida de lo posible.

"Cuando la inhabilitación importó la pérdida de un cargo público o de una tutela o curatela, la rehabilitación no comportará la reposición en los mismos cargos.

"Para todos los efectos, en los plazos de inhabilitación no se computará el tiempo en que el inhabilitado haya estado prófugo, internado o privado de su libertad".

²⁵⁸ Art. 20 bis, CPen.: "Podrá imponerse inhabilitación especial de seis meses a diez años, aunque esa pena no esté expresamente prevista, cuando el delito cometido importe:

"1º. incompetencia o abuso en el ejercicio de un empleo o cargo público;

"2º. abuso en el ejercicio de la patria potestad, adopción, tutela o curatela;

"3º. incompetencia o abuso en el desempeño de una profesión o actividad cuyo ejercicio dependa de una autorización, licencia o habilitación del poder público".

²⁵⁹ Art. 12, CPen.: "La reclusión y la prisión por más de tres años llevan como inherente la inhabilitación absoluta, por el tiempo de la condena, la que podrá durar hasta tres años más, si así lo resuelve el tribunal, de acuerdo con la índole del delito. Importan además la privación, mientras dure la pena, de la patria potestad, de la administración de los bienes y del derecho de disponer de ellos por actos entre vivos. El penado quedará sujeto a la curatela establecida por el Código Civil para los incapaces".

Encontramos supuestos de inhabilitación absoluta y perpetua para los funcionarios públicos en los arts. 144 ter para los que impusieren cualquier clase de tortura a personas privadas de su libertad; en el art. 189 bis (4) para quien, teniendo autorización para la venta, proveyere armas de fuego a terceros no autorizados; en el delito de traición previsto en el art. 214; en el art. 227 bis para quienes ocuparen los cargos de las autoridades constitucionales destituidas por actos de fuerza; en el art. 261 para quien sustrajere bienes que estuvieren bajo su administración, percepción o custodia en razón de su cargo, ya sea que sean o no en provecho propio, éste es el denominado delito de peculado; en el caso del art. 268, es decir cuando mediante exacciones ilegales se obtiene una contribución, un derecho o una dádiva que no corresponden y luego las convirtiere en provecho propio, éste es el denominado delito de "concusión"; en el delito de enriquecimiento ilícito previsto en el art. 268 (2).

La inhabilitación también puede ser absoluta y temporal, tal es el caso del art. 248 bis dentro de los delitos de violación de autoridad, en el que el funcionario omitiere cumplir las normas de fiscalización de las distintas etapas de la cadena de comercialización de ganado, productos y subproductos de origen animal. En este caso, la inhabilitación absoluta podrá ser de seis meses a dos años; en el art. 259 ésta podrá ser de uno a seis años para el delito de aceptación de dádivas en consideración de su oficio; en el art. 274, dentro de los delitos de retardo de justicia, faltando a las obligaciones de su cargo, dejare de promover la persecución y represión de los delinquentes, en este caso la inhabilitación absoluta de seis meses a dos años; en el delito de falso testimonio del art. 275 se dispone aplicar pena de prisión de un mes a cuatro años, si la causa fuere criminal será uno a diez años de reclusión o prisión, en ambos casos inhabilitación absoluta por el doble de la condena; el funcionario que favoreciere la evasión de un detenido o condenado recibirá inhabilitación absoluta por el triple del tiempo de la condena que será de prisión de un mes a cuatro años; en el art. 287 se castiga con pena accesoria de inhabilitación absoluta por el doble de tiempo al funcionario público, el director o administrador de una compañía que fabricare o emitiere o autorizare la fabricación o emisión de moneda, con título o peso inferiores al de la ley, billetes de banco o cualesquiera títulos, cédulas o acciones al portador, en cantidad superior a la autorizada; el art. 291 dispone que en el caso de los delitos de falsificación de timbres y marcas, contenidos en los arts. 288 a 290 si quien los cometiere fuera funcionario público y lo hubiere hecho abusando de su cargo, recibirá como pena accesoria inhabilitación por el doble de tiempo de la condena; el art. 298 dispone la misma accesoria para el funcionario que con abuso de funciones haya cometido alguno de los delitos previstos en el capítulo III ("Falsificación de documentos en general") del título XII ("Delitos contra la fe pública") comprendidos en los arts. 292 a 297 y 298 bis.

Encontramos supuestos de inhabilitación especial perpetua en los siguientes tipos penales: en el art. 144 quater para el caso de encubrimiento, omisión de denuncia o actuación en caso de tortura, en los delitos de defraudación previstos en los incs. 4º, 5º y 6º del art. 174; en las figuras de cohecho pasivo y tráfico de influencias previstas en los arts. 256 y 256 bis; en la figura de cohecho activo respecto de una organización pública internacional prevista en el art. 258 bis; en el delito de negociaciones incompatibles con el ejercicio de la función pública previsto en el art. 265; en el delito del art. 268 (3) respecto del funcionario que omitiere maliciosamente presentar su declaración jurada patrimonial obligatoria u omitiere o falseare maliciosamente sus datos.

El Código Penal prevé ejemplos de inhabilitación como pena única para los funcionarios públicos. Ello es así en el art. 235, cuando éstos no pusieren todos los medios a su alcance para resistir una rebelión o sedición les cabrá inhabilitación especial de uno a seis años, en el art. 260 para el delito de malversación de bienes públicos se les impone una pena de inhabilitación de un mes a tres años. Por el art. 263 se extienden las penas de los artículos anteriores (incluido el 260) a quienes administren o custodien bienes pertenecientes a establecimientos de instrucción pública o de beneficencia, como también a los administradores y depositarios de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad competente, aunque pertenezcan a terceros. Según el art. 264, al funcionario que demorare injustificadamente un pago cuando tuviere fondos expeditos se le aplicará sanción de inhabilitación de uno a seis años; por el art. 274, en el delito de retardo de justicia en la persecución y represión de delinquentes, se prevé una pena para el funcionario de inhabilitación absoluta por el término de seis meses a dos años.

Dentro de los delitos sancionados con inhabilitación con pena conjunta encontramos comúnmente aquellos que acompañan a la pena de prisión o reclusión, muchos de cuyos ejemplos fuimos citando en las otras subclasificaciones, pero en algunas ocasiones la inhabilitación se aplica junto a la pena de multa, tal es el caso del delito de lesiones culposas previsto en el art. 94, en el que se prevé como pena alternativa a la de prisión la de multa y, en conjunto con cualquiera de ellas, inhabilitación especial por uno a cuatro años; en el delito de matrimonios ilegales autorizados por ignorancia de la ley por parte del oficial público previsto en el art. 136 se prevé multa e inhabilitación especial de seis meses a dos años; por el art. 137 le corresponde la misma pena al representante legítimo de un menor impúber que diere el consentimiento para su matrimonio; dentro del título VII "Delitos contra la seguridad pública", para el caso de los delitos contra la salud pública, envenenar o adulterar aguas potables, alimentos o medicinas (capítulo VII); el art. 207 dispone que cuando el culpable sea además funcionario público o ejerciere alguna profesión o arte, sufrirá inhabilitación especial por el doble del tiempo de la condena, para el caso de aquellos delitos en que la sanción fuere multa, la inhabilitación especial durará de un mes a un año. Los delitos que prevén multa son los de los arts. 203 por envenenamiento, adulteración, venta de sustancias peligrosas para la salud o propagación de una enfermedad contagiosa en forma culposa; el art. 204 para el que vende sustancias medicinales diferente a la de receta médica; así también en su forma culposa por el art. 204 bis, en el art. 204 ter para el director, administrador o quien tenga el control o vigilancia de un establecimiento que omita cumplir los deberes a su cargo y permita por ello la comisión del delito del art. 204; en el delito de violación de fueros, el funcionario público que en el arresto o formación de causa contra un miembro de los poderes públicos, convención constituyente o colegio electoral violare las formas previstas en las constituciones y las leyes tendrá multa e inhabilitación especial de uno a cinco años; en el delito de omisión, negación o retardo en el cumplimiento de un deber previsto en el art. 249 se prevé pena de multa e inhabilitación especial de un mes a un año; en el art. 252, cuando abandonare el cargo con daño al servicio público antes de admitirse la renuncia —se entiende hasta el término previsto en la ley en que debe permanecer en el cargo— se prevé multa e inhabilitación especial de un mes a un año; el art. 253 castiga con multa e inhabilitación especial de seis meses a dos años al funcionario que proponga o nombre para un cargo público a alguien que no cumpla

con los requisitos legales, y la misma pena corresponde al que acepta el cargo; en el delito previsto en el art. 260 se prevé multa e inhabilitación especial de un mes a tres años, para el caso de malversación de bienes públicos, cuando ello produjere daño o entorpecimiento al servicio al que estuvieren destinados; en el art. 271 se castiga con multa e inhabilitación especial de uno a seis años al abogado o mandatario judicial cuando defienda o represente a partes contrarias en el mismo juicio; por el art. 272 se aplica lo dispuesto en el artículo anterior para fiscales, asesores y otros funcionarios que tengan la función de emitir dictámenes ante las autoridades.

7. Sanciones disciplinarias por inasistencias injustificadas y sin aviso

— Art. 85, ley 10.430:

El agente que incurriera en tres inasistencias consecutivas sin previo aviso y previa intimación fehaciente será considerado incurso en abandono de cargo y se decretará su cesantía sin substanciación de sumario.

El agente que incurra en inasistencias sin justificar será sancionado conforme se indica seguidamente:

a) Por tres inasistencias en el término de hasta trescientos sesenta y cinco días entre la primera y la tercera: cinco días de suspensión.

b) Por tres inasistencias en el término de hasta trescientos sesenta y cinco días entre la primera y la tercera registradas en un lapso de hasta dos años, a contar de la última que motivó la sanción del inciso anterior: quince días de suspensión.

c) Por tres inasistencias en el término de hasta trescientos sesenta y cinco días entre la primera y la tercera registradas en un lapso de hasta dos años a contar de la última que motivó la sanción del inciso anterior: treinta días de suspensión.

d) Por tres inasistencias en el término de hasta trescientos sesenta y cinco días entre la primera y la tercera registradas en un lapso de hasta dos años a contar de la última que motivó la sanción del inciso anterior: cesantía.

Al agente que se halle en las faltas que prevén los incs. a), b), c) y d) se le otorgará cinco días para que formule descargo, previo a la resolución que deberá adoptar la autoridad que corresponda.

— Reglamentación del art. 85 por el decreto 4161/1996:

I. El agente que se encontrare en el supuesto a que alude la norma legal, será intimado para que se reintegre a sus tareas en un plazo de cuarenta y ocho horas a partir de la notificación. Vencido este último término, sin que el agente se hubiere reintegrado, se procederá sin más trámite a decretar su cesantía.

II. La intimación determinada precedentemente se efectuará el mismo día en que quede configurado el abandono de cargo, notificándose por cédula o telegrama colacionado dirigido al domicilio que tenga declarado de acuerdo al art. 78 inc. o) de la ley.

III. Producido el abandono de cargo, el cumplimiento de las normas fijadas en el apartado I, estará a cargo de las autoridades que a continuación se determinan:

a) En las dependencias con asiento en los Partidos de La Plata, Ensenada y Berisso, las respectivas oficinas de personal lo comunicarán a los Organismos Sectoriales de Personal, juntamente con el parte de entrada de la fecha y consignado el último domicilio registrado por el agente, de acuerdo con lo dispuesto por el art. 68 inc. o) de la ley.

Los organismos Sectoriales de Personal efectuarán las intimaciones e iniciarán las actuaciones correspondientes. En las reparticiones descentralizadas o que no cuenten con

oficina de personal, la comunicación al Organismo Sectorial de Personal deberá ser efectuada por el titular o funcionario a cargo de la misma, dentro de las dos horas de iniciado el horario administrativo de la fecha en que se produzca el abandono de cargo.

b) En las dependencias con asiento fuera del radio fijado en el inciso anterior, corresponderá a los jefes o encargados de las mismas, cursar la intimación correspondiente e iniciar las actuaciones respectivas, circunstancia que en la misma fecha comunicarán mediante telegrama al organismo sectorial de personal. Vencido el plazo de la intimación, los jefes o encargados de las dependencias, elevarán de inmediato las actuaciones, agregando la nota de descargo y pruebas que hubiera presentado el agente o dejando constancia si así no lo hubiere hecho, al titular de la repartición mediante pieza certificada.

Los titulares de repartición deberán cursar las respectivas actuaciones al Organismo Sectorial de Personal dentro de las veinticuatro horas de haber sido recibidas.

c) Cumplidas las exigencias de los incisos anteriores se dispondrá lo pertinente para decretar la cesantía del agente, o en su caso, se aplicarán las sanciones que correspondieren o se ordenará la instrucción de sumario.

IV. En los supuestos previstos en el párrafo segundo del art. 85 de la ley, las medidas disciplinarias no podrán aplicarse en forma conjunta, debiendo la repartición a la que pertenece el agente involucrado extremar los recaudos para la aplicación inmediata del procedimiento contemplado en la ley, al cumplirse la inasistencia a que dé lugar la aplicación de cada inciso.

Las medidas previstas en los incs. a), b) y c) se aplicarán en forma directa, sin sumario, previo traslado al agente para que formule su descargo. En caso de considerarse atendibles los motivos expuestos por el agente, podrá no aplicarse la sanción respectiva, pero se procederá al descuento de los días inasistidos.

La sanción prevista en el inc. d) se aplicará previa sustanciación de sumario.

Este artículo prevé en su primer párrafo la sanción de cesantía por abandono de cargo ante la ausencia continuada y sin aviso por tres días consecutivos; el segundo párrafo prevé cuatro supuestos para castigar las ausencias injustificadas, en una escala que, en función de la comisión de sucesivas faltas, va incrementando la gravedad de la sanción de suspensión hasta disponer la aplicación de cesantía. La causal de abandono de cargo fue tratada al comentar el inciso a del art. 83 de la ley y el de suspensión por inasistencias injustificadas al abordar el inc. b) del art. 82, por lo que nos remitimos a ellos.

8. Carácter enunciativo de las sanciones previstas en los arts. 82 a 85

— Art. 86, ley 10.430:

Las causales enunciadas en los artículos precedentes y referidas a las sanciones al personal, no excluyen otras que importe violación de los deberes del personal.

La norma bajo examen tiene por finalidad prever la configuración de faltas fuera de los supuestos regulados en la ley 10.430, estableciendo una cláusula abierta a la sanción de otras violaciones de deberes del personal.

Si bien deberes como el de prestar servicios, mantener el decoro dentro y fuera de la Administración, el deber de trato y cuidado de bienes, el cumplir órdenes u otros previstos en el art. 78 tienen la suficiente amplitud para abarcar cualquier supuesto de deber u orden dada en el marco de la ley, los que, a su vez, con igual

amplitud están previstos como causales de sanción correctiva o de cesantía en los incs. e) del art. 82 y d) del art. 83, respectivamente.

El sentido del artículo es no dejar ningún supuesto afuera, pretendiendo ser inclusivo frente a situaciones no previstas.

9. Procedimiento abreviado para sanciones correctivas leves

— Art. 87, ley 10.430:

El agente podrá ser sancionado disciplinariamente con suspensión de hasta diez días sin necesidad de instrumentar el procedimiento sumarial por funcionario no inferior a Director. En estos casos, previo a la aplicación de la sanción se hará saber al agente la falta cometida, la norma transgredida y el derecho a presentar descargo en el plazo tres días.

Exceptúanse de lo dispuesto en este artículo los casos de abandono de cargo y reiteradas inasistencias sin justificar, donde la sanción disciplinaria podrá extenderse hasta treinta días en las condiciones que la reglamentación determine.

El artículo bajo comentario prevé un procedimiento abreviado para sanciones de apercibimiento y suspensión, siempre que estas últimas no superen los diez días de duración.

En estos casos se excepciona el procedimiento sumarial general que se encuentra regulado principalmente en la reglamentación del art. 92 del decreto 4161/1996. Ello no quita que en la aplicación de la sanción no deba otorgarse posibilidad de descargo y garantizar el debido procedimiento al presunto responsable.

En este sentido la norma prevé que debe ponerse en conocimiento del agente la falta cometida, la norma transgredida y el derecho a presentar descargo, para lo cual se le otorga un plazo de tres días. El punto VII de la reglamentación del art. 87 por el decreto 4161/1996 precisa que además de ello debe indicarse con precisión el hecho que se le atribuye, detallando las circunstancias de tiempo y lugar de su producción.

Si éste se presentare y en él se ofreciere prueba, ésta debe ser sustanciada, así también tendrá el derecho a tomar vista e interponer recursos. Conforme cabe interpretar la exigencia del art. 95 de la ley no corresponde aquí dar intervención a Asesoría General de Gobierno, sí a la Junta de Disciplina de acuerdo con la competencia asignada en el art. 93, inc. a) de la ley; en cambio la Fiscalía de Estado deberá intervenir solamente en caso de haber intereses fiscales comprometidos.

Este procedimiento no rige para las sanciones previstas en el art. 85, donde como ya explicáramos se regula un procedimiento diferente.

10. Denuncia e inicio del procedimiento sumarial ordinario

— Reglamentación del art. 87 según decreto 4161/1996:

I. El sumario tiene por objeto la acreditación de hechos u omisiones que pudieren constituir faltas punibles y de todas sus circunstancias.

Será promovido a instancia de la Administración o por denuncia fundada.

II. Las personas extrañas a la Administración podrán presentar denuncia oral o escrita ante la autoridad respectiva, la que tendrá la obligación de recibirla, sobre hechos u omisiones que puedan configurar faltas.

III. En caso que la denuncia sea oral, se labrará acta, la que en lo esencial, deberá contener:

- 1) Lugar y fecha.
- 2) Nombre, apellido, domicilio y demás datos del denunciante acreditados con el respectivo documento de identidad.
- 3) Relación del o de los hechos denunciados.
- 4) Nombre y apellido de las personas a quienes se atribuya responsabilidad o intervención en los hechos, o en su defecto, los datos o informes que permitan su individualización.
- 5) Los elementos de prueba que pudieran existir, agregando los que tuviere en su poder.

El acta deberá ser firmada por el denunciante en presencia del funcionario interviniente y por este último, entregándosele copia certificada.

IV. Si se tratare de denuncia efectuada por escrito, se citará al denunciante para que dentro de los tres (3) días, ante el titular de la repartición en que se hubiese cometido la presunta falta, o quien éste designe a tal efecto, ratifique el contenido de la misma y reconozca la firma que la suscribe, dejándose constancia de lo actuado en acta con las formalidades de la última parte del apartado anterior.

No lográndose la competencia del denunciante y no siendo posible establecer la autenticidad de la firma, se decretará el archivo de las actuaciones.

El mismo procedimiento se seguirá cuando la denuncia proceda de fuente anónima, fuere formulada bajo firma apócrifa o cuando la denuncia hubiera sido retractada.

V. Presentada una denuncia y cumplidos los requisitos precedentes, el funcionario que la reciba la elevará de inmediato a la autoridad superior de la dependencia, si no hubiere sido radicada directamente ante la misma, y ésta deberá practicar las diligencias preventivas necesarias, dando oportuna intervención al órgano administrativo competente.

VI. El denunciante no es parte de las actuaciones.

VII. En oportunidad de efectuarse el traslado al agente de la falta cometida, de acuerdo a lo dispuesto en el primer párrafo del art. 87 de la ley, deberá indicarse con precisión el hecho que se le atribuye, detallando las circunstancias de tiempo y lugar de su producción.

La reglamentación del art. 87 en casi toda su extensión no tiene relación específica con el texto del artículo en la ley, ya que no aborda el procedimiento abreviado allí previsto sino que en su primer inciso define la finalidad del procedimiento sumarial en general, esto es "...la acreditación de hechos u omisiones que pudieren constituir faltas punibles y de todas sus circunstancias...", así también la forma de iniciarlo, ya sea la propia Administración o por denuncia fundada.

En los puntos II a VI se regula la intervención del denunciante y es recién en el punto VII en el que, con referencia al procedimiento abreviado previsto en el primer párrafo del art. 87, en cuanto al traslado es bastante preciso, señala que debe indicarse con precisión el hecho que se le atribuye, detallando las circunstancias de tiempo y lugar de su producción.

El punto II de la reglamentación consagra el derecho de cualquier persona extraña a la Administración a presentar denuncia, la que puede ser verbal o escrita.

Conforme al punto III, en el caso de la denuncia verbal la autoridad debe labrar acta de lo esencial y contener lugar y fecha, nombre apellido y domicilio, así como otros datos del denunciante, tales como su documento de identidad, que además debe ser presentado para acreditar los datos referenciados; en caso de conocer medios de prueba, ofrecerlos o acompañarlos en caso de tenerlos en su poder. El acta debe ser firmada por el denunciante en presencia del funcionario, quien también debe firmar-

la. El denunciante debe recibir una copia certificada del acta. La autoridad a la que se refiere debe ser el titular de la repartición o quien éste designe, usualmente serán los funcionarios del área sectorial de personal del organismo si lo hubiere.

En el punto IV se regula el trámite posterior a la presentación de la denuncia en forma escrita. En este caso, el titular de la repartición en que se hubiere cometido la presunta falta o quien éste designe deberá citar al denunciante para que dentro de los tres días ratifique el contenido de la denuncia y reconozca la firma que la suscribe, se debe labrar acta que será firmada por el denunciante y el funcionario actuante, entregándose copia certificada al primero.

La denuncia por escrito debe cumplir con las mismas formalidades que las exigidas al confeccionar el acta frente a una denuncia verbal y además estar firmada por quien la suscribe.

Si el denunciante no compareciere y no siendo posible establecer la autenticidad de la firma, o cuando la denuncia fuere anónima, la firma apócrifa o el denunciante al comparecer se retractare, se establece en el punto IV del reglamento que corresponderá el archivo de las actuaciones.

Entendemos que ello es sin perjuicio de las actuaciones que, de oficio, pudiere realizar la Administración en procura de la investigación de los hechos, independientemente de la denuncia desechada, teniendo en cuenta su deber de procurar la búsqueda de la verdad material²⁶⁰.

Luego del cumplimiento de los recaudos de citación del denunciante y de labrado del acta, tanto en el caso de la denuncia verbal o escrita, el funcionario que recibió la denuncia, esto es, el titular de la repartición o a quien éste haya delegado el trámite, deberá elevar de inmediato la denuncia a la autoridad superior de la dependencia —si no fue radicada ante ésta— que debe practicar las diligencias preventivas para luego darle intervención al órgano administrativo competente. Conforme al art. 92 de la ley debe ser pedida por titular de una unidad orgánica aprobada por estructura y ordenarse por autoridad no inferior a director provincial o general a la que pertenezca, luego debe ser sustanciada por la dependencia del organismo central de administración del personal a la que se asigne competencia para conocer del sumario, conforme a la reglamentación, ésta es la Dirección de Sumarios dependiente de la Dirección Provincial de Personal de la Provincia de Buenos Aires.

El punto VI de la reglamentación del art. 87 estipula expresamente que el denunciante no es parte en las actuaciones, por lo que no podrá recurrir las decisiones adoptadas en el sumario, salvo que tuviere interés legítimo en él.

11. Motivación de los actos sancionatorios

— Art. 88, ley 10.430:

Toda sanción deberá aplicarse por resolución fundada que contenga la clara exposición de los hechos y la indicación de las causas determinantes de la medida.

²⁶⁰ BOTASSI, Carlos A., *Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Platense, La Plata, 1988, p. 12.

HUTCHINSON, Tomás, *Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Astrea, Buenos Aires, 1995, p. 21.

GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 8ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2003, cap. IX-42.

La reglamentación establecerá la incidencia de las sanciones en la calificación del agente.

La norma exige que la medida disciplinaria esté fundada en todos los casos, es decir desde la medida correctiva de menor entidad, esto es, el apercibimiento, como las sanciones de suspensión por ausencias injustificadas con procedimiento abreviado, la cesantía por abandono de servicio y, obviamente, las sanciones de tipo expulsivo. En ellas debe incluirse la clara exposición de los hechos, la indicación de las causas determinantes de la medida, así como también la norma infringida y la falta cometida. Este artículo debe ser complementado con la reglamentación del art. 100 por el decreto 4161/1996 en el que se exige indicar en la resolución definitiva del sumario la norma legal aplicable, el criterio de valoración y la prueba esencial y decisiva para arribar a la decisión adoptada.

Rigen también las exigencias del art. 62 de la ley de procedimiento administrativo provincial, decreto-ley 7647/1970, en cuanto al contenido de la notificación para que ésta adquiera eficacia.

El art. 88 de la ley 10.430 no fue reglamentado, pese a que remite a ella para establecer la incidencia de las sanciones en la calificación del agente —se entiende que está haciendo referencia a las sanciones correctivas, obviamente, por ser la calificación una consecuencia de la carrera administrativa y requerir para ello la continuidad laboral—. Cabe tener en cuenta el plazo de dos años previsto en el art. 102 de la ley para considerar reincidente a quien cometiere una nueva falta, ya que el mismo criterio cabría adoptar para el caso de la incidencia de la sanción aplicada en la calificación del agente.

12. Condición suspensiva de los ascensos o promociones de los agentes sumariados

— Art. 89, ley 10.430:

La instrucción del sumario no obstará los derechos escalafonarios del agente, pero los ascensos o promociones que pudieren corresponderles, no se harán efectivos hasta la resolución definitiva del sumario, reservándole la correspondiente vacante, accediendo a la misma con efecto retroactivo en caso que la resolución no afectare el derecho.

El agente, durante el sumario, no pierde sus derechos escalafonarios, ya que de lo contrario se violaría el principio de presunción de inocencia que también rige en el ámbito disciplinario, pero las situaciones que signifiquen una modificación de su estatus durante la sustanciación quedarán supeditadas al resultado del sumario, las que recién podrían hacerse efectivas cuando se resuelva éste —obviamente de no aplicarse una sanción expulsiva—, quedando reservada la vacante, la que será cubierta por él en forma retroactiva en caso de resolverse favorablemente y la decisión adoptada no afectare su derecho; tal es el caso en que se haya adoptado una medida disciplinaria correctiva y ésta incida en la calificación del agente, tal como lo prevé el art. 88 de la ley.

Recordemos que por el art. 97 se puede modificar en forma provisoria, a través de suspensión preventiva como por disponibilidad relativa; en estos casos juega el principio general del art. 88 de la ley por lo que la disposición preventiva de impe-

dirle prestar tareas o de trasladarlo a otra dependencia no podrá impedir el goce de sus derechos escalafonarios.

13. Extinción de la potestad disciplinaria

— Art. 90, ley 10.430:

El poder disciplinario por parte de la Administración, se extingue:

- a) Por fallecimiento de responsable.
- b) Por desvinculación del agente con la Administración, salvo que la sanción pueda modificar las causas del cese.
- c) Por prescripción, en los siguientes términos:
 - 1) Al año, en los supuestos de faltas susceptibles de ser sancionadas con penas correctivas.
 - 2) A los tres años, en los supuestos de faltas susceptibles de ser sancionadas con penas expulsivas.
 - 3) Cuando el hecho constituya delito, el plazo de prescripción de la acción disciplinaria será el establecido en el Código Penal para la prescripción de la acción del delito de que se trata. En ningún caso podrá ser inferior a los plazos fijados en los incisos precedentes.

— Reglamentación del art. 90 por el decreto 4161/1996:

- a) Los Organismos Sectoriales de Personal o dependencias que haga sus veces, deberán comunicar a la Dirección de Sumarios el fallecimiento del agente sumariado dentro de los tres días de conocida tal circunstancia, con expresa mención del número de expediente por el cual se ordenó la sustanciación del sumario.
- b) En cualquier estado de las actuaciones en las que se desprenda que la eventual sanción no modificaría las causas del cese, sin más trámite se elevarán las actuaciones para el dictado del acto previsto en el art. 100, inc. d) de la ley, dejando constancia del contenido del mismo en el legajo personal del agente.
- c) I. Por la prescripción de la acción se extingue el derecho a proceder contra los responsables de la comisión de hechos u omisiones que constituyan faltas administrativas.
II. El término de la prescripción de la acción comienza a correr desde el día en que se comete la falta, si ésa fuese instantánea, o desde que cesó de cometerse, si fuera continua, y opera de pleno derecho por el simple transcurso del tiempo.

13.1. Fallecimiento del agente

El art. 90 prevé como causal de extinción de la potestad disciplinaria la muerte del agente; esta previsión deriva de la naturaleza personal de la falta, no existiendo ningún tipo de discusión respecto de las sanciones previstas en la ley: apercibimiento, suspensión, cesantía y exoneración.

En cambio suscitó dudas la extinción, por causa de fallecimiento del responsable, de las sanciones disciplinarias de tipo pecuniario, tal el caso de las multas cuando han sido impuestas previamente a ese hecho.

Miguel S. Marienhoff²⁶¹ entendió que no corresponde su exigibilidad, ya que según su posición y siguiendo a la doctrina del derecho penal, cabe interpretar que

²⁶¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 451.

ello se desprende del art. 70 del Código Penal en cuanto sólo permite hacer efectivas las indemnizaciones pecuniarias inherentes a las penas sobre los bienes propios del condenado aun después de su fallecimiento, no teniendo la multa ese carácter.

Según el inc. a) de la reglamentación del art. 89 por el decreto 4161/1996, la delegación de personal correspondiente o, en caso que no las hubiere, la oficina que cumpla sus funciones, deberán comunicar a la Dirección de Sumarios el hecho del fallecimiento, debiendo hacerlo dentro de los tres días de haber tomado conocimiento de ello, indicando además el número de expediente por el cual se ordenó el sustanciar el sumario.

13.1.1. Extinción por desvinculación del agente con la Administración

La desvinculación del agente se puede producir por decisión de la Administración, del agente o de ambos.

En el primer caso ésta puede producirse por la causal prevista en el inc. a) del art. 14 de la ley, esto es, por oponerse la Administración a la continuidad laboral en el período de prueba; también por este inciso, por anulación del acto de designación por incumplimiento de los requisitos de admisibilidad en el término de un año, cuando lo sea por causas imputables al agente; así también por ocultamiento de los impedimentos para el ingreso conforme lo dispone el inc. k), si bien en este caso corresponde iniciar sumario, siendo un ejemplo de ello la previsión en el punto III de la reglamentación del inc. f) del art. 14 respecto de la ocultación de las incompatibilidades o inhabilidades en las que incurriere el agente al momento de realizar la declaración jurada prevista en el art. 78, inc. n); por la causal del art. 14, inc. d) que prevé la extinción por haber agotado las licencias por enfermedad o en caso de pensión por incapacidad; por la supresión del cargo por consumarse el supuesto previsto en el art. 11 de la ley; de acuerdo con el inc. f) por estar comprendido en causales de inhabilidad o incompatibilidad sobrevivientes o ignorancia del agente no imputable; cuando se jubilaré tal como lo determina el inc. g); por aplicación de medidas disciplinarias expulsivas conforme lo dispone el inc. i); según el inc. j), por la falta de presentación de la carta de ciudadanía en el caso de los extranjeros de acuerdo con lo establecido en el art. 2º, inc. a), y según se lo ha interpretado oportunamente; por el inc. k), por haber obtenido las calificaciones insuficientes que allí se determinan. También puede producirse la desvinculación en los casos de aplicación de leyes de prescindibilidad o emergencia.

Por voluntad del agente en caso de renuncia y por decisión de ambos en los casos de pasividad anticipada que dependa de la decisión del agente y de retiro voluntario.

El art. 90, inc. b), establece la posibilidad de modificar, a través de la aplicación de una sanción, la causal de cese luego de la desvinculación. La norma no especifica en qué circunstancias puede producirse la modificación pero, obviamente, debe tratarse de una sanción de tipo expulsivo.

La reglamentación de este inciso establece que si de las actuaciones se desprende que la causal de cese no va a ser modificada, ya sea por ser la misma o por dar lugar a una sanción menor, deben elevarse las actuaciones para el dictado del acto resolutorio conforme a las previsiones del art. 100, inc. 2º de la ley, esto es, resolver declarar extinguida la potestad disciplinaria de la Administración por esta circuns-

tancia, sin perjuicio de que se debe dejar constancia de su contenido del mismo en el legajo personal del agente.

Esta norma debe ser complementada con las previsiones contenidas en la reglamentación de los incs. b), punto II y d), punto III, del art. 14 por el decreto 4161/1996.

Por el primero de ellos la Delegación de Personal, como paso previo a la aceptación de la renuncia, debe recabar informes sobre la existencia de sumarios pendientes. En caso en que los hubiera, la renuncia puede ser aceptada igual, pero se debe dejar constancia en acto expreso que ésta queda sujeta al resultado del sumario, resultando aplicable lo dispuesto en el art. 90, inc. b) de la ley. En este caso deberá dejarse constancia en el legajo del agente dicha circunstancia.

El punto III del inc. d) indica que cuando el cese se produjere por razón de haber agotado las licencias por enfermedad, cuestión vinculada a la incapacidad física y, por ende, al goce de la jubilación por incapacidad, debe recabarse informe sobre la existencia de sumarios pendientes a efectos de condicionar el cese al resultado de dichas actuaciones.

Si bien aquí, cuando la incapacidad fuere permanente, no parece razonable continuar el sumario²⁶², ya que es imposible que se reintegre como agente estatal por no poder cumplir con el requisito previsto en el art. 2º, inc. e) de la ley 10.430.

La inscripción en el legajo resultará de utilidad ante un futuro reingreso, fundamentalmente para contabilizar los plazos de veda para ello que presupone la rehabilitación prevista en la reglamentación del art. 3º, inc. a) por el decreto 4161/1996, tanto por transformarse la causal de una forma extintiva no disciplinaria a otra que sí lo es, o por mutar de cesantía a exoneración, por tener períodos de espera diferentes para la rehabilitación un año para la primera y dos para la segunda y, si es rechazada, por la diferencia en los plazos para poder solicitarla nuevamente, a los dos años para la cesantía y a los cinco para la exoneración.

Si bien en el caso de renuncia en la reglamentación del inc. b) del art. 14 se prevé la posibilidad de modificar la causal de cese ante la previsión expresa de la Administración para hacer valer el sumario luego de la extinción de la relación laboral, y que también cabe interpretar lo mismo de la reglamentación del inc. d) del art. 14 para el caso de cese por enfermedad al condicionar la desvinculación al resultado del proceso sumarial, la limitación de permitir la mutabilidad de la causal extintiva sólo a estos supuestos no se desprende del art. 90, inc. b) de la ley que tiene un alcance general.

La norma no distingue si la modificación del cese puede producirse sólo en los casos en que la Administración haya condicionado el acto de desvinculación a las resultas del sumario o si ésta puede efectuarse siempre que la Administración, con posterioridad a la extinción de la relación, haya demostrado una falta, independientemente de cuando haya tomado conocimiento o de si previó dicha circunstancia al momento de producirse el cese.

Estas alternativas han dado lugar a posiciones encontradas en cuanto a los efectos que cabe asignar a la extinción del vínculo respecto de la potestad disciplinaria de la Administración.

²⁶² GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colab), *Régimen...*, cit., comentario al art. 27 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 308.

Una parte importante de la doctrina ha entendido que el poder disciplinario sólo puede hacerse efectivo mientras subsista la relación de empleo público²⁶³. Ésta era la posición de la Corte Suprema, tal como lo había resuelto en Fallos 251:368²⁶⁴ y Fallos 254:88²⁶⁵, criterio que parece haberse modificado a partir de Fallos 329:3617²⁶⁶.

En cambio, otras posturas aceptan la extensión del poder disciplinario luego de extinguida la relación laboral.

Daisy Baró²⁶⁷, si bien descarta la existencia de faltas cometidas antes y después de extinguida la relación, salvo que por excepción legal queden subsistentes algunas obligaciones —tal el caso de la prohibición de patrocinar a terceros trámites o gestiones administrativas hasta un año después del cese o el juicio de cuentas posterior—, considera que no es tan clara la conclusión por la que no puede sancionarse el incumplimiento del agente durante la vigencia de la relación luego del egreso. Distingue el acto de aceptación de renuncia de otros supuestos de cese. En el primer caso entiende que la aceptación de la renuncia por la Administración tendría efectos liberatorios por suponer un reconocimiento expreso o tácito de la inexistencia de mérito para aplicar una sanción, ya que el acto presupone un análisis previo de las situaciones disciplinarias que pudieren estar pendientes de resolución. Luego de éste tampoco el reingreso del agente haría renacer la potestad disciplinaria respecto de las conductas antecedentes.

Observa que en otros casos el reconocimiento de efectos liberatorios resultaría dudoso; sin descartar esta posibilidad, señala el ejemplo de los ceses automáticos, en los que el egreso en estas condiciones no podría excluir el ulterior ejercicio de la potestad disciplinaria, de lo contrario habría una imposibilidad absoluta de hacerlo.

Miguel S. Marienhoff²⁶⁸ cuestiona las posiciones restrictivas por su generalidad conceptual, entendió que si la Administración no conocía ni pudo conocer los hechos que justifican la sanción podría tener aplicación aun después de terminada la relación; en cambio, si hubiere tenido conocimiento no los podría aplicar. Este autor también extiende la potestad disciplinaria al ex agente en situación de pasividad ya que entiende que éste no pierde su calidad de funcionario y los actos pasibles de sanción serán aquellos que afectaren la “dignidad de la vida privada”, si bien no

²⁶³ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 360; VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 530; DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. III, p. 443; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, cit., t. I, p. 326; FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 856; GOANE, René M., “El poder...”, cit., p. 1034.

²⁶⁴ Corte Sup., “Magallanes, Miguel Alberto”, Fallos 251:368 (1961). Fuente www.scba.gov.ar/juba, síntesis: “La subsistencia de la relación de empleo público es presupuesto necesario para la aplicación de medidas disciplinarias, en el caso, la de cesantía del art. 37 del decreto-ley 6666/1957. Tal doctrina es aplicable al supuesto en que la baja del agente, fundada en el art. 13 de la ley 14.794, no revestía el carácter de sanción jerárquica que tuvo la posterior cesación dispuesta”.

²⁶⁵ Corte Sup., “Paz, Carlos Alberto”, Fallos 254:88 (1962), Fuente www.scba.gov.ar/juba, el Máximo Tribunal mantiene el mismo criterio.

²⁶⁶ Corte Sup., 5/9/2006, S. 331. XXXIX, recurso de hecho “Spinosa Melo, Oscar Federico v. EN CMº de Relaciones Exter. Comer. Internacional y Culto s/empleo público”. Fallos 329:3617 Mayoría: Petracchi, Zaffaroni; voto: Highton de Nolasco. Disidencia: Lorenzetti, Argibay, Fayt, Maqueda.

²⁶⁷ BARÓ, Daisy L., *La relación...*, cit., p. 72.

²⁶⁸ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 414.

podría aplicársele sanción de cesantía o exoneración, sí otro tipo, como llamado de atención, apercibimiento, e inclusive si la norma lo previera, multa o arresto²⁶⁹.

Julio R. Comadira²⁷⁰ amplía este criterio, al entender que no es necesario supeditar a la falta de conocimiento de la conducta infractora por parte de la Administración el momento de la extinción del vínculo, ya que el fin de prevención de la sanción debe poder ser cumplido siempre ante la eventualidad del reingreso; a su vez, deriva la conclusión a la que arriba de la autorización prevista en el art. 34 de la ley 25.164 para transformar la sanción impuesta en una más grave cuando el resultado de la causa judicial lo justifique. En estos casos considera que debe respetarse el debido proceso adjetivo del eventual afectado por la sanción.

Florencio Travieso²⁷¹ también adhiere a esta postura, señalando que los bienes jurídicos tutelados —mejoramiento del funcionamiento de la organización administrativa— trascienden el merò ámbito interno de la Administración; citando el fallo bajo comentario²⁷², expresó que a través de la persecución administrativa se daba cuenta a la sociedad del juicio que le merecía el desempeño del agente como funcionario.

Fernando García Pullés²⁷³ adhiere al criterio amplio, entendiendo que la sancionabilidad no está vinculada solamente a la retribución del daño ocasionado al agente, sino también a calificar su condición personal frente a la Administración, siendo claro que habiéndose sometido a un régimen disciplinario, nada obsta a que sea sancionado por los hechos que constituyeran infracciones ocurridas durante su desempeño, cuando la Administración no los conociera al tiempo de admitir su renuncia, teniendo en cuenta que ello consistirá en la anotación de la sanción en el legajo del agente, con lo que podría advertirse a otras dependencias respecto de las condiciones personales de aquél.

Sin embargo, este autor expresa que este criterio sólo resultaría aplicable a los casos en que no es posible la reanudación de la relación, considerando que ello se da en los siguientes supuestos: 1) cuando por razones de salud tuviere un impedimento físico permanente para el reingreso; 2) cuando ya se haya aplicado sanción de cesantía o exoneración, dado que la constatación de otras irregularidades anteriores a la extinción por este motivo no podrían justificar sanciones de la misma índole, sino a todo evento provocar una sanción única para todas las causales, para lo cual considera que debe tenerse presente lo dispuesto en el art. 5º, inc. e) de la ley marco, esto es el plazo de rehabilitación para volver a ingresar luego de ser sancionado con cesantía o exoneración; 3) cuando se produjere por jubilación, retiro o vencimiento del plazo previsto en el art. 20 de la ley marco de acuerdo con lo previsto en el art. 5º, inc. f), de la ley, el primero permite la continuidad por un año de quien fue intimado

²⁶⁹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 412.

²⁷⁰ COMADIRA, Julio R., *Derecho...*, cit., p. 563.

²⁷¹ TRAVIESO, Florencio, "La subsistencia de la facultad disciplinaria de la Administración luego de la extinción de la relación de empleo público", ED, supl. Derecho Administrativo, 30/8/2001, t. 2001/2, p. 15.

²⁷² C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala 2ª, 15/3/2001, "Musa, José Osvaldo v. Resolución 215/99 - SMC Presid. de la Nación", expte. 977/93.

²⁷³ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 27 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 307.

a iniciar los trámites jubilatorios y el segundo establece como impedimento la edad para gozar del beneficio previsual; 4) por fallecimiento.

Miriam Ivanega²⁷⁴, en comentario del fallo “Spinosa Melo”, acepta el criterio amplio que parece surgir del precedente de la Corte, destacando que la doctrina y la jurisprudencia del fuero Contencioso Administrativo federal son contestes en admitir el ejercicio de la potestad disciplinaria respecto de hechos anteriores a la extinción de la relación de empleo; indica que la finalidad en estos casos es dejar anotación en el legajo personal ante la posibilidad de que vuelva a ingresar, expresa que la imposibilidad fáctica de aplicar la sanción a quien no está vinculado no supone dejar impunes conductas irregulares que pueden incidir en su reingreso a la Administración.

Fabián Canda²⁷⁵, al comentar el fallo “Spinosa Melo”, destaca la importancia del cambio de criterio que la Corte Suprema habría marcado respecto del precedente “Magallanes” al expresar que la sanción puede ser aplicada respecto de los hechos que se produjeron vigente el vínculo del ex agente con la Administración.

En el fallo “Spinosa Melo” el tema bajo comentario fue tratado en el considerando 5º)²⁷⁶ del voto de los doctores Santiago Petracchi y Eugenio Zaffaroni; allí se destacan dos cuestiones que, según los magistrados, incidirían en la corrección del ejercicio de la potestad disciplinaria en el caso concreto; la primera, que el funcionario revestía en situación de retiro, por lo que formaba parte del cuerpo permanente pasivo y poseía estado diplomático, por lo que quedaba sujeto a las mismas obligaciones que los funcionarios en actividad cuando fuere convocado a prestar servicios; la segunda, destacando como justificativo a su situación de retiro, que la sanción de exoneración fue aplicada por una falta cometida cuando era parte del servicio activo.

Compartimos el alcance de las posturas que permiten el ejercicio de la potestad disciplinaria de la Administración luego de extinguida la relación a quien efectivamente cometió faltas pasibles de sanción, ya que ello puede aparejar consecuencias jurídicas si el agente pretende reingresar.

Sin embargo, las sanciones que se impongan no podrían ser aplicadas efectivamente, atento a que ellas deben consumarse sobre el vínculo —salvo el apercibi-

²⁷⁴ IVANEGA, Miriam M., “Apuntes acerca de la potestad disciplinaria de la Administración”, ED, supl. Derecho Administrativo, 2006, p. 362.

²⁷⁵ CANDA, Fabián O., “Cuestiones de derecho disciplinario en un fallo de la Corte Suprema de la Nación. El caso ‘Spinosa Melo’”, JA 2006-IV-131.

²⁷⁶ Corte Sup., Fallos 329:3617, voto de los doctores Petracchi y Zaffaroni, considerando 5º): “Que resultan infundados los agravios del recurrente relativos a que una correcta inteligencia de los arts. 18 y 41 de la ley 20.957 lleva a concluir en que la exoneración es ilegítima, porque no pudo serle impuesta a quien se encontraba en situación de retiro. En efecto, según el art. 2º, inc. b, de la ley citada, el personal en situación de retiro, voluntario u obligatorio, forma parte del cuerpo permanente pasivo y posee estado diplomático. De acuerdo con el art. 25 de la ley 20.957, dicho estado se pierde en los supuestos de cesantía o exoneración. Si bien el art. 22, inc. s, de la ley 20.957 establece que los funcionarios del cuerpo permanente pasivo están sujetos a las mismas obligaciones de los funcionarios en actividad cuando sean convocados a prestar servicios, el citado art. 25 de la ley en cuestión no deja margen de duda en cuanto a que (al menos, en determinadas circunstancias) los funcionarios en situación de retiro son susceptibles de ser sancionados con la cesantía o exoneración.

”Además, si bien es cierto que en la especie la sanción de exoneración fue aplicada después de que el embajador había pasado a situación de retiro obligatorio, los hechos determinantes de su exoneración datan del tiempo inmediato anterior, cuando todavía formaba parte del servicio activo y cumplía funciones como embajador en la República de Chile”.

miento en el caso de la ley 10.430—²⁷⁷, por ello debe dejarse constancia en el legajo de lo resuelto.

Atento a que debe garantizarse el debido procedimiento adjetivo debe darse amplia participación al ex agente. Obviamente en las situaciones en que por imposibilidad material no pueda reingresar en forma permanente no tiene sentido concretar el procedimiento sumarial, tal es el caso de fallecimiento o incapacidad absoluta permanente, recordemos que en la provincia de Buenos Aires el art. 49, inc. b) de la ley 10.430 exige realizar un examen al agente cuando vencieren los plazos de licencia remunerada para verificar si es pasible de ser reubicado en tareas y/o destino acorde con su capacidad, lo que también puede ocurrir con posterioridad; en este sentido el art. 68²⁷⁸ de la ley prevé que quien se encontrare jubilado por invalidez puede, si desaparecen las causales que le imposibilitan trabajar, pedir su reincorporación limitándose el beneficio; se le deben asignar tareas acordes a su capacidad de igual nivel que el que tenía cuando estaba en actividad, poniendo como limitación las necesidades del servicio y la existencia de vacante.

En el caso del personal con jubilación por razones de edad, entendemos que la imposibilidad para el ingreso es relativa, ya que en determinadas circunstancias se permite su reingreso, lo que supone que respecto de ellos correspondería el ejercicio de la potestad disciplinaria. La misma relatividad cabe extender al supuesto de extinción por acogimiento a regímenes de retiro voluntario.

En el caso de la provincia de Buenos Aires —tal como explicáramos oportunamente—, si bien la ley 10.430 no prescribe una causal expresa de incompatibilidad para el ingreso por estar jubilado; ésta podría inferirse del requisito de edad máxima previsto en el art. 2º, inc. b) de dicha ley; como también de la causal de cese por estar en condiciones de gozar de un haber de pasividad prevista en el art. 14, inc. g). Sin perjuicio de ello, dicha incompatibilidad ha tenido recepción expresa en el art. 60 del decreto-ley 9650/1980 —régimen previsional del personal de la Administración Pública de la provincia de Buenos Aires—.

²⁷⁷ Salvo el caso, de estar previstas normativamente, las sanciones pecuniarias que pueden hacerse efectivas mediante su ejecución y no sólo por el descuento de haberes. Entendemos que no ocurre lo mismo con las eventuales sanciones de arresto que pudieren estar previstas en los estatutos del personal de fuerzas de seguridad, ya que aquí no resultaría posible extender este tipo de sanciones a quien no tiene estado activo en la fuerza; por un lado, éste ya no debe obediencia a sus superiores y las autoridades tampoco disponen de habilitación legal para ejercer el uso de la fuerza en forma legítima sobre quien en ese momento no forma parte del organismo. En algunas ocasiones el personal de fuerzas de seguridad, tal el caso del Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires, tiene obligaciones tras su retiro y por ello es pasible de sanciones, entre ellas, la de arresto, pero ello está previsto en forma expresa en el propio marco normativo. En este sentido el art. 59 del decreto-ley 9578/1980 dispone: "El personal en retiro estará sometido al mismo régimen disciplinario que el personal en actividad, pero solamente les serán aplicables las sanciones de amonestación, arresto o baja. Esto último, para los que se encuentren en retiro absoluto". Obviamente la norma hace referencia a las sanciones aplicadas respecto de violación de deberes cometidas con posterioridad al pase de retiro, nada específica respecto de las cometidas antes de dicho momento.

²⁷⁸ Art. 68, ley 10.430: "Reincorporación. El personal que hubiere cesado acogiéndose a las normas previsionales que amparan la invalidez, podrá, a su requerimiento, cuando desaparezcan las causales motivantes y consecuentemente se le limite el beneficio jubilatorio, ser incorporado en tareas para las que resulte apto, de igual nivel que las que tenía al momento de la separación del cargo, siempre que exista vacante en el plantel básico y que las necesidades de servicio así lo permitan".

En esta norma se establece como regla general la incompatibilidad entre la percepción de un haber de pasividad y el desempeño en cualquier actividad bajo relación de dependencia, salvo la docencia; sin embargo, permite al Poder Ejecutivo disponer con carácter general y en forma temporal regímenes de compatibilidad limitada. Un ejemplo de esta excepción legal lo encontramos en el decreto 1005/2001 por el cual se estableció a partir del 1 de abril de 2001 y por dieciocho meses, que los beneficiarios previsionales comprendidos en el régimen general, en el de policía o servicio penitenciario, que se encuentren en actividad bajo relación de dependencia, no pierdan el beneficio reduciendo su haber al 30%, con un piso no menor al mínimo previsto en la provincia.

El art. 3º, inc. f) de la ley dispone que quienes se hayan acogido a regímenes de retiro voluntario tanto nacional, provincial como municipal, como respecto de cualquier otro régimen de retiro que impida el ingreso en el ámbito provincial no podrán ingresar a la Administración sino después de transcurridos cinco años desde la extinción de la relación por dicha causal. En estas condiciones, teniendo en cuenta que pueden superponerse los períodos de veda de las medidas disciplinarias expulsivas y el plazo de impedimento para el ingreso previsto para el caso de retiro voluntario, el ejercicio de la potestad disciplinaria para sancionar a quien se haya retirado puede tener consecuencias jurídicas sobre su posible reingreso.

Para el caso de un agente al que se le aplicare una nueva sanción de tipo segregativa, tal es el caso de un agente cesanteado, al que como producto de un nuevo procedimiento disciplinario le correspondiere sanción de exoneración, las consecuencias de esta nueva sanción determinarán una modificación en los plazos para la rehabilitación. Compartimos la posición del Dr. Fernando García Pullés: no correspondería aplicar una nueva sanción sino una única por todas las causales, lo que supondría en el caso de corresponder la transformación de cesantía en exoneración.

El punto es determinar desde cuándo debe comenzar a computarse el plazo de veda para solicitar la rehabilitación, ya que, independientemente de la mayor extensión que supone la exoneración, es necesario determinar si el acto de transformación hace nacer nuevamente el momento desde el cual debe computarse el plazo. Si tenemos en cuenta que las sanciones no tienen efectos *ex tunc*²⁷⁹, por no poder aplicarse retroactivamente²⁸⁰, el plazo debería computarse desde que la última disposición fue dictada. Esta postura tiene consecuencias no sólo en la prolongación del plazo de impedimento para solicitar la rehabilitación, sino también a favor del ex agente, ya que el cambio de una causal disciplinaria extintiva a otra puede aparejar consecuencias patrimoniales que, de acuerdo con lo expuesto, comenzarían a tener efecto desde la transformación en la nueva sanción. Un ejemplo de pérdida de un derecho patrimonial como consecuencia de la exoneración lo era la pérdida de derechos jubilatorios²⁸¹. Otro ejemplo lo encontramos en el caso "Spinosa Melo" precedentemente citado. En éste, el acto administrativo cuya impugnación motivara la causa dispuso sanción de exoneración limitando el haber que percibía el funcio-

²⁷⁹ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 448.

²⁸⁰ DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. III, p. 437. FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 854; JÉZE, Gastón, *Principios...*, cit., t. II, p. 232.

²⁸¹ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 857. Este autor hizo referencia a la relativización de la diferencia entre exoneración y cesantía por ley 17.388 al excluir la pérdida de los derechos jubilatorios.

nario como consecuencia de una sanción disciplinaria previa que había dispuesto su retiro; esta medida se había aplicado interpretando el art. 77 de la ley 20.957 de servicio exterior.

13.2. Extinción de la potestad disciplinaria por prescripción

c) Por prescripción, en los siguientes términos:

1) Al año, en los supuestos de faltas susceptibles de ser sancionadas con penas correctivas.

2) A los tres (3) años, en los supuestos de faltas susceptibles de ser sancionadas con penas expulsivas.

3) Cuando el hecho constituya delito, el plazo de prescripción de la acción disciplinaria será el establecido en el Código Penal para la prescripción de la acción del delito de que se trata. En ningún caso podrá ser inferior a los plazos fijados en los incisos precedentes.

— Reglamentación del inc. c) del art. 90 por el decreto 4161/1996:

I. Por la prescripción de la acción se extingue el derecho a proceder contra los responsables de la comisión de hechos u omisiones que constituyan faltas administrativas.

II. El término de la prescripción de la acción comienza a correr desde el día en que se comete la falta, si esa fuese instantánea, o desde que cesó de cometerse, si fuera continua, y opera de pleno derecho por el simple transcurso del tiempo.

La ley regula expresamente el instituto prescriptivo, si bien en principio, respecto de la acción disciplinaria²⁸², pero como veremos, corresponde hacer extensivo el plazo respecto de la prescripción de la sanción. La diferencia entre una y otra es que en el primer caso el transcurso del tiempo extingue²⁸³ el ejercicio de la persecución disciplinaria; en el segundo extingue la posibilidad de aplicación de una sanción incumplida²⁸⁴.

La limitación surgiría de la forma en que es redactado el supuesto previsto en el inc. c) del art. 90, pero más claramente de su reglamentación.

En la ley, al enunciar los supuestos de prescripción en los puntos 1 y 2 del inc. c) se hace referencia a las faltas susceptibles de sanción, lo que implica que éstas no han sido impuestas; en el punto 3 se dispone que en el caso de “hechos” que constituyan

²⁸² Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 28/3/2000, B. 51.661, “Álvarez, Rodolfo Andrés v. Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial) Demanda contencioso administrativa”. Voto del Dr. Hitters (MA). Allí el ministro destaca la regulación normativa en el caso del régimen disciplinario judicial de la prescripción de la acción, la que debe diferenciarse de la prescripción de la pena no regulada. Cita la opinión de Villegas Basavilbaso sobre las diferencias entre ambos tipos de prescripción.

VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 539. En este sentido expresó: “Para algunos autores las penas disciplinarias son imprescriptibles. Es de advertir a este respecto que en lo atinente a la responsabilidad administrativa el instituto de la prescripción de la acción tiene mayor importancia que el de la prescripción de la pena, por cuanto la transgresión del agente público puede ser conocida después de un período temporal más o menos largo, mientras que no es fácil concebir que entre la decisión de la Administración Pública imponiendo la sanción y su efectiva ejecución transcurra un largo tiempo”.

²⁸³ LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2001, p. 581. Define: “La prescripción es el medio por el cual, en ciertas condiciones, el transcurso del tiempo opera la adquisición o modificación sustancial de algún derecho”.

²⁸⁴ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 539; DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. III, p. 441.

delitos el plazo de prescripción de la "acción disciplinaria" será el establecido en el Código Penal para la prescripción de la acción del delito de que se trate. En este punto claramente se define al plazo prescriptivo como de la acción y no de la pena.

En el mismo sentido, el punto I de la reglamentación del inc. c) del art. 90 brinda una definición de prescripción de la acción disciplinaria, expresando que por ella "se extingue el derecho a proceder contra los responsables de la comisión de hechos u omisiones que constituyan faltas administrativas".

El inc. II de la reglamentación del art. 90, en forma consecuente con el primer punto, establece el momento en que comienza a correr la prescripción de la acción, distinguiendo los supuestos de faltas instantáneas y continuas. En el primer caso comenzará el día en que ésta se cometiere y, en el segundo, cuando cesó de cometerse.

Finalmente expresa que la prescripción opera de pleno derecho, consecuencia que opera como principio general para toda manifestación del instituto prescriptivo. En virtud de ello no hace falta realizar acción positiva previa alguna para hacer valer la extinción, sino que puede ser opuesto como defensa frente a toda acción que intente ejercer sobre él la potestad disciplinaria. El principio es que la prescripción corre automáticamente desde la consumación de la falta por el solo transcurso del tiempo, ya que la acción disciplinaria no se encuentra sometida a contingencia previa alguna²⁸⁵.

El punto 1 del inc. c) establece que la prescripción de las faltas susceptibles de sanción correctiva prescriben al año desde su comisión o en las faltas de tipo continuado desde que éstas cesaren; por el punto 2 se dispone que prescriben a los tres años las faltas susceptibles de sanción expulsiva. Pero estos plazos pueden modificarse si la conducta ilícita configura delito, en cuyo caso el plazo de prescripción coincidirá con el de la acción del delito que se le impute, el que en ningún caso podrá ser inferior al de los previstos por la propia ley para las sanciones correctivas y expulsivas.

Atento a que no se ha hecho mención expresa a los supuestos de prescripción de las sanciones, a diferencia del Código Penal que la regula expresamente o del Código Fiscal²⁸⁶ donde claramente se hace mención a un plazo común para aplicar y hacer efectivas las sanciones tributarias, corresponde determinar el plazo prescriptivo para ellas.

Para dar respuesta a este problema se ha recurrido por vía analógica al sistema prescriptivo del Código Penal²⁸⁷ y a la aplicación de los principios generales del

²⁸⁵ LLAMBIAS, Jorge J., *Tratado...*, cit., t. II, p. 587.

²⁸⁶ Art. 131, Código Fiscal: "Prescriben por el transcurso de cinco (5) años las acciones y poderes de la Autoridad de Aplicación de determinar y exigir el pago de las obligaciones fiscales regidas por este Código, y de aplicar y hacer efectivas las multas y clausuras en él previstas, en el caso de contribuyentes y responsables inscriptos como también en el de sujetos pasivos no inscriptos que regularicen espontáneamente su situación.

"Prescribe por el transcurso de cinco (5) años la acción de repetición de gravámenes y sus accesorios a que se refiere el art. 122.

"Los términos de prescripción quinquenal establecidos en el presente artículo, comenzarán a correr para las obligaciones fiscales que se devenguen a partir del 1 de enero de 1996".

²⁸⁷ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 461. Considera que en nuestro derecho el art. 62, CPen., permite dar una solución por su amplitud. Entiende que debe recurrirse al Código Penal por vía analógica dada la naturaleza penal de las sanciones disciplinarias, manifestando que mantener

Código Civil²⁸⁸ o se ha dejado librado a la Administración determinar potestativamente su regimen prescriptivo²⁸⁹, permitiendo en su defecto la imprescriptibilidad o recurrir a las normas del derecho administrativo disciplinario que resulten afines al instituto.

Consideramos que el caso puede ser resuelto por aplicación de los plazos previstos en el art. 90, inc. c) de la ley, los que deben resultar aplicables tanto para el ejercicio de la acción como para la ejecución de la sanción. Para llegar a esta conclusión es necesario realizar una interpretación integradora de esta norma con el artículo subsiguiente, el cual está destinado a determinar las causales de interrupción y suspensión de la prescripción, si bien su regulación ha sido delegada al Poder Ejecutivo para que sean precisadas por vía reglamentaria.

En este sentido tenemos que, de acuerdo con el inc. I de la reglamentación del art. 91, constituye causal interruptiva de la prescripción el impulso procedimental del sumario, es decir, todos los actos que tiendan a mantener en movimiento el procedimiento, concepto muy amplio que, obviamente, no excluye al último de dichos actos, cual es la resolución final que determina la responsabilidad disciplinaria y, en su caso, impone la sanción; por lo que, aplicando esta causal, desde allí comienza nuevamente el plazo de prescripción.

Si tenemos en cuenta que la sanción puede ser inmediatamente aplicable por ser el acto administrativo disciplinario ejecutorio, ya que resulta de aplicación lo dispuesto en el art. 110²⁹⁰ del decreto-ley 7647/1970 de procedimiento administrativo

una persona *sine die* sometida o vinculada a un eventual proceso o condena, o amenazada con ello, implica limitarle en forma contraria a derecho el ámbito de su libertad.

Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 2/12/1997, B 49753, caratulada "Ambrosio, Esther María v. Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial). Demanda contencioso administrativa". En esta causa, en el voto mayoritario de la segunda cuestión (Dres. Busteros, Marroco, Pisano, Oliveira, Lapalma), se decidió aplicar las disposiciones más benignas del acuerdo 2300/1988 vigente con posterioridad. Haciendo mención expresa a la aplicación de los principios del derecho penal, en particular el de la ley más benigna en los votos de los Dres. Oliveira y Lapalma.

²⁸⁸ Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 28/3/2000, B. 51.661, "Álvarez, Rodolfo Andrés v. Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial) Demanda contencioso administrativa". Voto del Dr. San Martín (MI). Allí expresó: "Si bien es cierto que el citado régimen no contiene previsiones sobre causales de interrupción y suspensión del plazo de prescripción, habida cuenta de la inaplicabilidad de los principios generales del derecho penal y atendiendo además a la distinta naturaleza y finalidad de la potestad disciplinaria, corresponde acudir al art. 171 de la Constitución provincial sobre la manera de fundar las sentencias y al art. 16 del Código Civil, aplicando en la órbita administrativa el art. 4023 de éste y el régimen de suspensión e interrupción previsto en la legislación civil".

²⁸⁹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 541. Este autor expresó: "...Que en defecto de disposiciones expresas que regulen la prescripción de la acción y de la pena disciplinarias, ni las respectivas normas de la prescripción civil ni las de la prescripción penal son de aplicación. Queda librado a los órganos administrativos competentes en cada caso ocurente, el ejercicio discrecional del poder disciplinario a los efectos de la prescripción de la acción y de la pena. En este supuesto, el único límite que se opone a la pretensión punitiva está dado por la extinción de la relación de empleo o función públicas". Este autor entendía que ninguna razón de lógica ni jurídica se opone a la admisión de la prescripción de la acción o de la pena disciplinaria. La postura de la imprescriptibilidad fue sustentada por la Corte Suprema en Fallos 256:87, entre otros, cuando no existía norma expresa que regulaba la prescripción en materia disciplinaria de empleo público nacional. Rechazamos esta postura, considerando válidos los argumentos dados por el profesor Marienhoff citados precedentemente.

²⁹⁰ Art. 110, decreto-ley 7647/1970: "Los actos administrativos tienen la eficacia obligatoria propia de su ejecutividad y acuerdan la posibilidad de una acción directa coactiva como medio de asegurar

provincial, puede imponerse la sanción a partir de su notificación. Si no lo hiciere correrán los plazos de prescripción previstos en el inc. c) del art. 91: un año para las sanciones correctivas, tres años para las expulsivas.

Si el agente sancionado interpusiere recurso administrativo, rige aquí lo dispuesto en el punto I de la reglamentación del art. 104 que dispone el efecto suspensivo en la interposición de recursos contra sentencias correctivas. Si las medidas fueren expulsivas, la asignación del carácter suspensivo al recurso será atribución del Poder Ejecutivo. Esta asignación ha sido delegada por el inc. 8°²⁹¹, art. 1° del decreto 574/2001 en ministros, secretarios de la gobernación, titulares de los organismos de la Constitución y asesor general de Gobierno. Aquí resultarían de aplicación los criterios para tomar la decisión, previstos en el art. 98²⁹², inc. 2° del decreto-ley 7647/1970, en cuanto faculta a la Administración a suspender la ejecución del acto impugnado cuando el interés público lo aconseje o el interesado en su petición invoque fundadamente perjuicio irreparable. En los casos de interposición de recursos, independientemente del efecto suspensivo, la prosecución del procedimiento sumarial en instancia recursiva supone su impulso, por lo que constituirá causal interruptiva de la prescripción en los términos del inc. I de la reglamentación del art. 91.

13.3. Causales de suspensión e interrupción de la prescripción

— Art. 91, ley 10.430:

La reglamentación establecerá las causales de interrupción y suspensión de la prescripción.

— Reglamentación del art. 91 por decreto 4161/96:

I. La comisión de una nueva falta, la orden de instrucción del sumario y los actos de procedimientos disciplinarios que tiendan a mantener el movimiento de la acción disciplinaria, interrumpen el plazo de la prescripción de la misma. También lo interrumpen las acciones presumariales.

II. El proceso judicial suspende el término de la prescripción hasta su resolución definitiva y siempre que de las actuaciones administrativas no surja probada responsabilidad disciplinaria, en cuyo caso podrá dictarse resolución final, dejando establecido que la misma queda subordinada al resultado de aquél.

su cumplimiento. Producirán efectos desde la fecha en que se dicten, salvo que en ellos se disponga otra cosa.

"La eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior".

²⁹¹ Art. 1°, decreto 574/2001: "Delégase en los señores Ministros Secretarios, Secretarios de la Gobernación, titulares de los Organismos de la Constitución y Asesor General de Gobierno, el ejercicio de las siguientes facultades: ...8) Suspender la aplicación de sanciones expulsivas cuando medie recurso contra ellas...".

²⁹² Art. 98, decreto-ley 7647/1970: "La interposición del recurso tiene por efecto:

"Interrumpir el plazo del art. 92 aunque haya sido deducido con defectos formales o ante órgano incompetente.

"Facultar a la Administración a suspender la ejecución del acto impugnado cuando el interés público lo aconseje o la petición del interesado invoque fundadamente perjuicio irreparable.

"Impulsar el procedimiento, haciendo nacer los plazos que los funcionarios públicos tienen para proveerlo y tramitarlo".

III. El plazo de la prescripción corre, se suspende o se interrumpe separadamente para cada uno de los responsables de la falta.

El art. 91 de la ley 10.430 no regula los supuestos de suspensión e interrupción de la prescripción, delega dicha regulación al Poder Ejecutivo.

La amplitud de la delegación puede ser motivo de reproche ya que no se ha requerido a la reglamentación completar o precisar una figura sino directamente regular un instituto.

La reglamentación del art. 91 dispone, en el inc. I, las distintas causales de interrupción de la prescripción; el inc. II, las de suspensión.

La consumación de un acto interruptivo genera la pérdida del plazo transcurrido de prescripción, comenzando a correr nuevamente desde el nacimiento del nuevo acto²⁹³. En cambio, la suspensión de la prescripción implica la paralización de curso por los motivos previstos por la norma, reanudándose el plazo una vez que concluyen las causales previstas, computándose el período transcurrido hasta la aparición de la causal de suspensión²⁹⁴.

El punto I de la reglamentación contempla dos supuestos de interrupción de la prescripción. En primer lugar, la comisión de una nueva falta. No es necesario que la conducta ilícita tenga relación con la antecedente, cualquier violación a un deber o prohibición configurativa de una falta interrumpe la prescripción.

El nuevo comienzo del plazo debe computarse desde que se consuma la falta, ya sea instantánea o continua, si bien para que ésta pueda ser imputada, al responsable debe concluirse el procedimiento sumarial en forma simultánea o sucesiva.

En segundo lugar consagra como causal interruptiva a toda actuación procedimental destinada a clarificar un supuesto de responsabilidad disciplinaria, ya que el inc. I asigna naturaleza interruptiva a todo acto destinado a investigar presuntas faltas disciplinarias, tales como las actuaciones presumariales, la orden del sumario prevista en el art. 92 de la ley e, inclusive, todo acto de impulso procedimental. Con ello cada uno de los actos que tiendan a mantener en movimiento la acción disciplinaria a su vez mantendrá interrumpida la prescripción. Como vemos el supuesto aparece bastante flexible, al otorgarle efectos interruptivos a toda actuación, aun aquella que —prematuramente— esté destinada a precisar si se han configurado hechos que pueden dar lugar a la instrucción de un sumario, tal el caso de las actuaciones presumariales.

El inc. II consagra como causal suspensiva de la prescripción el proceso judicial hasta su resolución definitiva cuando de las actuaciones administrativas no surja probada responsabilidad.

En este caso la reglamentación permite dictar resolución final y dejar en suspenso la aplicación de sanción, la que quedará subordinada al resultado en la causa.

El proceso al que se refiere es el penal, abierto por derivar los hechos investigados en la comisión de un delito.

Este tipo de proceso debe diferenciarse de aquel motivado por la pretensión que pudiere interponerse con el objeto de impugnar la sanción impuesta, la que debe tramitar ante el fuero Contencioso Administrativo. En este caso, la mera interposición

²⁹³ ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Curso de obligaciones*, t. II, 2ª ed. actual., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982, p. 369.

²⁹⁴ ALTERINI, Atilio A. - AMEAL, Oscar J. - LÓPEZ CABANA, Roberto M., *Curso...*, cit., t. II, p. 365.

de la demanda no produce ningún efecto suspensivo para la Administración, ya que —como dijéramos— el acto sancionatorio es ejecutorio, lo que implica la posibilidad de su aplicación inmediata, sin perjuicio que por decisión judicial se disponga una medida cautelar que suspenda su ejecución, en cuyo caso éste será el motivo de interrupción del curso de la prescripción y no la sustanciación del proceso por sí mismo.

En el inc. III la reglamentación prevé que las causales de suspensión e interrupción rigen separadamente para cada uno de los responsables, por lo que la Administración no podrá hacer valer las de uno respecto de otro u otros eventuales responsables, previsión que es necesario tener en cuenta a la hora de determinar la hora de instruir el sumario y la inclusión de los eventuales responsables.

14. Principio *non bis in idem*

El principio impone la imposibilidad de aplicar más de una sanción por el mismo hecho²⁹⁵, para que rija tiene que tratarse de sanciones pertenecientes al mismo orden jurídico²⁹⁶, esto no se produce cuando un mismo hecho da lugar a una sanción disciplinaria y una penal, ya que la doctrina ha sido conteste en general en considerar

²⁹⁵ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 27 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 314. El autor señala que, en virtud de la unidad de "orden", el principio debe ser aplicado no sólo en lo que atañe a la sanción, sino aun en lo atinente al procedimiento previo.

MALJAR, Daniel E., *El derecho...*, cit., p. 247. Este autor también extiende el concepto al aspecto procesal, al entender que el principio exige que una persona no sea sometida a dos procesos distintos por el mismo hecho (punto 16, cap. III, nota 488).

²⁹⁶ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 355. Con relación a las diferencias entre poder disciplinario y penal el autor expresó: "...Otra diferencia entre ese poder y el derecho penal es la de la aplicación de dos penas por el mismo hecho, o sea, que no rige en el poder disciplinario la máxima *non bis in idem*. No solamente puede aplicarse pena criminal y pena administrativa, sino también dos penas administrativas como la suspensión y el traslado disciplinario. Esta última puede tener carácter disciplinario". Por nota da como ejemplo la habilitación legal para aplicar sanciones sin perjuicio de las que correspondieren en sede penal en materia de juegos de azar. Pero luego, a fs. 358, manifestó con relación al derecho disciplinario: "...La certeza es necesaria para la seguridad jurídica, y por eso los principios que se expresan en las máximas *nulla poena sine lege* y *non bis in idem* no deben excluirse completamente". Apreciados los ejemplos dados, no parece que se tratara de supuestos de aplicación de nuevas penas sobre los mismos hechos, sino que en un caso hace mención a la independencia de ordenamientos y en el segundo a la aplicación conjunta de dos tipos de sanción. A mayor abundamiento, el autor, al tratar los supuestos de revisión de las medidas disciplinarias, hace mención sólo a la posibilidad de anularlo por vicios, por revisión a pedido del sancionado o por revocación o perdón a favor de éste.

JÉZE, Gastón, *Principios...*, cit., t. II, p. 231. El autor expresó: "La facultad de destituir puede ejercerse después que se haya adoptado por el mismo hecho, una medida de suspensión; la privación temporaria de investidura es una medida provisional que no excluye una posterior resolución de privación de investidura definitiva. Salvo que exista un texto en sentido contrario, no es aplicable al caso la regla *non bis in idem*.

"Igualmente, si la decisión de cesantía se ha anulado por un vicio de forma o de procedimiento, el jefe de servicio puede decretarla nuevamente, por los mismos hechos, siempre que se siga, para ello, el procedimiento regular".

Si bien este autor parece hacer referencia a la excepción al principio cuando expresa que la facultad de destituir puede ejercerse después de haberse adoptado la de suspender, consideramos que, en realidad, del análisis integral del párrafo se desprende que el autor ha hecho referencia a la suspensión preventiva, si bien no la menciona expresamente.

que se trata de órdenes jurídicos distintos²⁹⁷. Sin perjuicio de ello, el procedimiento disciplinario y el penal muchas veces tienen comunicación en virtud de lo cual lo resuelto en sede penal puede incidir en la decisión administrativa; en cambio, la influencia del procedimiento administrativo en el penal es limitada²⁹⁸.

Benjamín Villegas Basavilbaso²⁹⁹ desarrolla los distintos tipos de relaciones que pueden darse entre ellos. Destaca la posibilidad de que una infracción disciplinaria configure al mismo tiempo un delito, tanto dentro como fuera del ejercicio de las funciones; en este último caso la condena importa por sí misma responsabilidad disciplinaria.

Por otra parte observa que no obstante las diferencias entre el procedimiento administrativo y penal, debe evitarse, práctica y racionalmente, que un mismo hecho dé lugar a decisiones contradictorias en el proceso penal y administrativo. Entiende que las relaciones entre el procedimiento administrativo y el proceso penal deben ser reguladas por el derecho positivo para evitar contradicciones. Expresa que la influencia del proceso penal en el administrativo, por la naturaleza jurisdiccional de sus decisiones, es imperiosa, ya que debe prevalecer el carácter de cosa juzgada de la sentencia sobre la decisión administrativa en contrario. Señala que en caso de inhabilitación penal, ésta produce *ope legis* la extinción de la relación de empleo público. Expresa que dichas conclusiones son en caso de condena; en cambio, entiende que la absolución en sede penal no siempre es título suficiente para impedir la sanción administrativa, puede ser que se declare la inexistencia del hecho o admitiéndolo se lo absuelva. En principio debe levantar la suspensión provisional dictada como consecuencia del proceso, pero pueden surgir circunstancias del proceso penal que obliguen a ejercer el poder disciplinario. Su conducta de acuerdo con las normas administrativas puede ser pasible de sanción. También puede acontecer que la absolución haya sido declarada por falta de pruebas, por renuncia del querellante o por extinción de la acción penal por prescripción o amnistía. El autor concluye que en caso de condena prevalece el proceso penal, pero en caso contrario el poder disciplinario recobra su imperio.

Así también, la aplicación del principio del *non bis in idem* parece desprenderse del ejemplo del segundo párrafo transcrito, ya que allí prevé la posibilidad de dictar un nuevo acto por los mismos hechos cuando la sanción de cesantía se haya anulado por vicio de forma. De lo que podemos deducir que el autor previó la posibilidad de reeditar la cuestión sólo por vicios que invaliden la sanción anterior y no por su reemplazo ante la renovación de la investigación en un nuevo procedimiento sobre los mismos hechos.

BARÓ, Daisy L., *La relación...*, cit., p. 65. La autora señala como ejemplos de excepción la nulidad de la sanción originaria y en los casos en que el mismo hecho incida en distintos empleos en que pudiere revestir el agente.

²⁹⁷ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 561; DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. III, p. 431; SAYAGUÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, cit., t. I, p. 327; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 434; FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 845; CANASI, José, *Derecho...*, cit., p. 761; GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. IV, cap. VII, p. 33; DOCOBO, Jorge J., "La aplicación...", cit.; COMADIRA, Julio R., *Derecho...*, cit., p. 568; GOANE, René M., "El poder...", cit., p. 1044; GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 27 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 313; COHEN SALAMA, Claudio J., *Régimen...*, cit., p. 101.

²⁹⁸ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 561.

²⁹⁹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 561.

Miguel S. Marienhoff³⁰⁰ toma estas ideas, destaca la necesidad de evitar que un mismo hecho genere decisiones contradictorias; con base en ello, si se absuelve en instancia penal a un funcionario, entiende que no sería procedente sanción administrativa si se invocasen exacta y precisamente los mismos hechos y circunstancias en que se basó el pronunciamiento penal. Señala que la sanción penal es de respeto obligatorio para la Administración Pública cuando incida en su esfera. Da el ejemplo de la inhabilitación penal y, en el caso de otra pena, expresa que la Administración podrá o no sancionar al agente según la naturaleza del delito y los antecedentes de aquél. En cambio, la absolución o sobreseimiento penal no siempre son título suficiente para impedir la sanción administrativa, aun cuando se trate de hechos directamente vinculados, ello dependerá de las circunstancias de cada caso particular.

Fernando García Pullés³⁰¹ destaca tres excepciones al principio. La primera surgiría de los principios generales del derecho de unidad de orden y no contradicción, por los cuales no es posible soslayar en sede administrativa los mismos hechos juzgados en sede penal; las otras dos derivan de la redacción del art. 34 de la ley 25.164 —marco de empleo público nacional—, en la que se prevé la sustitución de la medida ya dictada cuando de la condena penal surgiera una causal más grave, supuesto que considera observable. El autor sugiere como tercera excepción extender la sustitución a los casos en que sea en beneficio del agente.

Julio R. Comadira³⁰², en cambio, entendió que las contenidas en el art. 34 de la ley marco nacional y el decreto reglamentario; constituyen excepciones razonables; la primera permitiendo la sustitución de la medida cuando de la sentencia penal surgiera una falta más grave, la segunda prohibiendo resolver, eximiendo de responsabilidad estando pendiente causa penal.

De las posturas expuestas, sin perjuicio de las variantes que pudieren tener, surge evidente que existe intercomunicabilidad entre la sentencia penal y la decisión administrativa³⁰³. En el caso de la regulación provincial, ésta fue prevista expresamente en el punto II de la reglamentación del art. 91. Allí se prevé la suspensión y, por ende, la provisoriedad, para aquellos casos en que del procedimiento disciplinario no surja probada responsabilidad. En estas situaciones se permite el dictado de resolución final, obviamente en sentido absolutorio, pero con sentido provisional, ya que su estabilidad queda condicionada al resultado en el proceso penal. Aunque no esté expresamente establecido, el sentido dado al artículo es semejante al del régimen nacional —con la diferencia en que sólo lo es respecto de los casos de resolución administrativa de absolución—, ya que la modificación del acto administrativo sólo se produciría por sentencia penal de condena, pasando el agente en sede administrativa del estado de absuelto a sancionado. Sin perjuicio de ello, la sentencia absolutoria o el sobreseimiento en sede penal para modificar la sanción administrativa en su favor puede hacerse valer, tanto de oficio por la propia Administración como a pedido del agente o sus familiares, a través del recurso de revisión previsto en el art. 105 de la

³⁰⁰ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 433.

³⁰¹ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 34 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 365.

³⁰² COMADIRA, Julio R., *Derecho...*, cit., p. 574.

³⁰³ GORDILLO, Agustín, *Tratado de derecho...*, cit., t. IV, cap. VII, p. 23, señala que cuando el hecho atribuido es único, la apreciación en sede administrativa y penal van unidas.

ley 10.430 que permite invocar hechos nuevos o circunstancias sobrevivientes susceptibles de justificar la inocencia del sancionado.

III. PROCEDIMIENTO SUMARIAL

— Art. 92, ley 10.430:

La instrucción del sumario podrá ser pedida por cualquiera de los titulares de una unidad orgánica aprobada por estructura y será ordenada por una autoridad de jerarquía no inferior a Director Provincial o General con jurisdicción sobre el lugar o dependencia donde hubiere ocurrido el hecho y será sustanciada por intermedio de la dependencia del organismo central de administración del personal a la cual se asigne competencia específica para conocer en tales causas.

— Reglamentación del art. 92 por el decreto 4161/1996:

La dependencia con competencia específica para conocer en las causas previstas en este artículo es la Dirección de Sumarios, cuyo titular tiene las siguientes facultades:

a) La organización de la Dirección proponiendo, la creación de los organismos internos que estime adecuados para el cumplimiento de sus funciones.

b) Designar el o los instructores que sustanciarán los sumarios y los secretarios letrados, si correspondiere.

c) Resolver las cuestiones de procedimientos que se sustanciaren durante la tramitación de los sumarios.

d) Requerir directamente a todas las reparticiones provinciales y/o municipales los informes que considere indispensables, sin necesidad de seguir la vía jerárquica.

Los organismos provinciales deberán evacuar los informes requeridos dentro de los cinco días.

e) Elevar a la Junta de Disciplina, previo dictamen, las actuaciones sumariales para la prosecución de su trámite.

Las causales de recusación y excusación previstas para los instructores serán de aplicación para el Director de Sumarios. El incidente respectivo tramitará por separado y será resuelto por su superior jerárquico.

I. Orden de sumario

I. El acto u orden que disponga la instrucción de sumario deberá contener ineludiblemente, en forma clara y precisa, la mención de los hechos a investigar, y la individualización del o de los agentes presuntamente involucrados, si los hubiere. En este último caso, se remitirá a la Dirección de Sumarios, juntamente con el referido acto:

a) Copias del legajo personal de cada uno, con todos los antecedentes que obren en él.

b) Último domicilio declarado en los términos del art. 78, inc. o) de la ley.

c) Informe de concepto del superior inmediato, en los rubros idoneidad, laboriosidad y conducta. En caso de que el o los agentes estuvieran suspendidos o sin prestar servicios por cualquier motivo, el informe será efectuado por el último superior jerárquico del mismo, mientras prestara efectivamente funciones.

II. La orden de sumario es irrecurrible. No obstante, deberá notificarse en los casos en que hubiere agentes individualizados en la misma.

III. Si la orden no cumpliere con los requisitos legales, el Director de Sumarios deberá requerir las aclaraciones pertinentes, las que deberán ser evacuadas por las reparticiones que requieran el sumario, dentro del término de dos días.

2. Instrucción del sumario

IV. La instrucción del sumario será llevada a cabo por medio del instructor que al efecto designe el Director de Sumarios, el que cumplirá su cometido de acuerdo al procedimiento que se establece en esta reglamentación.

3. Plazos de sustanciación de los sumarios

V. Los sumarios administrativos deberán ser concluidos en el plazo de sesenta días. El Director de Sumarios a petición del instructor que lo sustancia, podrá prorrogar ese plazo cuando las circunstancias del caso así lo aconsejen.

VI. Los plazos acordados para la sustanciación del sumario administrativo comenzarán a correr a partir de la fecha en que el instructor designado recibe las actuaciones, no pudiendo este último exceder de diez días desde su designación.

VII. Los plazos se interrumpen cuando las actuaciones sumariales deban ser remitidas a autoridades administrativas o judiciales, que en cumplimiento de prerrogativas o deberes establecidos por ley y debidamente justificados soliciten su remisión.

VIII. Los plazos se suspenden cuando mediaren razones justificadas por el lapso en que éstas se prolongaren, con intervención del Director de Sumarios.

IX. El incumplimiento de los plazos fijados para la instrucción del sumario, en ningún caso dará lugar a la nulidad de las actuaciones, pero sí podrá devenir en sanción disciplinaria para los responsables cuando la demora no se encuentre debidamente justificada.

X. Cuando no se hubiere establecido un plazo especial para la contestación de vistas y traslados, el mismo será de cinco días.

XI. Se considerarán horas hábiles las que median entre las siete y las veinte horas para las diligencias que los instructores, gestores o notificados deban practicar fuera de la Dirección de Sumarios.

XII. Cuando las circunstancias lo requieran, el instructor podrá habilitar días y horas.

La resolución que se dicte acordando o denegando habilitación de días y horas es irrecurrible.

4. Instructores

XIII. Para el cumplimiento de su cometido, los instructores deberán revistar preferentemente en categoría igual o superior a la del agente sumariado y tendrán título universitario de abogado, escribano o procurador.

XIV. El instructor deberá practicar todas aquellas diligencias conducentes a la acreditación de los hechos y omisiones que constituyan faltas administrativas y de todas sus circunstancias, para determinar la culpabilidad o inocencia del o de los sumariados y en especial:

a) Instruir los sumarios para los cuales haya sido designado, observando las disposiciones legales en vigencia.

b) Dictar las providencias que sean necesarias para impulsar el procedimiento.

c) Requerir directamente a todas las reparticiones provinciales los informes que considere indispensable sin necesidad de seguir la vía jerárquica. Los organismos deberán evacuar los informes requeridos en la forma establecida en el apartado LXI.

d) Elevar al Director de Sumarios el informe correspondiente en forma sucinta y clara, no debiendo exteriorizar su opinión.

XV. El instructor sumariante no podrá realizar ningún acto de procedimiento sin providencia previa que lo ordene.

XVI. El instructor podrá requerir la designación de secretarios letrados cuando la complejidad de la cuestión o el número de los sumarios a su cargo lo hagan necesario.

En este caso, el secretario letrado podrá realizar por sí todas las medidas procesales tendientes a la sustanciación del sumario con excepción de:

- 1) Apertura a prueba de cargo y de descargo.
- 2) Imputación.
- 3) Providencia que propicie el sobreseimiento.
- 4) Proveimiento de peticiones del o de los sumariados.
- 5) Cierre del sumario e informe final.

XVII. El sumariado podrá recusar al instructor por algunas de las siguientes causas:

a) Parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado civil o segundo por afinidad con alguno de los involucrados o denunciante.

b) Ser o haber sido denunciado o acusado por un delito o falta disciplinaria por alguno de los involucrados o denunciante.

c) Ser o haber sido denunciador o acusador del que recusa.

d) Tener interés directo o indirecto en el resultado del sumario, que se manifieste por parcialidad evidente en la investigación.

e) Tener el instructor, su cónyuge o sus parientes consanguíneos hasta el cuarto grado o afines hasta el segundo, pleito pendiente con el recusante.

f) La amistad íntima con alguno de los involucrados o denunciante, que se manifieste por frecuencia en el trato.

g) Enemistad manifiesta o resentimiento por hechos graves y conocidos con involucrados o denunciante.

h) Ser o haber sido tutor o curador de involucrados o denunciante.

i) Tener comunidad de intereses con involucrados o denunciante.

j) Ser acreedor, deudor o fiador de involucrados o denunciante.

k) Haber recibido el instructor de parte del imputado beneficio de importancia o después de iniciado el sumario, presentes o dádivas, aunque sean de poco valor.

l) Las causales de recusación enunciadas precedentemente alcanzarán igualmente al representante o patrocinante del inculgado.

El instructor que se encuentre en alguna de las circunstancias enumeradas deberá excusarse.

La recusación no suspende el curso del sumario, salvo en lo que atañe a la declaración del sumariado, pudiendo designarse transitoriamente otro instructor mientras se sustancia el correspondiente incidente.

Las causales de recusación y excusación antes enunciadas, serán de aplicación también para los secretarios letrados que pudieren ser designados.

XVIII. Los incidentes de recusación o excusación serán sustanciados por cuerda separada y deberán ser planteados en la primera presentación que haga el sumariado, salvo que se trate de hechos sobrevinientes. Si la recusación la formula el denunciante, éste deberá efectuarla dentro de los tres días de haber conocido los hechos que dan motivo a la misma.

El recusante deberá ofrecer la prueba en el mismo escrito en el que formule la recusación, la que será prorrogada por el Director de Sumarios por razones debidamente fundadas.

XIX. El incidente será resuelto por el Director de Sumarios, cuya decisión será irrecorrible.

XX. Resuelta desfavorablemente la recusación o excusación, se devolverán las actuaciones al instructor que entiende originalmente. Si, por el contrario, se hace lugar, en el mismo acto se procederá a la designación del nuevo instructor sumariante o a la ratificación del designado transitoriamente.

Cuando el planteo de recusación o excusación comprende al secretario letrado solamente, las actuaciones permanecerán a cargo del instructor actuante, sin perjuicio de lo que se resuelva respecto de aquél. En caso de acogerse al planteo de recusación o excusación, se procederá a la designación de un nuevo secretario en el mismo acto.

5. Secreto de sumario

XXI. El sumario será secreto hasta que el instructor dé por finalizada la prueba de cargo.

6. Actuaciones en general

XXII. Las actuaciones del sumario deberán realizarse por escrito, utilizándose preferentemente la escritura a máquina.

XXIII. De todas las diligencias que se practiquen se levantará acta o certificación, con indicación del lugar y fecha, la que será firmada por todas las personas que hayan intervenido en ella. El instructor deberá rubricar cada una de las hojas que utilice mediante su firma, juntamente con los intervinientes, y sellos correspondientes.

Cuando la persona no supiere o no pudiese firmar, se hará constar esta circunstancia al pie de la actuación y en ese caso la suscribirá otro a su ruego. Cuando se negare a firmar, se procurará documentar el hecho con el testimonio de dos personas a quienes constare esa negativa.

Ante la ausencia de testigos, la constancia del instructor será considerada suficiente a los fines indicados.

El instructor deberá entregar copia certificada del acta a la persona interesada en el momento de la declaración, si se lo requiere.

XXIV. Las raspaduras, errores, interlineaciones etc., en que se hubiere incurrido durante el acto, serán salvadas al pie del acta y antes de la respectiva firma, bajo pena de nulidad de la diligencia. No podrán dejarse claros ni espacios de ninguna naturaleza antes de la firma.

XXV. Bajo ninguna circunstancia los sumariados o sus representantes podrán retirar las actuaciones de la Dirección de Sumarios. La violación de esta prohibición hará incurrir en falta grave tanto a quienes retiren las actuaciones como a quienes faciliten la maniobra.

XXVI. En lo no previsto en materia de actuaciones, se aplicarán las disposiciones del decreto-ley 7647/1970 o la norma que lo reemplace.

7. Notificaciones, citaciones y emplazamientos

XXVII. Deberán ser notificadas las siguientes providencias:

- a) La que dispone el otorgamiento de las vistas legales (apartados LXXIII y LXXX).
- b) La que provee la prueba de descargo.
- c) Las que fijen audiencias de testigos de cargo y de descargo.
- d) Las que denieguen peticiones.
- e) Las intimaciones.

Las restantes providencias sólo serán notificadas si, a criterio del instructor, la falta de ese requisito pudiere afectar el derecho de defensa.

Las notificaciones se efectuarán personalmente, por cédula, por telegrama colacionado o por carta documento preferentemente.

Las efectuadas por otros medios se considerarán válidas, cuando de las mismas se desprenda sin duda alguna que lo que se pretende notificar ha llegado a conocimiento pleno del destinatario.

Se presume dicho conocimiento cuando consten en el expediente notificaciones personales de providencias de fecha posterior.

XXVIII. Cuando se efectuare personalmente, la misma estará a cargo del instructor, pudiendo practicarse por intermedio del jefe inmediato del agente en el lugar donde presta servicios, debiendo éste firmar y quedar debidamente acreditada la fecha en que se formaliza la notificación, lo que refrendará el jefe con su firma.

XXIX. La cédula contendrá:

- a) El número de expediente.
- b) El nombre y el domicilio de la persona a notificar y el carácter de ese domicilio.
- c) La transcripción de la parte resolutive y de su motivación.
- d) Lugar, fecha y la firma del funcionario correspondiente. Si el domicilio fuere constituido, el notificador dejará al interesado o cualquier otra persona mayor de dieciocho años que manifieste ser de la casa en ausencia de aquél, copia de la cédula, haciendo constar en la misma bajo su firma, el día y hora de la entrega.

El original de la cédula se agregará a las actuaciones con constancia de lo actuado, lugar, día y hora de la diligencia, suscripta por el notificador, el interesado o quien la hubiere recibido.

En los casos en que se negaren o no pudieren firmar, el notificador dejará debida constancia. Si se negaren a recibirla, la fijará en la puerta del domicilio constituido. De igual forma procederá en caso de hallar cerrado el domicilio.

Si el domicilio fuere denunciado, el notificador requerirá la presencia del interesado.

En caso de encontrarlo, o en ausencia de éste cualquiera que fuera el tiempo o la causa de la misma, procederá en la forma señalada para el domicilio constituido.

Si no se hallare persona alguna dentro del lugar de la notificación, devolverá la cédula informada. De igual modo procederá si los moradores manifiestan desconocer al interesado o no encontrare el domicilio de la notificación.

XXX. Cuando la notificación no pudiere realizarse en el domicilio constituido en las actuaciones o en el que hubiere fijado el agente de conformidad con lo dispuesto en el art. 78, inc. o) de la ley, por ser aquél falso o inexistente o por haber sido alterado o suprimida la numeración, el encargado de la notificación lo hará constar bajo su firma, en cuyo caso se tendrá por cumplida la misma en la oficina donde se encontrare el expediente.

A tal efecto, el funcionario que corresponda pondrá nota de esta circunstancia, consignando bajo su firma la fecha correspondiente, a los fines del cómputo del plazo pertinente y se reservarán las actuaciones hasta el vencimiento del mismo.

XXXI. Cuando la notificación se hiciera por carta documento o por telegrama colacionado, éstos contendrán las enunciaciones fundamentales de la célula, consignando la parte resolutive y la motivación del acto.

La fecha de notificación de este caso, será la de constancia de la entrega de la carta documento o del telegrama colacionado.

XXXII. Los Organismos Sectoriales de Personal, al tomar conocimiento del cambio de domicilio de un agente que se halla bajo sumario, deberán comunicarlo en forma inme-

diata a la Dirección de Sumarios, con expresa indicación del número del expediente en que se ordenó el mismo

Esta obligación regirá sin perjuicio de la comunicación que deberá hacer el agente sumariado, en forma directa ante la Dirección de Sumarios.

8. Medios de prueba

A) Declaración del inculpado

XXXIII. Cuando se proceda a citar a un agente comprendido en la orden de sumario, se le recibirá declaración indagatoria, sin exigirle juramento o promesa de decir verdad.

Si la instrucción considerara que un agente no mencionado en la orden de sumario, pudiere llegar a ser responsable del hecho investigado o existiera estado de sospecha, procederá a recibirle declaración informativa en las mismas condiciones que al sumariado, sin que ello implique atribuirle tal carácter.

En ambos casos, deberá constar en el acta el carácter de declaración y de las garantías que lo amparan.

Dichas garantías, además de la falta de juramento o promesa de decir verdad, consisten en el derecho de negarse a declarar y la inexistencia de presunción en su contra por tal negativa.

El acta de la indagatoria deberá ajustarse, en cuanto no se oponga el carácter de la misma, a las normas establecidas para la declaración testimonial.

La oposición del indagado a la suscripción del acta, se interpretará como negativa a declarar.

En ambos casos, el declarante puede ser asistido por defensor letrado, el que sólo podrá presenciar la audiencia sin facultades para intervenir en ella.

Se permitirá al declarante manifestar cuando tenga por conveniente para la explicación de los hechos, evacuándose las citas y demás diligencias que propusiere, si el instructor las estimara conducentes para la comprobación de las manifestaciones efectuadas.

El inculpado podrá ampliar su declaración cuantas veces lo desee, en cualquier estado del sumario, pudiendo incluso pedirse la presente medida a solicitud de otros imputados con consentimientos del inculpado.

B) Confesión

XXXIV. La confesión del sumariado hace prueba suficiente en su contra, debiendo reunir los siguientes requisitos:

a) Que sea hecha ante el instructor designado para instruir el sumario, sin que resulte válida la ratificación de declaraciones originadas en otros ámbitos.

b) Que no se presta por error evidente.

c) Que el hecho confesado sea posible y verosímil atendiendo a las circunstancias y condiciones personales del sumariado.

d) Que recaiga sobre hechos que el mismo conozca por la evidencia de los sentidos y no por inducción.

e) Que el hecho esté acreditado y la confesión concuerde con sus circunstancias y accidentes.

La confesión no puede ser dividida en perjuicio del causante.

C) Testimonial

XXXV. El instructor tomará declaración testimonial a todas las personas a quienes considere en condiciones de suministrar información o datos que sirvan para la comproba-

ción de los hechos y sus circunstancias, sean o no agentes de la Administración Provincial, en las audiencias principal y supletoria que se fijen.

XXXVI. Las notificaciones a los testigos se efectuarán en la forma establecida en los apartados XXVI y siguientes. Si el domicilio fuere falso o no existiere, podrá tenerse por desistido al testigo indicado.

XXXVII. Los agentes de la Administración están obligados a prestar declaración. Si debidamente notificados no comparecen sin causa que los justifique, se harán pasibles de las sanciones que les pudiere corresponder. En las notificaciones se hará constar esta norma.

XXXVIII. No están obligados a declarar quienes no sean agentes de la Administración. Invitados a hacerlo, se dejará constancia de su negativa o incompetencia.

Si el testigo ofrecido en la defensa, debidamente notificado, no compareciere sin causa que lo justifique, se tendrá por desistido, conforme a lo establecido por el apartado LXXVI del presente artículo.

XXXIX. Están obligados a declarar pero no a comparecer:

a) Los enfermos o impedidos físicamente, quienes lo harán en el lugar en que se encuentren, donde concurrirá el instructor.

b) El Gobernador de la Provincia, las autoridades mencionadas en el art. 99, inc. b) de la ley y demás funcionarios provinciales de jerarquía equivalente, declararán por oficio, a tenor del interrogatorio pertinente que se transcribirá en el mismo. A excepción del Gobernador, los restantes funcionarios deberán devolver el oficio cumplimentando en el plazo de los cinco días de recibido el mismo.

XL. Toda persona mayor de doce años podrá ser llamada como testigo. Los menores de esa edad podrán ser oídos por causas debidamente fundadas al solo efecto de esclarecer los hechos.

XLI. De las declaraciones se levantará acta, la que además de las circunstancias referidas en el apartado XXIII de ese artículo deberá contener:

a) Nombre y apellido completo del declarante, edad, estado civil y nacionalidad, dejándose constancia del documento de identidad.

b) Profesión, empleo u oficio. En caso de ser agente de Administración, se consignará la dependencia en que se desempeña, el cargo que ocupa y la antigüedad.

c) Domicilio real y legal, en su caso.

XLII. Los testigos serán interrogados separadamente. Prestarán juramento de decir verdad e indicarán si conocen al imputado, si es pariente en qué grado, amigo o enemigo, acreedor o deudor, y si le comprenden algunos de los otros impedimentos que se le harán conocer, entre ellos, su interés en el resultado del sumario.

XLIII. Las preguntas deberán ser claras y precisas y no podrán formularse en forma capciosa, sugestiva o hiriente. Tampoco se podrán formular amenazas de ninguna clase ni preguntas que puedan afectar al fuero privado o el carácter íntimo, extrañas al asunto que se ventila.

XLIV. El testigo no está obligado a contestar en forma precipitada. Las preguntas le serán repetidas, siempre que se advierta que no las ha comprendido, y con mayor razón, cuando la respuesta no concordare con el contenido de la pregunta. El declarante podrá dictar por sí mismo sus declaraciones, pero no podrá traerlas escritas de antemano.

En el acto se procurará asentar las mismas palabras y expresiones vertidas por el declarante, quien deberá dar razón de sus dichos.

XLV. El sumariante deberá interrumpir el interrogatorio cuando advierta señales de fatiga en el testigo, reanudando el mismo cuando hubiere desaparecido el impedimento para continuar la declaración.

XLVI. Concluido el acto y si el interrogado se negare a leer su declaración o no pudiera hacerlo, el sumariante procederá a su lectura en voz alta y clara, dejando expresa constancia de ello.

El declarante deberá manifestar si se ratifica de su contenido o si, por el contrario, tiene algo que añadir o enmendar. Si no se ratificara en todo o en parte, se hará constar el hecho y las causales invocadas, pero en ningún caso se testará lo escrito sino que las nuevas manifestaciones se agregará a continuación de lo actuado, relacionando cada punto con lo que conste con precedencia y sea objeto de modificación.

D) Testimonial

XLVII. Cuando las declaraciones obtenidas en el sumario discordaren en algún hecho o circunstancia que convenga dilucidar, se tratará en los interrogatorios de aclarar las discrepancias y en este último caso, el instructor procederá a efectuar los careos correspondientes.

XLVIII. Para llevar a cabo un careo, se procederá de la siguiente forma:

a) Llenadas las formalidades previas de estilo, relacionadas con la identidad de los intervinientes, se dará lectura a los careados de las partes de sus respectivas declaraciones que se consideren contradictorias entre sí, llamándoles la atención sobre ellas a fin de que entre sí se reconvengan para obtener la declaración de la verdad, pudiendo los careados solicitar la lectura íntegra de lo declarado.

b) Se consignarán por escrito las preguntas y respuestas que por intermedio de la instrucción mutuamente se hicieran los careados, en la forma más ajustada a la realidad.

c) No se permitirá que entre ellos se insulten o amenacen ni falte el decoro público.

d) Se dejará constancia de todas las particularidades que resulten o puedan resultar convenientes.

e) Todos los intervinientes firmarán la totalidad de las hojas utilizadas en la diligencia, previa lectura y ratificación.

XLIX. En un mismo acto podrán carearse más de dos (2) personas. El careo entre inculpados se verificará en la misma forma, pero sin recibirles juramento de decir verdad. Los careos de inculpados con testigos podrán efectuarse a pedido de los primeros o de oficio, pero siempre con el consentimiento de los segundos.

L. Si se hallare ausente alguna de las personas que deban ser careadas, se leerá al que se encuentre presente su declaración y las particularidades del ausente en las que discordase, y las explicaciones que de sus observaciones haga para confirmar, variar, o modificar sus anteriores asertos, se consignarán en la diligencia. Posteriormente podrá completarse el restante medio careo.

E) Pericial

LI. Se procederá a recabar informe pericial siempre que para el examen de una persona o para la apreciación de un hecho o de sus circunstancias, se requieran conocimientos especiales en algún arte, técnica, ciencia o industria.

LII. Se nombrará un solo perito por cada rama del arte, técnica, ciencia o industria. Excepcionalmente podrá aumentarse su número, que en ningún caso se excederá de tres (3), cuando la complejidad de los hechos lo haga procedente.

LIII. Las pericias se confiarán a los agentes de la Administración Provincial, aun cuando no estuvieran comprendidos en la ley 10.430 y sus modificatorias, que tengan título en la ciencia, arte o industria a que corresponda el hecho sobre el cual deben expedirse, siempre que la profesión relativa a la ciencia, arte o industria esté reglamentada.

Si no lo estuviere, se podrán designar personas entendidas aunque no tuvieren título. Los agentes de la Administración deberán efectuar la pericia como si se tratase de una obligación inherente al cargo.

LIV. Cuando la Administración Pública Provincial no contase con profesionales o expertos en la ciencia, arte o industria a que corresponda el hecho a investigarse, excepcionalmente podrá recabarse al Poder Judicial la designación de un perito de la Dirección General de Asesoría Pericial y si tampoco contaren con un profesional en la especialidad, podrá requerirse la designación a organismos o reparticiones nacionales. La Administración se hará a cargo de los costos que demande la pericia.

LV. Las causales de recusación y excusación previstas para los instructores serán de aplicación para los peritos designados.

Este derecho podrá ser ejercido dentro de los tres días de la notificación o de tomar conocimiento de la causa, cuando fuere sobreviniente o desconocida. A los efectos anteriores la autoridad que designe al perito deberá practicar la notificación fehaciente de ello al sumariado y transcurrido el plazo aludido, sin que hubiere oposición y transcurrido el plazo aludido, sin que hubiere oposición, quedará firme la designación. De mediar oposición, la misma tramitará en incidente por separado y será resuelta por el instructor actuante. En caso de acogerse, devolverá las actuaciones al funcionario designante para que proceda al reemplazo del perito. La decisión que adopte el instructor será irrecurrible.

LVI. El informe pericial será redactado por escrito, bajo juramento de decir la verdad, con indicación de lugar y fecha. El informe deberá ser presentado dentro de los seis días de haber sido notificado el perito. A pedido del mismo, este término podrá ser ampliado por otros seis días, cuando la complejidad del asunto lo haga procedente. Por excepción y por causas debidamente fundadas, la autoridad de la que dependa el perito podrá prorrogar los plazos. Vencidos el primero o segundo de los términos acordados sin que el perito comunicare el informe ni solicitare ampliación de plazo, el mismo será considerado incurso en falta. Si además se advierte morosidad, la falta será considerada grave. Al producirse la demora, el Director de Sumarios comunicará lo ocurrido a la autoridad de la que dependa el perito.

F) Documental

LVII. Se agregarán al expediente todos los documentos que se presentaren durante la instrucción, que tuvieren relación con el sumario.

LVIII. Los documentos existentes fuera de la jurisdicción del instructor o que por la circunstancia del caso no puedan ser agregados, podrán ser compulsados en el lugar en que se encuentren y en caso necesario, se extraerá o recabará copia testimoniada de los mismos.

LIX. Los documentos privados serán sometidos a reconocimientos de aquellos a quienes pertenecieran, para lo cual deberán ser citados poniéndose de manifiesto los instrumentos a reconocer.

LX. Los organismos de la Administración están obligados a poner a disposición del instructor los documentos que fueren recabados por éste, como así también expedir copia testimoniada, pudiendo el instructor proceder al secuestro de los mismos en caso de ser necesario.

Las copias podrán ser obtenidas por cualquier medio que sea factible (mecanografiadas, fotografiadas, etc.), debiéndose certificar sobre su autenticidad, según el caso, por el instructor o por quien las expida.

G) Informativa

LXI. El instructor está facultado para requerir, mediante oficio, los informes que estime necesarios para el esclarecimiento de los hechos y sus circunstancias, no resultando

necesario para ello seguir la vía jerárquica. Los organismos requeridos deberán contestar los informes dentro de los dos días de recibido el oficio. El incumplimiento de esa norma por parte del responsable del organismo, lo hará incurrir en falta grave. Si por razones fundadas, para suministrar el informe pedido se necesitare un lapso mayor, deberá comunicarse de inmediato esta circunstancia al instructor.

LXII. En los pedidos de informe a organismos ajenos a la Administración Pública Provincial, a petición de los imputados, se podrá imponer la carga de su diligenciamiento a éstos, a cuyo efecto se le otorgará un plazo de hasta diez días, bajo apercibimiento de tener por desistida dicha prueba.

Dentro del término conferido, a petición del imputado y mediando razones debidamente fundadas, la instrucción podrá prorrogar dicho término, siempre bajo el mismo apercibimiento.

H) Reconocimiento

LXIII. Si fuere necesario el reconocimiento de algún lugar, se realizará inspección ocular. Cuando ésta deba efectuarse en lugares bajo dependencia de la Administración provincial, los funcionarios a cargo de los organismos respectivos estarán obligados a facilitar el cumplimiento de aquélla.

En el supuesto de que se trate de lugares no dependientes de la Administración, la inspección ocular no podrá realizarse si no mediare conformidad de tercero con derecho para oponerse a la misma.

LXIV. El instructor procederá a labrar acta detallando las circunstancias de interés para la investigación.

Asimismo, podrá confeccionar plano y croquis, tomar fotografías y recoger las pruebas que encontrare en el lugar.

LXV. Los inculpados podrán concurrir con sus representantes o letrados y formular las observaciones pertinentes, de las que se dejará constancia en el acta.

I) Diligenciamiento

LXVI. Cuando cualquiera de las medidas de prueba deba ser cumplida fuera del asiento del instructor sumariante, éste podrá requerir su ejecución a las municipalidades u otros organismos provinciales del lugar, los que deberán producirlos de inmediato con intervención de sus organismos específicos.

J) Disposiciones comunes

LXVII. Las decisiones de la instrucción en materia probatoria serán irrecurribles.

LXVIII. Para lo que no esté previsto en materia probatoria, serán de aplicación supletoria las normas del Código de Procedimiento Penal, en cuanto no se opongan a la presente reglamentación.

9. Conclusión de la prueba de cargo

LXIX. Concluida la prueba de cargo, el instructor dispondrá el levantamiento del secreto del sumario.

LXX. Si, a juicio del instructor, se encontrare acreditada la comisión de falta administrativa e individualizado el o los autores, procederá a dictar auto de imputación, el que deberá contener en sus considerandos:

a) La exposición metódica de los hechos, relacionándolos, con las pruebas agregadas al expediente.

b) La participación que en ellos tuvieren cada uno de los imputados, mencionando claramente a los mismos, por sus nombres y apellidos completos.

Las circunstancias atenuantes y agravantes, que puedan modificar la responsabilidad de los imputados, desde una base estrictamente probatoria, sin poder incurrir en valoraciones que vayan más allá de la comprobación o no de la existencia de la falta.

En la parte dispositiva, contendrá:

a) El encuadramiento legal que corresponda a los hechos relacionados y a la sanción disciplinaria que estime aplicable.

b) El otorgamiento de traslado para descargo y ofrecimiento de prueba a los imputados.

LXXI. El auto de imputación es irrecurrible, sin perjuicio de la disconformidad que pudiera manifestar el inculcado.

LXXII. No existiendo, a criterio del instructor, elementos de juicio suficientes para la prosecución de las actuaciones, propiciará el sobreseimiento, elevándolas al Director de Sumarios.

El auto que lo disponga deberá contener, en lo pertinente, los requisitos enunciados en el apartado LXX.

El Director de Sumarios examinará las actuaciones y si compartiere el temperamento propuesto, las remitirá a la Junta de Disciplina con opinión fundada.

Caso contrario las devolverá al instructor, ordenándole la sustanciación de las medidas de pruebas que estime pertinentes.

Podrá asimismo disponer se dicte providencia de imputación, en cuyo caso deberá designar nuevo instructor en el mismo acto. También podrá disponer el dictado de nuevo auto de imputación, prosiguiéndose con el procedimiento establecido a partir del apartado siguiente.

10. Derecho de los imputados

LXXIII. Dictada la providencia de imputación, se dará vista de todo lo actuado al imputado por el término de diez días, dentro de los cuales deberá efectuar su descargo y proponer las medidas de prueba que crea oportunas para su defensa. Cuando haya más de un imputado, los términos serán independientes y comenzarán a correr a partir del día siguiente hábil en que cada uno se haya notificado de la vista.

LXXIV. En su escrito de descargo el inculcado deberá constituir domicilio en forma clara y precisa, el que se considerará subsistente para todos los efectos legales mientras no designe otro, no pudiendo constituirlo en oficinas públicas.

En el caso de que así no lo hubiere hecho, se tendrá por constituido el domicilio declarado en cumplimiento de la obligación establecida en el art. 78, inc. o) de la ley.

Asimismo, deberá ofrecer la totalidad de la prueba que estime necesaria, la que se sustanciará de acuerdo con las formalidades establecidas para la investigación, en las normas de la presente reglamentación, cualquiera sea la denominación que le asigne el imputado.

El instructor sumariante no admitirá pruebas que no versen sobre hechos relativos al sumario y que sean manifiestamente improcedentes. La providencia que se dicte al respecto es irrecurrible, pero el Director de Sumarios, previo a dictar la resolución definitiva, o la Junta de Disciplina, podrán disponer su producción. Si el imputado lo considerare pertinente, dentro del plazo podrá presentarse ante la instrucción y manifestar verbalmente, dejándose constancia en acta, de los términos de su descargo. En ese caso, la instrucción consignará en el acta todo lo que le dictare el imputado y, que hiciera a su defensa.

LXXV. El imputado no podrá ofrecer más de cinco testigos, salvo que en el auto de imputación se hubiere valorado un número mayor de testigos de cargo en su perjuicio. Cuando haya propuesto un número mayor, el instructor tomará declaración a los cinco primeros de la lista presentada. Con respecto a los restantes, emitirá providencia fundada resolviendo con relación a la conveniencia de que depongan, para lo cual tendrá en cuenta la complejidad de los hechos y sus circunstancias.

Contra la resolución que se dicte no cabe recurso alguno, sin perjuicio de las facultades ampliatorias del Director de Sumarios y de los organismos que intervengan con posterioridad.

LXXVI. En el escrito de ofrecimiento de prueba se indicará domicilio o dependencia administrativa donde se desempeñen los testigos a los fines de su notificación, debiendo acompañarse, asimismo, los interrogatorios abiertos a cuyo tenor declararán.

En caso de incumplimiento de estos requisitos, el instructor intimará al imputado por un plazo de dos días para que subsane la omisión, bajo apercibimiento de tener por no ofrecida la prueba. El instructor podrá desestimar las preguntas que considere improcedente y formular las aclaraciones que considere pertinentes, sin recurso alguno en ambos casos. En el auto de proveimiento de prueba de descargo, se fijará la fecha y la hora en que se efectuará la audiencia. Asimismo se fijará fecha y hora para una audiencia supletoria, para el caso de que no pudiere concurrir a la primera. Si los testigos no comparecieran a ninguna de las audiencias fijadas, dentro del día siguiente al de la fecha fijada para la segunda, el instructor tendrá por desistida la prueba, salvo que el imputado, el día de la segunda audiencia, se presentare acreditando razones debidamente fundadas.

LXXVII. Los imputados o representantes y patrocinantes podrán intervenir en la audiencia con facultad de ampliar el interrogatorio, a través del instructor.

LXXVIII. Los documentos en poder del imputado se acompañarán también con el escrito de descargo; caso contrario se indicará en forma precisa el lugar en donde se encuentren. De tratarse de documentos privados, deberá indicarse quiénes y dónde deben ser citados para su reconocimiento. En caso de incumplimiento de estos requisitos, el instructor intimará por un plazo de dos días, para que se subsane la omisión, bajo apercibimiento de tener por no ofrecida la prueba. Cuando sea menester extraer copias fotográficas, mecanográficas o de otro tipo, la obtención de las mismas será a cargo de la Administración, siempre que no se tratare de copias que el imputado requiera de las actuaciones, para su control personal, en cuyo caso será a su cargo.

LXXIX. En el supuesto de que la prueba fuera ofrecida por el inculcado y deba recurrirse a la designación por sorteo de un perito de las listas confeccionadas por el Poder Judicial, las costas serán satisfechas por la Administración, al igual que si fuere designado por una repartición nacional.

Asimismo, podrá ofrecer a su exclusivo cargo, cualquiera fuere el resultado del sumario, la designación de un perito particular para actuar en forma conjunta con el o los designados por la Administración, ajustando su labor a lo establecido en el título 8º, punto E) del presente artículo.

El cometido de ese perito particular será responsabilidad exclusiva del proponente y su incumplimiento por cualquier circunstancia permitirá tener por desistido el ofrecimiento.

LXXX. Concluida la prueba de descargo, se correrá nuevo traslado de las actuaciones a cada imputado, para que alegue sobre el mérito de la producida dentro del término de cinco días.

LXXXI. Los escritos podrán ser presentados hasta el día siguiente hábil de su vencimiento, dentro de las dos primeras horas del horario administrativo.

Transcurrido el término para la formulación del descargo y ofrecimiento de la prueba y/o alegato sin que el inculpado lo haya hecho, el instructor dictará providencia que le dé por decaído el ejercicio de esos derechos.

LXXXII. Los plazos previstos en los apartados LXXXIII y LXXXIV serán prorrogados en función de la distancia, a razón de un día por cada doscientos kilómetros o fracción que no baje de cien kilómetros de la ciudad en la que se otorguen las vistas.

LXXXIII. El instructor procederá a decretar el cierre del sumario en las siguientes circunstancias:

a) Cuando el imputado no hubiera presentado el descargo y se haya dado por decaído el ejercicio de ese derecho.

b) Cuando presente descargo y no ofrezca prueba a producir.

c) Cuando haya alegado sobre el mérito de la prueba de descargo o se le haya dado por decaído el ejercicio de ese derecho.

LXXXIV. Se podrá otorgar representación por carta poder, certificada la firma por autoridad administrativa, judicial o policial o en acta ante la instrucción, a profesionales del derecho.

Para la representación o patrocinio letrado se aplicarán las normas de las leyes 5177, 6716 y decreto-ley 8904/1977 o las normas que, en su caso, las reemplacen o modifiquen.

1. Procedimiento sumarial

El art. 92 es el primero de los artículos de la ley 10.430 que se refiere al trámite del procedimiento sumarial.

En dicha norma se diferencian las autoridades que pueden pedir la instrucción del sumario de aquellas que pueden ordenarlo.

En el primer caso podrá ser el titular de toda unidad orgánica aprobada por estructura; en cambio, la orden del sumario tiene que emanar de autoridad cuya jerarquía no sea inferior a director provincial o general con jurisdicción sobre el órgano o el lugar donde hubiere ocurrido el hecho³⁰⁴. La sustanciación la realiza la dependencia del organismo central de la administración de personal con competencia específica, ésta es la Dirección de Sumarios dependiente de la Dirección Provincial de Personal de la Provincia de Buenos Aires.

La reglamentación del art. 92 se ocupa no sólo del trámite de inicio sino de la regulación de prácticamente todo el procedimiento sumarial.

En su encabezado se precisa que la autoridad competente para conocer en el procedimiento sumarial es la Dirección de Sumarios, *a posteriori* se especifica una serie de facultades, no todas relativas al procedimiento sumarial, tal el caso de la prevista en su inc. a), en el que se le asigna una potestad de tipo funcional al prever dentro de su atribución de organizar la dirección, la facultad de proponer al Poder Ejecutivo—autoridad con competencia para aprobar modificaciones en la estructura orgánico funcional de la dependencia— la creación de organismos internos y en los incs. b), c) y d) se establecen prerrogativas de instrucción y dirección del procedimiento sumarial. En el primero de ellos la potestad de designar a los instructores que

³⁰⁴ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. IV, p. 14. El autor destaca que el acto inicial de apertura del sumario sea dispuesta, por acto administrativo fundado y previo dictamen jurídico, por una autoridad con jerarquía, tal el caso del ministro o secretario de Estado, y designando a un funcionario específicamente responsable de los aspectos formales del trámite, tales como su autenticidad, así como asegurar su imparcialidad.

sustanciarán los sumarios y, en su caso, secretarios letrados cuando el instructor lo requiera por la complejidad de la cuestión o lo justifique el número de sumarios a su cargo, tal como lo prevé el punto XVI del inc. 4° —instructores— de la reglamentación del art. 92.

En el inc. c) se dispone que el director de Sumarios debe resolver las cuestiones de procedimiento que surgieren del trámite del sumario; tales los casos del punto III del inc. 1° por el cual el director puede requerir las aclaraciones pertinentes respecto de la orden de sumario, la prórroga del plazo del sumario previstas en el punto V del inc. 3°, las suspensiones del sumario por razones justificadas prevista en el punto VIII del inc. 3°, el incidente de recusación al que menciona el punto XIX del inc. 4° y la prórroga para el ofrecimiento de prueba en dicho incidente que contempla el punto XVIII; la comunicación a la autoridad de la que dependa el perito en caso de mora de éste prevista en el punto LVI del subinciso E) del inc. 8° y la posibilidad de autorizar nuevas pruebas regulada en el punto LXXV del inc. 10.

En el inc. d) del encabezado del art. 92 de la ley se permite al director de Sumarios requerir directamente, sin necesidad de recurrir a la vía jerárquica, los informes que considere indispensables para la sustanciación del sumario a cualquier repartición provincial o municipal. Se dispone un plazo de cumplimiento de cinco días para los organismos provinciales. Este artículo está en consonancia con el 53³⁰⁵ del decreto-ley 7647 que dispone el pedido directo de informes a otro organismo para sustanciar las actuaciones. En idéntico sentido se atribuye en el punto XIV c) potestad al instructor para requerir a las reparticiones provinciales los informes que considere indispensables sin acudir a la vía jerárquica, los que deben contestar en dos días desde la recepción del oficio por remisión al punto LXI; en este último punto se consagra la misma potestad, se dispone el plazo para su contestación y se determina que la falta de respuesta es considerada grave, pudiendo pedir al instructor un lapso mayor por razones fundadas.

El director de Sumarios debe elevar las actuaciones para la prosecución del trámite a la Junta de Disciplina, ello puede ocurrir, en caso de proponer sobreseimiento, tal como lo dispone el punto LXXII del inc. 9° o de la conclusión del sumario, tal como lo establece la reglamentación del art. 93.

La última parte del encabezado alcanza al director de Sumarios con las mismas causales de recusación y excusación que para los instructores, previstas en el punto VII del inc. 4°, el incidente debe tramitar por separado y resuelto por el superior jerárquico, esto es, el director provincial de Personal.

2. Orden de sumario

El punto 1 del inc. I —orden de sumario— regula los elementos que debe contener dicha orden. En ésta deberán consignarse los hechos a investigar en forma clara y precisa; en el caso de poder hacerlo se debe individualizar a los agentes presun-

³⁰⁵ Art. 53, decreto-ley 7647/1970: "El organismo administrativo que necesitare datos de otros para poder sustanciar las actuaciones o informes, podrá solicitarlos directamente mediante oficio, del que se dejará copia en el expediente. A tal efecto las dependencias de la Administración Provincial, cualquiera sea su situación jerárquica, quedan obligadas a las colaboración permanente y recíproca que impone esta ley. El expediente se remitirá cuando corresponda dictaminar o lo requiera el procedimiento".

tamente involucrados, circunstancia que como dijimos es de importancia a la hora de hacer valer los actos de trámite sumarial como interruptivos de la prescripción, ya que de acuerdo con lo dispuesto en la reglamentación del inc. c) del art. 91 las causales son independientes para todos los responsables.

Junto con la orden debe acompañarse copia completa de los legajos personales de cada uno de los presuntos involucrados, el último domicilio declarado ante la dependencia de acuerdo con las exigencias previstas en el art. 78, inc. o) de la ley y un informe de concepto realizado por su superior inmediato, que contenga los siguientes ítems: idoneidad, laboriosidad y conducta. Si el agente no estuviere trabajando por cualquier motivo, el informe debe realizarlo el último superior jerárquico que haya tendido; por último, si no lo hubiere, consideramos que debe recurrirse al superior jerárquico inmediato que pueda cumplir con el informe y que pudo tener conocimiento del agente, de lo contrario cabe prescindir de dicho informe.

La orden de sumario no puede ser impugnada por los presuntos responsables, pero ello no quita que deban ser notificados, para lo cual hay que recurrir a los mecanismos previstos en el capítulo X "De las notificaciones" del decreto-ley 7647/1970, arts. 62 a 67.

Con respecto al domicilio, si bien debe considerarse subsistente el último declarado, cabe notificar dicho acto también en el domicilio real cuando éste sea diferente y ello sea de conocimiento fehaciente de las autoridades administrativas³⁰⁶, para lo cual la autoridad que emitió la orden debe comunicarlo a la Dirección de Sumarios, que debe ser el órgano emisor de la notificación. Esto se deriva del punto III al atribuirle al director de Sumarios competencia para evaluar la orden y determinar si cumple o no con los requisitos legales, pudiendo ésta requerir al emisor de la orden las aclaraciones pertinentes, las que deben ser evacuadas dentro de los dos días de recepcionado el pedido.

3. Sumario y acciones presumariales

Cabe distinguir el procedimiento sumarial propiamente dicho de las actuaciones presumariales, acciones presumariales o información sumaria, prevista expresamente —aunque en forma referencial— en el inc. 1° de la reglamentación del art. 91, punto I por decreto 4161/1996 dentro de las causales interruptivas de la prescripción. Este tipo de actuación es aquella que llevan a cabo, en general, las áreas de personal de los distintos organismos como paso previo a la solicitud de orden de instrucción del sumario con el objetivo de investigar y determinar si existen irregularidades que pudieren dar lugar a la solicitud de actuaciones sumariales³⁰⁷.

4. Instrucción del sumario

El inc. 2° punto IV, dispone que la instrucción del sumario será llevada a cabo por el instructor que designe el director de Sumarios, sin perjuicio que éste deba intervenir en las oportunidades que se han señalado y que determinadas tareas sean

³⁰⁶ GARCIA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 32 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 343.

³⁰⁷ APESTEGUÍA, Carlos A., *Sumarios...*, cit., p. 34.

realizadas por un secretario letrado cuando éste sea designado conforme lo dispone el punto XVI del inc. 4º con motivo de la complejidad de la causa y la cantidad de sumarios a cargo del instructor.

5. Plazos de sustanciación de los sumarios

El punto V establece como plazo para la sustanciación del sumario el de sesenta días, el que puede ser prorrogado por el director de Sumarios a pedido del instructor cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, lo que implica que la decisión tiene que plasmarse en un acto fundado.

El punto VI dispone que las actuaciones deben ser entregadas al instructor dentro de los diez días de su designación y a partir de allí comienza a contarse el plazo de sesenta días.

El punto VII y el punto VIII disponen causales de interrupción y suspensión del plazo de sustanciación; por el primero de ellos se interrumpe el trámite cuando el expediente sea solicitado en forma justificada por autoridades administrativas o judiciales que lo requieran en uso de prerrogativas o deberes establecidos por ley; la solicitud podrá estar vinculada o no con la cuestión investigada. Por el punto VIII, la suspensión se puede disponer por razones justificadas, para lo cual debe estar autorizada por el director de Sumarios, aplicándose aquí el mismo principio que para la prórroga del procedimiento prevista en el punto V.

El punto IX enuncia como causal de falta disciplinaria la demora injustificada del sumario para quien resultare responsable, estipulando que el exceso en los plazos no produce la nulidad de la instrucción.

El punto X establece como plazo supletorio en toda contestación de vistas o traslados el de cinco días.

El punto XI dispone una excepción al art. 106 de la ley que establece como principio, salvo disposición en contrario, que los términos en el procedimiento disciplinario son perentorios y se computan por días hábiles laborales con carácter general para la Administración Pública, ya que dispone que para las diligencias que deban practicar instructores, gestores, partes —entendemos también notificadores—, fuera de la Dirección de Sumarios, se considerarán horas hábiles las que median entre las 7 y las 20.

El punto XII establece que el instructor puede habilitar horas y días hábiles cuando las circunstancias lo requieran; la norma no dispone que ello deba requerirse al director, por lo que, conforme su redacción, cabe entender que el instructor las puede habilitar por sí mismo. Si bien la segunda parte del punto prevé que la resolución que se dicte puede denegar el pedido, ello tiene su explicación en que las diligencias que se practiquen pueden ser también a petición del sumariado o sus representantes. Debe entenderse que éstos deben solicitar habilitación al instructor para realizarlas fuera del horario establecido en el punto XI. La resolución que se adopte es irrecurrible.

6. Instructores

El punto XIII prevé que para llevar adelante la sustanciación del sumario debe designarse un instructor que preferentemente tenga categoría igual o superior a la

del agente sumariado³⁰⁸ y tener título universitario de abogado, escribano o procurador. Con el primero de los requisitos se garantiza que las diferentes jerarquías no hagan perder autoridad al instructor; con la segunda versación en derecho respecto de quien debe recabar medios de prueba y realizar la calificación de los hechos para el dictado del auto de imputación (punto LXX) o la propuesta de sobreseimiento (punto LXXII).

El punto XIV asigna al instructor el deber de practicar todas las diligencias conducentes para probar las conductas presuntamente ilícitas y la eventual culpabilidad de los responsables. Enuncia algunos supuestos en cuatro incisos.

En primer lugar el inc. a) le exige instruir el sumario, lo que debe entenderse en armonía con el punto b) que exige dictar providencias que permitan impulsar el procedimiento; estas dos prescripciones le imponen actuar de oficio para la conclusión del trámite, dictando los actos cuando a él le correspondan y exigiendo a las partes o a terceros la diligencia de los trámites a su cargo, haciendo cumplir los plazos legales y reglamentarios.

El inc. c) habilita al instructor a requerir directamente, sin necesidad de hacerlo por intermedio de su superior, todos los informes que considere necesarios para el avance del trámite. Remite al punto LXI para determinar el plazo de contestación, el que debe ser de dos días desde la recepción del oficio, pudiendo el receptor pedir prórroga del plazo al instructor por razones fundadas. Se dispone que la no contestación del informe por el responsable del organismo constituye falta grave. Recordemos que el punto d) del encabezado de la reglamentación del art. 92 atribuye potestad al director de Sumarios para pedir informes sin necesidad de recurrir a la vía jerárquica; en estos casos, el lapso para contestarlos es de cinco días.

El inc. d) prescribe la obligación de elevar al director el informe final correspondiente al cierre del sumario, que debe redactar en forma sucinta y clara, es decir, sin mayores abundamientos y en forma precisa, prohibiendo al instructor emitir opinión.

En el punto XV se proscribe al instructor sumariante la realización de cualquier acto, sin providencia previa que lo ordene; de acuerdo con ello deberá, ante cualquier actuación, contar con acto previo dictado por sí, por el secretario letrado o por el director de Sumarios.

En el punto XVI de la reglamentación se consagra la posibilidad que tiene el instructor de pedir al director de Sumarios la designación de secretarios letrados, cuando lo justifique en la complejidad de la cuestión o en la cantidad de sumarios que tenga a su cargo. El secretario puede hacer todas las medidas procesales, salvo el acto de apertura a prueba de cargo y descargo, el auto de imputación, el acto por el cual se propicie el sobreseimiento, providencias que deban dictarse con motivo de peticiones del o los sumariados y el acto de cierre e informe final.

El punto XVII consagra el derecho del sumariado a pedir la recusación del instructor, como también del secretario letrado. Así también puede pedir la recusación del director de Sumarios conforme lo dispone el encabezado de la reglamentación del art. 92, la de los peritos designados conforme al punto LV, como también de los

³⁰⁸ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 846. Este autor señala como una de las reglas para asegurar la garantía del derecho de defensa la condición de que el instructor no tenga menor jerarquía a la del sumariado, por vulnerar valores de autoridad jerárquica, indicando que así lo ha resuelto la Corte Sup., LL, t. 146.

miembros o del presidente de la Junta de Disciplina, conforme lo dispone el inc. VI de la reglamentación del art. 94. Las causales de recusación obligan a las autoridades a excusarse.

Las casuales enunciadas difieren de las del la ley de procedimiento administrativo, ya que allí, en su art. 6º, se consagran en dos incisos las siguientes causales: tener parentesco con el interesado por consanguinidad dentro del cuarto grado o por afinidad hasta el segundo grado, tener interés en el asunto o amistad íntima o enemistad manifiesta con el actuante.

En el punto XVII se enuncian las siguientes causales de recusación:

En el inc. a), el parentesco del recusado con los involucrados o denunciantes. Aquí se diferencia del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, donde el parentesco con el denunciante no es causal de recusación o excusación, siempre que no coincida con uno de los sujetos interesados previstos en el art. 48, esto es, el imputado, la víctima, el particular damnificado, el actor civil, el citado en garantía o el civilmente demandado, aunque no hubiese constitución en parte. El parentesco debe ser hasta el cuarto grado por consanguinidad y segundo por afinidad.

El inc. b) impide actuar a quien es o ha sido denunciado por un delito o falta disciplinaria por alguno de los involucrados o denunciantes. Entendemos que este inciso debe ser interpretado restrictivamente en cuanto a que no consagra solamente el impedimento por una denuncia o acusación previa, circunstancia que, de producirse con posterioridad, puede tener la finalidad de apartar intencionalmente al instructor actuante.

El inc. c) impone como causal de recusación el ser o haber sido denunciador o acusador del que recusa; aquí el instructor debe actuar con prudencia al denunciar o acusar al agente sumariado, se entiende por causas diferentes a las que se investigan en las actuaciones que tiene a su cargo.

El inc. d) prescribe que podrá recusarse a quien tenga un interés directo o indirecto en el resultado del sumario, que se manifieste por parcialidad evidente en la investigación. El interés directo o indirecto en el resultado del sumario que se requiere está focalizado a la determinación de responsabilidad disciplinaria del sumariado, un ejemplo de intereses encontrados, lo podemos hallar en la concurrencia de ambos a un concurso donde el resultado excluiría o pondría en peores condiciones al sumariado. El interés puede ser previo o sobreviniente, la norma exige que se manifieste por parcialidad evidente en la investigación. Entendemos que cuando el recusante pudiere probar los hechos que invoca no debe esperarse a que en el sumario el instructor demuestre su parcialidad y en consecuencia correspondería evitar su designación.

El inc. e) dispone como supuesto de recusación la existencia de causa judicial entre el recusante y el instructor, su cónyuge, parientes hasta el cuarto grado por consanguinidad y segundo por afinidad. Aquí tampoco se distingue si lo es respecto de las causas previas o sobrevivientes.

El inc. f) estipula que deberá apartarse quien tenga amistad íntima, no sólo con los involucrados, sino también con los denunciantes, extendiendo el supuesto respecto del Código Procesal Penal previsto en el inc. 11º del art. 48 o del art. 6º del decreto-ley 7647/1970. Esta amistad tiene que ser intensa y manifestarse por frecuencia en el trato, no resulta causal de justificación el conocimiento personal que se tengan.

De la misma manera cabe interpretar al inc. g) en cuanto exige enemistad manifiesta o resentimiento por hechos graves y conocidos con involucrados o denunciantes. En este caso, la enemistad debe estar provocada por hechos graves, por lo que no sólo se exige demostrar la enemistad sino también los motivos por las cuales se produjo, así como también el conocimiento de éstos por parte de terceros.

El inc. h) impide, a quien fue representante necesario como tutor o curado de alguno de los involucrados o denunciantes, actuar en el sumario. Esta causal es válida y subsiste aun en el caso en que los menores tutelados adquirieren mayoría de edad y los incapaces estuvieren rehabilitados.

El inc. i) obliga a apartarse a las autoridades recusadas cuando tengan sociedad o intereses en común con los involucrados o denunciantes; esto supone una empresa en común, ya sea a través de una forma societaria o no. No puede encuadrarse como casual de recusación la relación que puedan tener las partes, por la realización de una de ellas de tareas no incompatibles con la función, tales como un oficio, comercio o servicios, salvo que la conducta de la autoridad actuante encuadre en el inc. j), es decir, que deba apartarse por su calidad de acreedor, deudor o fiador de los involucrados o denunciantes. Las autoridades pasibles de recusación deben actuar con suma prudencia no generando este tipo de vínculos obligacionales luego de haber sido designadas para actuar en la causa, lo que sin perjuicio de su apartamiento derotaría una conducta reprochable sujeta a responsabilidad disciplinaria.

El inc. k) exige la separación de la autoridad recusada cuando haya recibido beneficios de importancia del imputado con anterioridad a las actuaciones; debe entenderse por cuestiones ajenas a su desempeño laboral, ya que de lo contrario violaría la prohibición prevista en el inc. a) del art. 79 de la ley 10.430, que proscribía la percepción de estipendios o recompensas que no sean los determinados por las normas vigentes o aceptar dádivas u obsequios que se ofrezcan como retribución de actos inherentes a sus funciones o como consecuencia de ellas. La causal de recusación es más estricta si se recibiere algún obsequio luego de iniciadas las actuaciones, ya que prohíbe aceptar presentes o dádivas aunque sean de poco valor.

El inc. l) dispone que las causales de recusación alcanzan igualmente al representante o patrocinante del inculpado, debe entenderse que los hechos y actos previstos en los incisos anteriores se considerarán causal de recusación cuando se produzcan entre las autoridades y los representantes o patrocinantes de los sumariados.

7. Trámite de la recusación

El punto XVIII prevé que la recusación debe ser planteada en la primera presentación que haga el sumariado, se entiende antes de la actuación ante cada autoridad recusada; la norma prevé como excepción la circunstancia que la causal se produzca por hechos sobrevivientes. En el caso del denunciante se le otorga un plazo de tres días de haber conocido los hechos que dan motivo a ésta para efectuar la recusación. Entendemos que el mismo criterio cabe aplicar para el caso de hechos sobrevivientes respecto de la recusación hecha por cualquiera de los otros legitimados a hacerlo.

El incidente de recusación o excusación se debe sustanciar por cuerda separada y, de acuerdo con el último párrafo del punto XVII, el sumario no debe suspenderse por la presentación de la recusación, salvo que corresponda tomar declaración al sumariado, para lo cual puede designarse un instructor transitoriamente durante el

trámite del incidente de recusación. En el escrito de formulación de la recusación debe ofrecerse toda la prueba, si bien la norma dispone que esta obligación pueda ser prorrogada por razones debidamente fundadas.

De acuerdo con el punto XIX, el incidente de recusación del instructor debe ser resuelto por director de Sumarios, si es el caso del secretario letrado también las resolverá el director de Sumarios, quien de dar curso favorable a la causal de apartamiento dispondrá en el mismo acto la designación de otro instructor o la ratificación del que se hubiere designado transitoriamente en caso de corresponder; si hubiere rechazado las causales devolverá las actuaciones al instructor originario en el caso en que se hubiere designado uno transitorio. Cuando la recusación sólo involucre al secretario permanecerá el mismo instructor y, en caso de corresponder, se designará a otro secretario en el mismo acto. Para el caso de la recusación del perito, de acuerdo con el punto LV, la autoridad que debe resolver es el instructor, el pedido de recusación puede ser hecho dentro de los tres días de la notificación o, de tomar conocimiento de la causa, en el caso del presidente o los miembros de la Junta de Disciplina, el incidente será resuelto por el reglamento interno de ésta tal como lo prescribiere el punto VI de la reglamentación del art. 94 y, en el caso del director, éste debe ser resuelto por su superior, esto es, el director provincial de Personal, por el mismo procedimiento que el de los instructores.

8. Secreto de sumario

El punto XXI dispone que las actuaciones sean secretas hasta que el instructor finalice la prueba de cargo; el instructor dictará auto de imputación, conforme lo prevé el punto LXX.

El secreto de las actuaciones debe mantenerse siempre que la publicidad pueda perjudicar el correcto desenvolvimiento de las actuaciones³⁰⁹; de acuerdo con la reglamentación, durante toda la etapa instructiva en que el instructor procura las pruebas de cargo, el sumario permanecería vedado para el sumariado. Esta solución difiere notablemente con la adoptada por el Código Procesal Penal en la investigación de hechos de mayor entidad, reprimidos con sanciones mucho más gravosas.

Podemos apreciar cómo el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires dispone en su art. 280,³¹⁰ como principio general, el carácter público de las actuaciones, siendo el secreto una excepción que sólo puede disponerse en la etapa penal preparatoria cuando ello fuere necesario para la investigación del hecho y cuando la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad, entorpezca las diligencias o quite eficacia a los actos, realizados o a realizarse. La medida sólo

³⁰⁹ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 846.

³¹⁰ Art. 280, CPP Bs. As. (ley 11.922): "Carácter de las actuaciones. Todos los procedimientos son públicos.

"No obstante, en las causas criminales y en la Etapa Penal Preparatoria, cuando fuera necesario para la investigación del hecho, podrá disponerse el secreto de la investigación sólo por cuarenta y ocho (48) horas siempre que la publicidad ponga en peligro el descubrimiento de la verdad, entorpezca las diligencias o quite eficacia a los actos, realizados o a realizarse, siendo prorrogable por veinticuatro (24) horas, todo lo que deberá resolverse por auto fundado.

"Dicha medida no será oponible al Ministerio Público Fiscal, ni tendrá efecto sobre los actos irreproducibles".

puede disponerse por cuarenta y ocho horas, pudiendo prorrogarse por auto fundado por veinticuatro horas más.

No sólo se permite una participación activa del imputado u otros interesados, ya que a través del art. 273³¹¹ se los habilita a proponer diligencias que el fiscal podrá rechazar siempre que fundadamente exprese que ellas no son pertinentes o útiles, sino que el art. 276³¹² establece el derecho de las partes y sus auxiliares técnicos para asistir a registros domiciliarios, reconocimientos, reconstrucciones, pericias o inspecciones —salvo el caso de examen corporal y mental previsto en el art. 214—, imponiendo el Código por el art. 277³¹³ la obligación de notificar a las partes, defensores y mandatarios de las diligencias mencionadas, salvo el caso de registro domiciliario.

Debe destacarse la regulación expresa en el art. 60³¹⁴ del Código Procesal Penal del derecho a conocer su situación para quien resulte imputado. Así también, de acuerdo con el art. 312³¹⁵ del Código, el imputado, al prestar la declaración

³¹¹ Art. 273 (texto según ley 13.183), CPP Bs. As.: “Proposición de diligencias. Las partes podrán proponer diligencias. El Ministerio Público Fiscal las practicará cuando las considere pertinentes y útiles. Su resolución, en caso de denegatoria, será fundada e inimpugnable, sin perjuicio de lo dispuesto por el art. 334”.

³¹² Art. 276 (texto según ley 13.260), CPP Bs. As.: “Derecho de asistencia, actos definitivos e irrepetibles. Salvo el caso del art. 214, las partes y sus auxiliares técnicos tendrán derecho a asistir a registros domiciliarios, reconocimientos, reconstrucciones, pericias o inspecciones. El Ministerio Público Fiscal debe garantizar en todo momento el control de dichos actos por el imputado y su defensa, cuando por su naturaleza y características se puedan considerar definitivos e irrepetibles. En estos casos, se labrará acta conforme lo dispuesto por este Código”.

³¹³ Art. 277, CPP Bs. As.: “Notificaciones. Antes de proceder a realizar alguno de los actos que menciona el artículo anterior, excepto el registro domiciliario, se dispondrá, bajo sanción de nulidad, que sean notificadas las partes y sus defensores y mandatarios; pero la diligencia se practicará en la oportunidad establecida, aunque no asistan.

”Sólo en casos de suma urgencia se podrá proceder sin notificación o antes del término fijado, dejándose constancia de los motivos, bajo sanción de nulidad.

”Si la naturaleza del acto lo hiciere necesario se asegurará la fidelidad de la diligencia mediante un método seguro de registración que permita al Tribunal de Juicio integrar su convicción”.

³¹⁴ Art. 60, CPP Bs. As.: “Calidad. Instancias. Se considerará imputado a toda persona que en cualquier acto o procedimiento se lo indique o detenga como autor o participe de la comisión de un delito. Los derechos que este Código acuerda al imputado podrá hacerlos valer cualquier persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como participe de un hecho delictuoso desde el primer momento de la persecución penal dirigida en su contra.

”Cuando estuviere detenido, el imputado podrá formular sus instancias ante el funcionario encargado de la custodia, quien las comunicará inmediatamente al órgano interviniente. Desde el mismo momento de la detención o, no siendo deteniente el delito desde la primera diligencia practicada con el imputado, éste deberá ser anoticiado por la autoridad que intervenga que goza de las siguientes garantías mínimas:

”1.- Ser informado sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de los cargos que se le imputan.

”2.- A comunicarse libremente con un letrado de su elección, y que le asiste el derecho de ser asistido y comunicado con el Defensor Oficial.

”3.- Que no está obligado a declarar contra sí mismo ni a confesarse culpable.

”4.- Los derechos que le asisten con relación al responsable civil del hecho por el que se lo imputa —si lo hubiere— y también respecto del asegurador, en caso de existir contrato, como asimismo los derechos que le asisten respecto de requerir al asegurador que asuma su defensa penal”.

³¹⁵ Art. 312, CPP Bs. As.: “Formalidades previas. Terminado el interrogatorio de identificación se le informará detalladamente al imputado cuál es el hecho que se le atribuye, cuáles son las pruebas

prevista en el art. 308³¹⁶, debe ser informado detalladamente del hecho que se le atribuye y cuáles son las pruebas existentes en su contra, así también de su derecho a no declarar, todo bajo pena de nulidad.

A diferencia de éste, el procedimiento disciplinario regulado en el decreto 4161/1996 impone sin excepciones el secreto del sumario hasta la conclusión de la prueba de cargo, recién allí, de corresponder, se procede a dictar el auto de imputación por el que se le da participación al presunto responsable sumariado. Recordemos que, conforme al punto XXXIII, en la etapa de instrucción sumarial se le toma declaración indagatoria al inculcado, allí nada se dice respecto de la puesta en conocimiento de los hechos que se atribuyen y las pruebas existentes en su contra, sólo las garantías que lo amparan respecto de los efectos de su declaración.

Por otra parte, el propio punto XXXIII permite al declarante proponer al instructor citaciones y diligencias para la comprobación de las manifestaciones efectuadas, que se realizarán si el sumariante las considera conducentes. Este derecho se vería opacado si no se permite al agente sumariado conocer las constancias procedimentales, lo que por otra parte también iría contra el propio avance de la investigación por desplegar medidas pedidas ignorando parte de aquélla.

Asimismo: si no se les da traslado oportuno a las partes ¿cómo pueden hacer uso del derecho de recusar oportunamente al instructor, secretario letrado o perito designado durante la instrucción sumarial?

La norma no lo prevé expresamente, pero si ello no ocurre puede tomar conocimiento una vez avanzada la instrucción y presentarse una causa válida de reproche que, frente a los actos consumados, generaría un manto de duda que empañaría su validez. Es necesario destacar que el punto LV hace mención al derecho de recusar al perito dentro de los tres días de “la notificación o de tomar conocimiento de la causa”, estableciendo luego que la autoridad que lo designe debe practicar notificación fehaciente al sumariado. La norma no distingue si el perito es designado antes o

existentes en su contra, y que puede abstenerse de declarar sin que su silencio implique presunción de culpabilidad. Todo bajo sanción de nulidad.

”Si el imputado se negara a declarar, se hará constar en el acta. Si rehusare suscribirla, se consignará el motivo”.

³¹⁶ Art. 308 (texto según ley 13.260), CPP Bs. As.: “Procedencia y término. Existiendo elementos suficientes o indicios vehementes de la perpetración de un delito y motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en su comisión, el Fiscal procederá a recibirle declaración, previa notificación al Defensor bajo sanción de nulidad.

”Si lo solicitare motivadamente el imputado, podrá declarar ante la presencia del Juez de Garantías.

”Ningún interrogatorio del imputado podrá ser tomado en consideración cuando su abogado defensor no haya podido asesorarle sobre si le conviene o no declarar, o advertirle sobre el significado inculpatario de sus manifestaciones.

”Cuando el imputado se encuentre aprehendido o detenido, el acto deberá cumplirse inmediatamente o a más tardar dentro de las veinticuatro (24) horas desde el momento en que se produjo la restricción de la libertad. Este plazo podrá prorrogarse por otro igual cuando el Fiscal no hubiese podido recibirle declaración o cuando lo solicitare el imputado para proponer defensor.

”Aun cuando no existiere el estado de sospecha a que se refiere el párrafo anterior, el Fiscal podrá citar al imputado al solo efecto de prestar declaración informativa. En tal caso, el imputado y el letrado asistente tendrán todas las garantías, derechos y deberes correspondientes al imputado y defensor.

”Las declaraciones se producirán en la sede de la Fiscalía, salvo que las circunstancias requieran el traslado del Fiscal a otro sitio para recibirla”.

después de la instrucción, por lo que corresponde adoptar un criterio amplio por ser el más favorable al respecto de la garantía de imparcialidad.

Nada se especifica para el caso de la designación de instructores y secretarios letrados y, en caso de que esto ocurra, serán éstos quienes actúen desde el inicio del procedimiento. Si bien pueden existir razones valederas que exijan mantener el secreto de la investigación respecto del imputado ante las primeras actuaciones, no cabe duda que por lo menos el instructor debe precisar su identificación al momento de citar al agente sumariado a prestar declaración indagatoria (conforme lo dispone el punto XXXIII) y, en su caso, señalar la del secretario letrado.

Bartolomé Fiorini³¹⁷ destaca que las garantías que rigen el derecho procesal disciplinario fundamentan dos principios esenciales: el derecho amplio de defensa del agente sumariado y la imparcialidad del órgano instructor y, dentro de las garantías del derecho de defensa, entre otras, la notificación previa al sumariado de la designación del instructor para tener oportunidad de su recusación; así también señala que el ejercicio del derecho de defensa del agente no debe ser limitado, debiendo éste tener plena intervención y acceso a las actuaciones, en especial después que el instructor establezca el capítulo de cargos³¹⁸.

Luego determina, dentro de los principios que rigen el procedimiento disciplinario, varios que tienen por objetivo garantizar el pleno conocimiento de las actuaciones por el sumariado, tales como el de limitar el secreto de una parte de la faz sumarial investigativa al solo efecto de poder actuar el sumariante con mayor seguridad; así también la exigencia en la "requisitoria" —en nuestro caso, providencia de imputación— de contener una relación circunstanciada de los cargos y permitirle al agente sumariado un amplio conocimiento para ejercer su derecho de defensa designando letrado con acceso total al sumario³¹⁹.

El punto es que cuando el instructor concluye la prueba de cargo, muchas diligencias fueron consumadas sin la participación del agente sumariado o su letrado, lo que impide su control oportuno, muchas de ellas sin posibilidad de reeditarse³²⁰, lo que cercena claramente su derecho de defensa.

³¹⁷ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 846.

³¹⁸ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 847.

³¹⁹ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 849.

³²⁰ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. IV, cap. IV, p. 15. El autor da como razones, por las cuales la prueba testimonial no puede ser reeditada eficazmente, las siguientes: "... a) Por la situación del declarante —generalmente funcionario público, sometido entonces a las presiones o insinuaciones que pueda hacer la Administración—; b) por la circunstancia de no incurrir en falso testimonio a pesar de declarar falsamente —lo que le otorga impunidad en su declaración, más aun si ella no es controlada por el interesado—; c) por la misma dificultad en hacerlo concurrir a prestar declaración, lo que si bien constituye una obligación del cargo cuando lo llama la propia Administración, puede no serle exigido con igual celo cuando sea necesario que concorra nuevamente, esta vez a pedido del sumariado; d) por lo demás, las personas ajenas a la Administración, citadas como testigos, no están obligadas a comparecer ni pueden ser obligadas compulsivamente. Resulta obvio que si ellas concurrieron por su voluntad la primera vez que las llamó la Administración durante el secreto del sumario, se mostrarán seguramente renuentes a concurrir nuevamente, cuando se las cite por segunda vez a instancias del sumariado; e) finalmente cabe recordar, en relación a lo ilusorio y vano de ofrecer como paliativo probatorio la reiteración del procedimiento, una vez levantado el secreto del sumario, que ha quedado claro en la jurisprudencia estadounidense sobre la producción de pruebas testimoniales, que el daño de una pregunta tendenciosa reside en el mero hecho de hacerla, implantando así sugerencias en las respuestas del testigo. Si éste no puede ser controlado y corregido inicialmente, de nada vale llamarlo luego nuevamente a prestar declaración.

La anterior es una solución diferente a la consagrada en el Código Procesal Penal, como se expusiera precedentemente. Es por ello que las consecuencias del secreto sumarial, aun cuando al término de dicha etapa se ponga en conocimiento pleno de lo actuado al agente sumariado, resulta una solución insuficiente para resguardar el derecho de defensa de éste.

Agustín Gordillo³²¹ exige que el particular, en el caso el sumariado, tenga control de toda la producción de la prueba, salvo que norma expresa disponga el secreto de parte de ella, dando el ejemplo de los sumarios administrativos mientras se confecciona la prueba de cargo, siempre que la restricción sea razonable, ya que de lo contrario ésta sería inconstitucional. Cita en su apoyo sentencia de la Corte Suprema en causa "Dubois" (1960), obrante en Fallos 247:724, 726, en el que se considera violado el derecho de defensa a quien no ha tenido oportunidad de controlar la prueba producida.

Particularmente en el caso de los sumarios en la función pública exige que las pruebas testimoniales puedan ser controladas por el interesado y sus letrados, tenga derecho a formular preguntas, repreguntar en el mismo acto, etc. Señala que resulta inconstitucional la reserva de sumario mientras se sustancia la prueba de cargo. Entendiendo que esta situación se encontraría superada en el ámbito de empleo público nacional, al reconocerse la garantía del debido proceso adjetivo prevista en el art. 1º, inc. f) del decreto-ley 19.549/1972, al que remite el art. 29 de la ley marco de empleo público nacional, en ese sentido entiende que la reglamentación, al apartarse de éste, no sólo es inconstitucional sino también ilegal³²².

Señala que el control de la prueba debe extenderse a la producción y al conocimiento de sus resultados, en ello nada tiene que ver el carácter instructorio o inquisitorio del procedimiento de control de su producción. Ya que éste hace al mejor esclarecimiento de los hechos y a la adecuada producción de la prueba en defensa del administrado, fin al que se dirige también el derecho de alegar sobre esa prueba. Aspectos que, afirma, no son incompatibles con el carácter instructorio del procedimiento.

En este sentido Fernando García Pullés³²³ señala que el derecho a ser oído no se agota con la mera admisión de un plazo razonable para manifestarse en el procedimiento, cuando esa oportunidad no es acompañada del previo derecho a informarse sobre los hechos que se le atribuyen, los cargos que se le imputan y la pruebas que lo acrediten, dice que ésta es también una exigencia de los pactos internacionales incorporados a la Constitución Nacional por su art. 75, inc. 22. Entiende que la generalización del secreto del trámite cercena el derecho a ser oído si no tiene justificación que lo avale. Observa que no debe dejarse de lado que la tramitación de algunas investigaciones exige el secreto para evitar que se perjudiquen pruebas o la aclaración de aspectos que pudieran vincular a terceras personas, lo que no implica que se constituya en una regla general del procedimiento de investigación. Así también señala que el secreto como principio general colisiona con el anexo VII del decreto

En consecuencia, corresponde que el interesado plantee en los casos ocurrentes, ante la Administración primero y la justicia después, el desconocimiento de su garantía constitucional".

³²¹ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. IV, cap. VII, ps. 16 y ss.

³²² GORDILLO, Agustín, *Derecho...*, cit., t. IV, cap. VI, p. 14.

³²³ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 29 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 317.

1172/2003 que aprueba el Reglamento General de Acceso a la Información Pública para el Poder Ejecutivo nacional, en el que se consagra como principio general el de plena publicidad de los actos de gobierno respecto de cualquier persona³²⁴, a diferencia del procedimiento sumarial que para quien esté involucrado dispone el principio contrario, más aún cuando está en juego el derecho de defensa que la Constitución Nacional garantiza³²⁵. Recordemos que en la provincia de Buenos Aires el derecho a acceder a los documentos públicos está regulado por la ley 12.475³²⁶ y su decreto reglamentario 2549/2004.

El autor propone la sustitución de la regla que dispone el secreto; en el caso del régimen nacional —similar al de nuestra reglamentación—, por una autorización reglamentaria al instructor para que, cuando fuera estrictamente necesario para la investigación, dispusiere el secreto de las actuaciones por resolución fundada señalando un plazo expreso para ello³²⁷.

Compartimos esta propuesta, la que se compadece con idéntica regla aplicada en el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires, cuyos principios procedimentales pueden servir para llenar las lagunas del procedimiento disciplinario³²⁸ en lo que fueren compatibles³²⁹. Esta remisión ha sido dispuesta expresamente en la reglamentación de la ley 10.430 en materia probatoria, donde el punto LXVIII de la reglamentación del art. 92, por decreto 4161/1996, prevé su la aplicación supletoria del Código Procesal Penal en cuanto no se oponga a la reglamentación.

³²⁴ Art. 3º, anexo VII, decreto 1172/2001: “Descripción. El Acceso a la Información Pública constituye una instancia de participación ciudadana por la cual toda persona ejercita su derecho a requerir, consultar y recibir información de cualquiera de los sujetos mencionados en el art. 2º”.

³²⁵ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 29 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 301.

³²⁶ Art. 1º, ley 12.475: “Se reconoce a toda persona física o jurídica que tenga interés legítimo, el derecho de acceso a los documentos administrativos, según las modalidades establecidas por la presente Ley”.

³²⁷ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 29 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 318.

³²⁸ En sentido diferente DOCOBO, Jorge J., “La aplicación...”, cit. Este autor señala las marcadas diferencias entre la sanción penal y la disciplinaria y las dificultades para la actual aplicación del Código Procesal Penal con un trámite oral al procedimiento administrativo escrito, por lo que, sin perjuicio de las observaciones señaladas, la supletoriedad podría regir durante la etapa instructoria del sumario, pero no al comenzar la prueba de descargo. Entiende que de acuerdo con el régimen procedimental nacional, debe considerarse un procedimiento especial y no corresponde la aplicación del Código Procesal Penal sino el orden de prelación que surge de las normas administrativas; en el caso, del decreto-ley 19.549/1972.

³²⁹ COHEN SALAMA, Claudio J., *Régimen...*, cit., p. 100. El autor señala: “En principio, resulta erróneo aplicar al derecho administrativo sancionador en su faz disciplinaria (función administrativa) los principios garantistas penales puros con idéntico criterio interpretativo de la jurisdicción criminal (función judicial). En caso de admisión la traslación de una a otra rama del derecho debe realizarse con suma cautela, atenuando el rigor y mayor flexibilidad, no pudiendo hacerse mecánicamente, esto es, sin ponderar sus diferencias, y en tanto resulte compatible con la naturaleza del derecho disciplinario. No obstante ello, resulta manifiestamente inconstitucional el desconocimiento de parte del Derecho Administrativo sancionador de garantías constitucionales básicas reconocidas para todo procedimiento administrativo (arts. 18, CN, y 15, CPBA)”.

Esta previsión no resulta contradictoria con la diferente naturaleza que tienen el derecho disciplinario y el derecho penal³³⁰, sino que responde a la necesidad procedimental de recurrir a principios semejantes, comunes, tanto al procedimiento penal como sancionador³³¹, del cual el disciplinario es una especie —siendo el contravencional otra de ellas— a través de los cuales se consagran garantías a quienes se encuentran sujetos a las potestades represivas del Estado; en un caso de naturaleza netamente administrativa, en la otra de naturaleza penal.

La consagración de la publicidad del procedimiento como principio general resulta una directriz común en la aplicación de ambas potestades, derivada del ejercicio pleno y oportuno del derecho de defensa, como también de la garantía republicana que exige la publicidad de los actos de gobierno.

9. Actuaciones en general

En este capítulo se regulan diversas disposiciones relativas a la forma de realizar los escritos y llevar el trámite de las actuaciones. En el punto XXII se exige que las constancias en el expediente se hagan preferentemente a máquina, principio que puede excepcionarse en la realización de actas *in situ*, en que éstas podrán hacerse en forma manuscrita. Con relación a las diligencias que se practiquen —acta de denuncia verbal, ratificación de denuncia, sustanciación de prueba, etc.—, el punto XXIII

³³⁰ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., p. 536. Sin perjuicio de adherir a la diferenciación entre el derecho disciplinario y el derecho penal, por ejemplo al rechazar la aplicación del instituto prescriptivo de este último derecho respecto de la acción y de la pena disciplinaria, entendió que en el procedimiento administrativo disciplinario corresponde acudir, en ausencia de normas, a las del proceso penal, adecuadas a las necesidades de la Administración. En este sentido expresó: “El procedimiento disciplinario tiene por objeto la comprobación del hecho o de los hechos determinantes de la responsabilidad del agente. En ausencia de normas legales o reglamentarias que regulen el proceso son de aplicación las que disciplinan el enjuiciamiento penal, sin perjuicio de adecuarlas a las necesidades de la Administración Pública...”.

GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. IV, p. 25. En este sentido este autor expresó: “...El procedimiento administrativo puede por su contenido ser similar según los casos al procedimiento civil, laboral, penal, etc. y de que correlativamente sería a las normas procesales de tales materias a que debería recurrirse en cada caso, entendemos que la determinación de quiénes pueden ser testigos habrá de hacerse según los casos: en los procedimientos disciplinarios, serán admisibles solamente los testigos que el Código de Procedimiento en lo Criminal establece; en los demás casos habrá de estarse al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación; en materia de jubilaciones, pensiones y reclamos en general de los funcionarios públicos, podrá considerarse aplicable la orientación del derecho laboral”.

³³¹ MALJAR, Daniel E., *El derecho...*, cit., p. 90. Este autor distingue las siguientes fuentes normativas clasificadas en orden de jerarquía: 1º) los principios constitucionalizados que constituyen el núcleo mínimo infranqueable y garantístico que comparte con el derecho penal y que es indispensable para vivir en un Estado de Derecho; 2º) en cuanto al procedimiento (forma), son aplicables, en primer lugar, las disposiciones de derecho administrativo de cada ordenamiento jurídico sectorial y, además, respecto del fondo de la cuestión, las disposiciones específicas correspondientes también a esa rama del derecho; 3º) de subsistir la laguna, en materia procedimental resultan de aplicación la LNPA y el RPA, que remite al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (art. 106, LPA) —el autor haciendo referencia al ordenamiento nacional, en nuestro caso el decreto-ley 7647/1970 sin remisión alguna al Código Procesal Civil local— y en cuanto al fondo debe acudirse primero a otras normas análogas de derecho administrativo y, luego, a otra disposición del ordenamiento jurídico que regule la infracción directa o indirectamente (v.gr., Código Civil, Comercial, LSC, etc.); 4º) de no existir aún la solución, deben aplicarse en materia procedimental y como último recurso el Código Procesal Penal de la Nación y el Código Penal común (tipología penal no constitucionalizada).

exige la realización de acta o certificación, debiendo firmar cada una de las hojas todos aquellos que participaron en ella, debiendo el instructor además colocar en cada una los sellos correspondientes. Si la persona que tiene que estampar la rúbrica no supiere o no pudiere hacerlo debe suscribirla otro a ruego, dejándose constancia al pie de dicha circunstancia; en cambio, si se negare a firmar se procurará documentar el hecho con dos testigos, obviamente se debe requerir la acreditación de identidad de cada uno de ellos, tal como lo exige el art. 31³³² del decreto-ley 7647/1970. Sin embargo, ante la ausencia de testigos valdrá la constancia del instructor. Al finalizar, éste debe entregar copia certificada a la persona interesada que lo requiera en todos los casos, si bien el punto sólo hace referencia al supuesto de declaración.

El punto XXIV dispone que el funcionario actuante, ya sea el instructor o el secretario letrado, debe salvar al pie del acta y antes de las firmas, toda raspadura, error, interlineaciones o cualquier otra alteración de la regularidad del texto, tampoco podrán dejar claros ni espacios antes de la firma, todo ello bajo pena de nulidad de la diligencia.

El punto XXV prohíbe el préstamo de las actuaciones al sumariado o a sus representantes, considerando falta grave el retiro de las actuaciones de la esfera de la Dirección de Sumarios, infracción que alcanza también a quienes faciliten la maniobra.

El punto XXVI establece la aplicación supletoria de la Ley de Procedimiento Administrativo de la Provincia de Buenos Aires en todo lo no previsto, sin perjuicio que ello igualmente deriva del texto expreso del art. 1º³³³ del decreto-ley 7647/1970.

10. Notificaciones, citaciones y emplazamientos

En el punto XXVII se enumeran las providencias que deben ser notificadas obligatoriamente, éstas son: el traslado de la providencia de imputación (punto LXXIII) y el nuevo traslado de las actuaciones a cada imputado para que alegue sobre el mérito de la producida (punto LXXX). Asimismo, las providencias por las que se dispone la realización de las pruebas ofrecidas en el descargo, las que fijen audiencias de testigos tanto de cargo como las ofrecidas por el sumariado, todas aquellas que denieguen peticiones de las partes, así también las intimaciones.

En los restantes casos quedará a criterio del instructor determinar si la falta de anociamiento viola el derecho de defensa.

Las notificaciones pueden ser hechas en forma personal, por cédula, telegrama colacionado o carta documento. Entendemos que cualquier forma de notificación legal fehaciente, alternativa a estos medios, que realicen los correos oficiales, es válida. La norma no enumera los medios alternativos con carácter taxativo y expresa,

³³² Art. 31, decreto-ley 7647/1970: "Cuando un escrito sea suscripto a ruego por no poder o no saber hacerlo el interesado la autoridad administrativa lo hará constar, así como el nombre del firmante y también que fue autorizado en su presencia o se ratificó ante él la autorización, exigiéndose la acreditación de la identidad personal de los que intervinieren.

"Si no hubiere quien pueda firmar a ruego del interesado, el funcionario procederá a darle lectura y certificará que éste conoce el texto del escrito y ha estampado la impresión digital en su presencia".

³³³ Art. 1º, decreto-ley 7647/1970: "Se regulará por las normas de esta ley el procedimiento para obtener una decisión o una prestación de la Administración Pública de Buenos Aires y el de producción de sus actos administrativos. Será de aplicación supletoria en las tramitaciones administrativas con regímenes especiales".

al finalizar el enunciado, que la utilización de éstos debe ser preferente, lo que no descarta otros. Es así que luego dispone que las realizadas por otros medios serán válidas, cuando de ellas surja que el acto que se pretenda notificar ha podido ser conocido plenamente por su destinatario.

Se estipula una forma de notificación tácita, presumiendo el conocimiento de las precedentes cuando consten en el expediente notificaciones personales de providencias de fecha posterior, a semejanza de lo dispuesto en el art. 142³³⁴ del Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires, en el que se obliga a quien examina el expediente a notificarse personalmente de todas las resoluciones que exigen notificación personal o por cédula, y si no lo hiciera, no pudiere o no supiere firmar, vale como notificación la atestación de tales circunstancias y la firma del oficial primero —encargado del cargo en los expedientes— y el secretario.

El punto XXVII, a semejanza de la norma del Código Procesal Civil citada, dispone la forma cómo se realiza la notificación personal, disponiendo que en el caso la diligencia estará a cargo del instructor, sin perjuicio que también permite que ésta se realice por intermedio del jefe inmediato del agente en el lugar de servicios, quien refrendará el acto de notificación mediante su firma luego de la del agente, debiendo constar el día en que se lo hizo.

Para el caso en que la notificación se haga por cédula, ésta debe contener: el número de expediente, el nombre y el domicilio de la persona a notificar y el carácter del domicilio, la transcripción de la parte resolutive y su motivación, lugar, fecha y firma del funcionario notificador.

El domicilio puede ser denunciado, real o constituido; este último caso está previsto en el punto LXXIV, donde el inculcado debe constituir domicilio en su escrito de descargo, el que permanecerá subsistente mientras no se designe otro, prohibiendo su constitución en oficinas públicas y, para el caso de no consignarlo, se considerará como constituido el declarado como real ante la Administración en cumplimiento del deber previsto en el art. 78, inc. o) de la ley 10.430.

En el caso del domicilio constituido, al diligenciar la cédula, el notificador debe dejar copia de ésta al interesado o a cualquier otra persona mayor de 18 años que manifieste ser de la casa si aquél no estuviere, dejando constancia rubricada del día y la hora de la entrega. El original debe agregarse al expediente, en ésta debe dejarse constancia de lo actuado —si fue entregada al interesado o a alguna persona de la casa, en caso de negativa o de ausencia—, lugar, día y hora de la diligencia, en este caso, con firma del notificador y, en caso de haber sido recibida, de quien lo haya hecho.

Si el interesado o quien fuere de la casa se negare a firmar, el notificador debe dejar constancia de ello. Si además se negaren a recibirla, debe fijarla en la puerta del domicilio constituido. Idéntico procedimiento debe realizar si no hay nadie.

³³⁴ Art. 142, CPCC Bs. As.: "Forma de la notificación personal. La notificación personal se practicará firmando el interesado en el expediente, al pie de la diligencia extendida por el oficial primero.

"En la oportunidad de examinar el expediente, el litigante que actuare sin representación o el profesional que interviniera en el proceso como apoderado, estarán obligados a notificarse expresamente de las resoluciones mencionadas en el art. 135.

"Si no lo hicieran, previo requerimiento que les formulará el oficial primero o si el interesado no supiere o no pudiere firmar, valdrá como notificación la atestación acerca de tales circunstancias y la firma de dicho empleado y la del secretario.

"Se presume dicho conocimiento cuando consten en el expediente notificaciones personales de providencias de fecha posterior".

De acuerdo con el punto XXX, si el notificador, al concurrir al domicilio constituido o en su defecto, conforme a lo previsto en el punto LXXV, al hacerlo el declarado en cumplimiento del deber previsto en el art. 78, inc. o) de la ley 10.430, no pudiere realizar la diligencia por encontrar que es falso, inexistente, por haber sido alterada o suprimida la numeración, debe dejar constancia bajo firma de lo ocurrido teniéndose por cumplida la notificación en la sede de la oficina donde se encontrare el expediente. La norma prescribe que además de la constancia de la cédula que debe agregarse al expediente, en éste el funcionario que lo tiene a cargo debe dejar nota de dicha circunstancia. En el punto se dispone que “se reservarán las actuaciones hasta el vencimiento del mismo”, se debe entender que ello no debe implicar la falta de disposición del expediente a quien lo solicite, ya que una notificación, no tiene dicha consecuencia.

En el caso del domicilio denunciado, el notificador debe requerir la presencia de la persona a notificar, y, si bien la norma menciona al interesado, la persona a notificar puede ser un tercero que no revista dicha calidad, tal el caso de testigo a quien se cita a prestar declaración. El texto dice: “En caso de encontrarlo, o en ausencia de éste cualquiera que fuera el tiempo o la causa de la misma, procederá en la forma señalada para el domicilio constituido”; consideramos que debe entenderse que se procederá conforme al trámite previsto para el domicilio constituido tanto cuando se encuentre a la persona a notificar como cuando encontrare a alguien que manifiesta ser de la casa y le expresa que éste se encuentra ausente, en dicho caso regiría la prescripción, ya que es necesario correlacionarla con el párrafo subsiguiente, donde se prevé el procedimiento a seguir en caso de no encontrar persona alguna en el lugar o quienes se encontraren en él manifestaren no conocerlo, ya que en esta última circunstancia debe devolver la cédula informada. Idéntica devolución cabe cuando el notificador no encontrare el domicilio.

El punto XXXI dispone que cuando la notificación se hiciera por carta documento o por telegrama colacionado deben contener las enunciaciones fundamentales de la cédula, consignando la parte resolutive y la motivación del acto. En el caso de la carta documento, el contenido será el mismo; en el telegrama colacionado faltará la firma por la forma en que se realiza este tipo de comunicación.

Por el punto XXXII se dispone que las oficinas de personal o las delegaciones de personal dependientes de la Dirección Provincial de Personal de la Provincia de Buenos Aires, al tomar conocimiento del cambio de domicilio del agente sumariado, deben comunicarlo inmediatamente a la Dirección de Sumarios, señalando el expediente en donde conste la orden de sumario correspondiente a aquél. Ello sin perjuicio de la denuncia directa que debe hacer el agente en la propia actuación sumarial.

11. Medios de prueba

En este inciso el reglamento regula pormenorizadamente los distintos medios de prueba que el instructor considere necesarios para arribar a la prueba de cargo. El inciso enumera algunos medios, pero pueden admitirse todos aquellos que permitan aportar en forma lícita³³⁵ elementos para arribar a la certeza de los hechos investi-

³³⁵ GORDILLO, Agustín, *Derecho administrativo*, t. IV, 9ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2006, cap. VII, p. 15.

gados, dependiendo de éstos determinar cuáles son los medios más idóneos para la investigación.

Aquí también es válida la observación que se ha hecho respecto de la necesidad de permitir al agente sumariado la más amplia participación³³⁶, de la misma manera en que por el art. 273 del Código Procesal Penal lo hace en la instrucción penal preparatoria en el proceso respectivo. En virtud de ello debe reconocerle el derecho de proponer diligencias de prueba en la etapa de cargo, no sólo las derivadas de la declaración indagatoria, tal como lo prevé el punto XXXIII de la reglamentación del art. 92. El instructor debe evaluar su pertinencia³³⁷. Su decisión es irrecurrible pero ello no quita que debe ser fundada.

Este tipo de diligencias debe diferenciarse de aquellas medidas de prueba que se soliciten con el fin de impedir que el transcurso del tiempo provoque su imposible realización posterior; en este sentido ha sido regulado en el art. 274³³⁸ del Código Procesal Penal para los casos de anticipo extraordinario de pruebas. Frente a esta situación la denegatoria puede causar gravamen irreparable, por lo que, en este caso, debe reconocérsele al proponente la posibilidad de agotar los mecanismos impugnatorios administrativos y judiciales para revertir dicha situación³³⁹.

11.1. Declaración del inculpado

El punto XXXIII del subinciso A) —Declaración del imputado— del inc. 8º —Medios de prueba— regula la forma en que debe procederse a tomar declaración al inculpado, en cuyo caso no puede exigírsele juramento o promesa de decir verdad; debe dejarse constancia en el acta del carácter de la declaración y de las garantías que lo amparan, además de la falta de exigencia de prestar juramento o promesa de decir verdad, éstas son el derecho a no declarar contra sí mismo y la inexistencia de una presunción en contra por no declarar.

Sin embargo, el instructor podrá tomar declaración a quien no obstante no estar incluido en la orden de sumario, a su criterio, pudiera ser responsable del hecho investigado o existiera estado de sospecha. En este caso la declaración tiene carácter

³³⁶ Remitimos a las consideraciones y citas hechas al tratar el secreto en la instrucción sumarial.

³³⁷ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. IV, cap. VII "Producción y valoración de la prueba", ps. 5 y ss. El autor destaca como principio que en sede administrativa, en caso de duda, debe recibirse la prueba ofrecida. Y en caso de rechazo por ser inadmisibile cabe reconocerle derecho a recurrir a la autoridad decidente por caer en los actos de trámite que producen indefensión.

³³⁸ Art. 274 (texto según ley 13.260), CPP Bs. As.: "Anticipo extraordinario de prueba. Las partes podrán requerir al Juez de Garantías que realice un adelanto probatorio cuando deba declarar una persona que por grave enfermedad u otro obstáculo difícil de superar, se presume que no podrá hacerlo durante el debate.

"Si el Juez no considerara admisible el acto, deberá rechazar su realización por auto fundado.

"En caso contrario, el Juez citará a las partes, quienes podrán asistir con todas las facultades y derechos previstos para el debate. El imputado privado de su libertad será representado por su Defensor, salvo que pidiera intervenir personalmente. En todos los casos, se labrará acta conforme lo dispuesto por este Código, la que será suscripta por el Juez actuante, el Secretario del Juzgado, las partes y demás intervinientes que correspondiere".

³³⁹ CANDA, Fabián O., "El régimen disciplinario...", cit., p. 565. Este autor destaca, con referencia a la prueba solicitada en el régimen nacional, que el principio de la irrecurribilidad no debe ser absoluto, tal el caso de prueba vital para la defensa de quien lo solicita; en tal caso considera que el acto debe equipararse a definitivo y atacable por recurso jerárquico.

de informativa, se toma en las mismas condiciones que al sumariado pero no por ello se le atribuye el carácter de tal. En el acta que se confeccione, de la misma manera que en el de la indagatoria, debe indicarse el carácter de la declaración y las garantías con las que cuenta.

Lo que no puede hacer el instructor es exigirle a quien interroga promesa de decir verdad cuando la declaración está dirigida a quien está sospechado, así como tampoco aprovechar la declaración testimonial realizada bajo juramento para constituir prueba de cargo para quien resulte posteriormente imputado, circunstancias que constituirían una violación a sus garantías constitucionales protectorias del derecho de defensa³⁴⁰.

Conforme al inc. 1º de la reglamentación del art. 92, la orden de sumario debe mencionar los hechos a investigar y la individualización de los agentes presuntamente involucrados si los hubiere. Esto implica que puede iniciarse un sumario aun sin individualización de agentes involucrados, los que podrán derivar de las investigaciones posteriores que en él se realicen. No obstante ello, para que el sumariado adquiera la condición de tal debe estar incluido en una orden sumarial, esto es, de preverse la presunta participación imputable de un agente en los hechos investigados, el instructor, a través de la Dirección de Sumarios, debería solicitar a la autoridad competente —no inferior a director provincial o general con jurisdicción en el lugar o dependencia donde hubiere ocurrido el hecho de acuerdo con el art. 92 de la ley— para que ordene la extensión del sumario respecto de éste. Sin embargo, la reglamentación prevé la posibilidad de tomar declaración a quien no fuere sumariado, permitiéndole gozar de las garantías propias de éste sin alcanzarlo con sus efectos, como consecuencia de este estatus la autoridad competente no podrá dictar respecto de él medida de suspensión preventiva o disponibilidad relativa conforme lo prevé el art. 97 de la ley; tampoco podrá avanzar respecto de él a la etapa de conclusión de la prueba de cargo, menos aun dictar auto de imputación. Si bien se le reconoce al sospechado similares garantías que al sumariado en la declaración, la posibilidad de avanzar investigando sobre él luego de la declaración, sin que éste pueda tomar conocimiento de las actuaciones, puede llegar a vulnerar su derecho de defensa.

Esta situación es muy diferente a la que se produce en el proceso penal entre la declaración informativa e indagatoria, ya que allí, en ambos casos, se trata de una diligencia respecto de quien reviste la misma calidad de imputado, dado que por el art. 60 éste es toda persona que, en cualquier acto o procedimiento, se lo indique o detenga como autor o participe de la comisión de un delito. Esta condición exige que se lo ponga en conocimiento, sin demoras, en forma detallada de los cargos y conocimientos que se le imputan.

El acta de la indagatoria deberá ajustarse a las normas previstas para dejar constancia de la declaración testimonial, siempre que ello sea posible, tal el caso de las enunciaciones derivadas del deber de decir la verdad. Si el indagado se niega a suscribir el acta se interpretará como negativa a declarar.

Tanto en la declaración indagatoria como en la informativa el sumariado puede estar asistido por un defensor letrado, el que puede presenciar pero no intervenir en la diligencia. El derecho es facultativo, no es una exigencia la presencia de un abogado que lo asista.

³⁴⁰ APESTEGUÍA, Carlos A., *Sumarios...*, cit., p. 38.

El declarante puede manifestar todo lo que él considere conveniente para explicar los hechos motivo de investigación, debiendo el instructor llevar adelante las citas, se entiende de terceras personas, como otras diligencias que propusiere el declarante, si el instructor las estimara conducentes para la comprobación de las manifestaciones efectuadas.

La declaración puede ser vuelta a realizar siempre que lo pida el agente sumariado en cualquier momento del sumario, así también si es pedida por otros imputados, siempre que lo consintiere el imputado que tuviere que declarar.

11.2. Prueba confesional

En el subinciso E), punto XXXIV, se prevé la prueba de confesión³⁴¹; allí se establece que ésta hace suficiente en contra del sumariado, sin perjuicio que por la reglamentación del decreto 4161/1996 del art. 100 para la valoración del caso, se aplica el principio de las libres convicciones razonadas, permitir la producción de otras pruebas y valorarlas en conjunto luego de su producción³⁴².

La confesión, para que tenga validez, debe haber sido hecha frente al instructor designado en el procedimiento en el que resultó sumariado el autor de la confesión, no resultando válidas las declaraciones originadas en otros ámbitos, ni tampoco la ratificación de éstas. No debe haber sido emitida por error evidente. El hecho confesado debe ser posible y verosímil de acuerdo con las circunstancias y condiciones personales del sumariado. Debe recaer sobre hechos que éste conozca por la evidencia de los sentidos y no por inducción. El hecho motivo de la confesión debe estar acreditado, debiendo la confesión concordar con sus circunstancias y accidentes. Por último, la confesión no puede ser dividida, cuando ello fuera posible, en perjuicio del causante.

La prueba confesional podrá surgir fundamentalmente en la etapa de cargo con motivo de la declaración indagatoria³⁴³ —sin que ello implique su asimilación por tener un fundamento diferente— o por presentación voluntaria del sumariado, ya que dentro del procedimiento disciplinario este medio probatorio prueba siempre sobre hechos desfavorables contra el sumariado, no siendo posible hacer absolver a

³⁴¹ BOTASSI, Carlos A., *Procedimiento...*, cit., parág. 206, p. 179, expresa: "Se trata de un medio de prueba absolutamente prescindido en la práctica administrativa ya que no se utiliza ni siquiera en los procedimientos de faltas provincial y municipal. Tampoco cabe asimilar la prueba confesional a la declaración indagatoria que rinde el imputado en el procedimiento administrativo disciplinario o en el que se investigan hechos concretos con apoyo en el poder de policía".

³⁴² GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. IV, cap. VII, p. 26. El Dr. Gordillo nos indica que la producción de la prueba puede desvirtuar la confesión, debiendo valorarse después de producida y no antes de conocerla. Entiende que la confesión del sumariado puede probar la comisión del hecho, pero no resuelve sobre su valoración, ni sobre los antecedentes del sumariado, que permitirán graduar la pena, de lo contrario se le quitaría a éste el derecho a producir prueba que permita valorar el hecho y graduar la pena.

³⁴³ BOTASSI, Carlos A., *Procedimiento...*, cit., parág. 206, p. 180. "La circunstancia de que la prueba de confesión no revista en la práctica administrativa la forma de una audiencia de absolución de posiciones al estilo del proceso judicial, en la cual se realizan afirmaciones a las que la parte debe responder si es cierto o no es cierto, no significa que en el curso de una indagatoria sumarial disciplinaria o de derecho penal administrativo, el imputado pueda reconocer hechos que lo perjudican. Si así fuera, el medio de prueba que invocará la Administración a la hora de resolver no será otro que el reconocimiento o 'confesión' del encartado".

la administración sumariante³⁴⁴, a diferencia de los otros medios probatorios que el agente puede presentar para hacer valer sus derechos.

11.3. Prueba testimonial

El subinciso C) regula el procedimiento para llevar adelante la prueba testimonial.

El punto XXXV establece la atribución del instructor para tomar declaración testimonial a todas las personas que él considere que pueden brindar información que sirvan para comprobar los hechos investigados o sus circunstancias, pudiendo tratarse de agentes de la Administración Provincial o no.

Con el fin de llevarla adelante, debe designarse fecha para audiencia principal y supletoria. Los testigos deben notificarse conforme a las previsiones del inc. 7° —Notificaciones, citaciones y emplazamientos—; a su vez, el punto XXVII, inc. c), establece expresamente la necesidad de notificar las providencias que fijen audiencias de testigos de cargo y de descargo. En el primer caso se trata de la notificación de los testigos, en el segundo de las partes. La notificación podrá ser personal, por cédula, telegrama colacionado o carta documento. En el caso del sumariado, al domicilio constituido; en el caso de los testigos, al denunciado cuando fueren testigos ofrecidos en el descargo o al que se obtuviere el instructor cuando fueren de cargo.

El punto XXXVI establece que si el domicilio fuere falso o no existiere, el testigo podrá tenerse por desistido. Sin perjuicio de la condición potestativa en cabeza del instructor para seguir adelante con la prueba testimonial, el supuesto se refiere sólo a aquellos testigos ofrecidos por el sumariado, ya que en caso de ser un testigo convocado por el propio instructor, no podría hablarse de desistimiento, ya que éste procurará su declaración obteniendo su domicilio real si, a su criterio, resulta un elemento importante para el esclarecimiento de los hechos investigados.

El punto XXXVII consagra la obligación de los agentes de la Administración a prestar declaración, en coincidencia con el deber previsto en el inc. p) del art. 78 de la ley 10.430 de declarar en los sumarios administrativos o en las informaciones sumarias, salvo que tuviere impedimento legal para hacerlo. Es por ello que dicho punto establece que su incomparecencia injustificada los hará pasibles de sanción. Esta obligación y sus consecuencias deben hacerse constar en la citación.

En cambio, en el punto XXXVIII, se establece expresamente que no existe la misma obligación de declarar para quienes no fueran agentes de la Administración Pública provincial³⁴⁵. En caso de comparecer, si se niega a declarar o manifiesta causal legal para no hacerlo, debe dejarse constancia en el acta. Si no comparece a la audiencia sin causa alguna, debe tenérselo por desistido, de la misma manera que en el caso de quien no pudo ser notificado por ser falso o no exista el domicilio denunciado tal como está previsto en el punto XXXVI.

³⁴⁴ HUTCHINSON, Tomás, *Procedimiento...*, cit., parág. 69, p. 203. Entiende que "...debe excluirse a los agentes públicos de la posibilidad de prestar confesión. Éstos no son parte —la Administración no es parte— en el procedimiento y, por lo tanto, mal podrían confesar".

Debemos destacar la diferencia entre el agente sometido al procedimiento sumarial de aquel que manifiesta la voluntad de la Administración, en este caso, llevando adelante el trámite disciplinario.

³⁴⁵ BOTASSI, Carlos A., *Procedimiento...*, cit., parág. 211, p. 184. Expresa que en este caso la Administración carece de potestad para obligarlo a su comparecencia forzosa o para sancionarlo.

El punto XXXIX excepciona de la obligación de comparecer para prestar su declaración a los agentes que se encuentren enfermos o impedidos físicamente, quienes lo podrán hacer en el lugar que indiquen, al que debe concurrir el instructor. Tampoco tienen obligación de comparecer el gobernador de la provincia, las autoridades mencionadas en el art. 99, inc. b), esto es, ministros, secretarios, subsecretarios, directores generales o provinciales y demás funcionarios provinciales de jerarquía equivalente. Estos funcionarios deben declarar por oficio, en el que debe transcribirse el interrogatorio que se le haga. Todos los funcionarios mencionados, menos el gobernador, tienen que prestar declaración por escrito dentro de los cinco días de la recepción del oficio.

Por el punto XL se consagra como principio general que toda persona de más de 12 años puede ser llamada como testigo.

Recordemos que los agentes de la Administración Pública, por el art. 2º, inc. b) de la ley 10.430 deberán tener como mínimo 18 años, y que los menores entre 14 y 17 años, conforme lo dispone el art. 167 de la ley, podrán ser admitidos en la Administración en calidad de participantes administrativos, aprendices de oficio, mensajeros o cadetes de servicios.

En virtud de ello, un menor impúber, de 12 a 14 años o un menor adulto, puede testificar, sin perjuicio de la valoración que las autoridades hagan luego de su testimonio, conforme al principio de las libres convicciones razonadas.

Pero el límite de 12 años no es absoluto, ya que el punto XL dispone que si existen causas debidamente fundadas para esclarecer los hechos pueden citarse menores de esa edad.

En el punto XLI se señalan requisitos propios del acta de la declaración testimonial, sin perjuicio de los requisitos impuestos por el punto XXIII para toda acta que certifique o constate diligencias.

En este punto se exige dejar constancia del nombre y apellido completo del declarante, edad, estado civil y nacionalidad, número de documento de identidad y constancia de haber sido confrontado, domicilio real o legal, según el caso, su profesión, empleo u oficio.

Si el testigo fuere un agente de la Administración provincial debe indicarse la dependencia de la que forma parte, su cargo y la antigüedad en la Administración.

El punto XLII reglamenta la forma en que debe tomarse el testimonio, allí se establece que deben ser interrogados separadamente, esto implica que no puedan tener contacto entre sí quienes ya han prestado declaración y quienes no lo hicieron.

Todos los testigos deben prestar juramento de decir verdad. Recordemos que los terceros no tienen obligación de declarar pero, si declaran, tienen obligación de decir la verdad y, si no lo hacen, obviamente no incurrirán en el delito de falso testimonio previsto en el art. 275 del Código Penal³⁴⁶, pero su conducta fraudulenta

³⁴⁶ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. IV, cap. VII, p. 24. El autor señala que ello implica una grave disminución del valor probatorio de las declaraciones testimoniales en sede administrativa. Así también señala que este tipo de prueba no puede asimilarse a otro tipo de pruebas más objetivas, ya que el fundamento probatorio reposa en dos circunstancias objetivas: confianza en la corrección de la aplicación del testigo y en la fidelidad de la expresión de sus apreciaciones, cuestiones que, entiende, son bastante relativas tratándose de prueba de cargo producida a favor de la misma Administración interesada en la aplicación de la sanción. La mayor eficacia de la prueba testimonial en sede judicial por la causa que fuere, citando algunas probables, lo hacen pensar que no convenga asignar efectos penales a la declaración en sede administrativa. Entiende que si bien la testimonial es una prueba de menor

puede dar lugar a una sanción procedimental, en los términos del art. 8° del capítulo IV —“Potestad disciplinaria”— del decreto-ley 7647/1970, el que, si bien hace referencia a los interesados intervinientes, entendemos que le resulta aplicable por involucrarse en el procedimiento, al afectar el decoro y buen orden de las actuaciones, como el artículo prevé.

En su declaración el testigo debe indicar si conoce al imputado, si es pariente y, si lo es, en qué grado, si es amigo o enemigo, acreedor o deudor, si tiene interés en el resultado del sumario o si tiene algún otro impedimento para ello.

El punto XLIII exige que las preguntas sean hechas en forma clara y precisa, por lo que no pueden ser formuladas en forma capciosa o sugestiva, tampoco deben ser hirientes; ni formular amenazas de ninguna clase, hacer preguntas que puedan afectar su intimidad o relativos al fuero privado, cuando fueren extrañas al asunto que se investiga, ya que las faltas pueden estar vinculadas con cuestiones de la vida privada que afecten la imagen o credibilidad de la Administración.

Por el punto XLIV se establece que el testigo no debe obligarse a contestar en forma precipitada. Las preguntas le pueden ser repetidas o el testigo solicitarlo, siempre que se advierta que no las ha comprendido, ello puede suceder cuando lo que contesta no concuerda con lo que se pregunta. En todos los casos hay que apreciar la conducta del declarante para verificar si no se trata de maniobras evasivas. Se permite al testigo dictar sus propias declaraciones, pero no puede traerlas escritas de antemano; sin embargo, el instructor sumariante podrá autorizarlo a confrontar documentos o notas por requerirlo la naturaleza de los hechos, tal como lo permite el art. 101 del Código Procesal Penal de la provincia. Por ejemplo, ello puede ocurrir cuando sea necesario que el testigo ubique un lugar en un plano, reconozca una foto o un documento. El acta debe ser fiel a la declaración, por lo que el actuario debe procurar asentar las mismas palabras, expresiones y giros vertidos por el testigo. Las respuestas de éste deben estar fundadas, ya que debe dar razón de sus dichos.

El punto XLV establece que el instructor debe interrumpir el interrogatorio si el testigo demuestra tener signos de cansancio, disponiendo un cuarto intermedio hasta que éste se reponga.

El punto XLVI establece que, al concluirse el acto, previa lectura del propio testigo y ratificación de lo dicho, cabe cerrar el acta. Si éste se niega, no puede o no sabe hacerlo, debe leerla el sumariante en voz alta y clara, dejando constancia de ello en el acta. Si el testigo no ratifica su contenido o quiere añadir o corregir algo, se debe hacer constar ello en el acta, pero no testar lo ya escrito, sino que se debe agregar a continuación, relacionando los textos para su comprensión.

11.4. Careo

El punto XLVII del subinciso D) señala la posibilidad que tiene el instructor para convocar nuevamente a los testigos a realizar un careo entre ellos, cuando sus

importancia que otras, tal el caso de la instrumental o informes, no debe denegarse su producción, ya que la valoración de su mérito cabe hacerla después.

BOTASSI, Carlos A., *Procedimiento...*, cit., parág. 211, p. 184. Coincide con Gordillo.

HUTCHINSON, Tomás, *Procedimiento...*, cit., parág. 30, p. 186. Señala que en el procedimiento administrativo el testigo tiene una carga procesal y no un deber jurídico, por no existir una conducta ilícita en caso de incumplimiento ni ello da origen a sanción alguna.

declaraciones fueren encontradas, siempre que los hechos o circunstancias por ellos expuestos resulten relevantes para avanzar en la investigación. En este sentido, el punto XLIX prevé el careo entre inculpados, previendo que se verifica en la misma forma que para los testigos, con la diferencia que en este caso no se les debe recibir juramento de decir verdad. El punto expresa que el careo de inculpados con testigos podrá efectuarse tanto a pedido de los inculpados como de oficio, pero siempre con el consentimiento de los testigos. Esta solución se aparta de la prevista en el Código Procesal Penal como también del sentido dado a la obligatoriedad de la declaración testimonial en determinados casos. En efecto, en el art. 263³⁴⁷ del Código de rito penal el imputado no puede ser obligado a carearse; en cambio, nada dice respecto del testigo. En el texto de la reglamentación comentada nada se dice del sumariado, en cambio sí se somete a la voluntad del testigo su participación en la diligencia. La instrucción puede disponer que el careo se realice entre más de dos personas.

De acuerdo con el punto L, si se hallare ausente alguna de las personas que deban ser careadas, se debe leer a aquellas que se encuentren presentes la declaración del ausente y las particularidades por las que se contradice con la de los otros, debiendo consignarse en el acta las explicaciones u observaciones que se hagan para confirmar o modificar su declaración anterior. Se establece que posteriormente se podrá completar el restante medio careo. Entendemos que la medida exige inmediatez, por lo que si se reitera la medida, debería concurrir también el testigo.

El punto XLVIII establece el procedimiento para llevar adelante el careo. Luego de la acreditación de las partes, el cumplimiento de los requisitos de atestación en las actas, previstos en el punto XXIII y XLI, el juramento de decir verdad y las preguntas de rigor, se debe dar lectura a los careados de las partes de sus respectivas declaraciones que se contradigan entre sí, observándoles sobre tal situación, para que entre ellos se reconvengan para determinar la declaración de la verdad; en caso de solicitarlo, éstos podrán requerir lectura íntegra de las actas. La comunicación entre ambos debe hacerse por intermedio del instructor sumariante, quien transmitirá a cada declarante las preguntas que se hicieren, debiendo consignar por escrito las preguntas y respuestas en la forma más ajustada a la realidad. Está prohibido que los declarantes se insulten, amenacen o tengan conductas no decorosas. Debe dejarse constancia escrita de todas las particularidades que resulten o puedan resultar convenientes, no sólo restringidas a las circunstancias contradictorias sino todo aquello que pueda ser importante a la investigación y que implique una ampliación de lo ya declarado. Al finalizar el acta los declarantes deben leerla, si alguno de ellos no lo hiciere, no pudiere o no supiere hacerlo lo hará el instructor en voz alta y clara, luego debe ser ratificada por cada una de las partes. Finalmente debe ser firmada por todos los intervinientes en todas las hojas utilizadas.

11.5. Prueba pericial

La prueba pericial supone la realización de un informe por parte de un experto con conocimientos científicos, artísticos o prácticos³⁴⁸ en el cual realiza un análisis

³⁴⁷ Art. 263, CPP Bs. As.: "Procedencia. El Agente Fiscal podrá ordenar el careo de personas que en sus declaraciones hubiesen discrepado o cuando lo estime de utilidad. El imputado o su defensor podrán también solicitarlo, pero aquél no podrá ser obligado a carearse".

³⁴⁸ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. IV, cap. VI, p. 35.

o valoración técnica desde su especialidad respecto de un determinado hecho, conducta, bien, individuo o elemento de prueba.

El punto LI prevé la prueba pericial para la realización de un examen respecto de una persona o de la apreciación de un hecho o sus circunstancias, para el cual se requieran conocimientos especiales en algún arte, técnica, ciencia o industria.

El punto LII dispone como principio que debe nombrarse un solo perito por cada especialidad, pero cuando la complejidad de la investigación lo exija podrá nombrarse hasta tres peritos por rama.

El punto LIII establece como principio que las pericias se deben asignar a agentes de la Administración provincial, aun cuando no estuvieran comprendidos en la ley 10.430 y sus modificatorias, lo que es lógico en cuanto muchos de los organismos que nuclean personal especializado técnicamente tienen regímenes especiales (v.gr., Comisión de Investigaciones Científicas, profesionales de la medicina, etc.), los peritos deben tener título siempre que su profesión, arte u oficio esté reglamentado y exija título habilitante. Si no lo está, se pueden designar personas entendidas sin título. La realización de la pericia por el agente de la Administración debe ser considerada una obligación inherente a su cargo de revista. Ha sido observada la designación como peritos de agentes de la propia Administración, lo que entendemos debe tenerse en cuenta respecto de aquellos presentados en la etapa de descargo por el sumariado, ya que la Administración, en la etapa de investigación, debe disponer necesariamente de peritos pertenecientes a sus propios cuadros³⁴⁹.

De acuerdo con el punto LIV, cuando la Administración no contase con profesionales o expertos en la rama que se requiera para analizar los hechos investigados, como excepción podrá requerir al Poder Judicial un perito perteneciente a la Dirección General de Asesorías Periciales³⁵⁰ de este poder, pero si ocurriere que tampoco contare con peritos especializados en la incumbencia solicitada, podrá requerir la designación a organismos nacionales, haciéndose cargo de los costos que ello demande la Administración provincial.

Por el punto LV se extienden a los peritos designados las causales de recusación y excusación previstas para los instructores.

Las partes podrán ejercer el derecho a pedir la recusación del perito dentro de los tres días de la notificación de la designación o, si su intervención es posterior o desconociere la designación, el plazo debe computarse desde que tome conocimiento de la causa. La norma exige que la autoridad que designe al perito debe notificar de ello al sumariado, debe entenderse que ello es cuando lo hace la Administración Pública provincial, no así cuando deba recurrir al Poder Judicial o a organismos nacionales; en estos casos, debe ser el instructor quien ponga en conocimiento de la designación al sumariado. Transcurrido el plazo de tres días sin oposición queda firme el nombramiento. Si hubiere oposición, debe tramitar por incidente separado ante el instructor. Si se le da curso favorable se deben devolver las actuaciones a la

³⁴⁹ BOTASSI, Carlos A., *Procedimiento...*, cit., parág. 213, p. 185. Observa: "Resulta sin embargo aconsejable la designación de peritos totalmente extraños a la Administración Pública, acudiendo al sorteo de un listado que pueden proporcionar los respectivos colegios profesionales. De esta manera se aventa toda duda respecto de la imparcialidad del técnico llamado a dictaminar. Este temperamento no acarrea costo alguno al Estado ya que el gasto y honorario que devengue la diligencia probatoria estará a exclusivo cargo del particular".

³⁵⁰ Fuente www.scba.gov.ar/juba, organigrama.

autoridad designante para que nombre a otro perito. La decisión del instructor es irrecurrible.

El punto LVI establece los requisitos que debe contener el informe. Allí se establece que éste debe ser redactado por escrito, sin perjuicio que el instructor solicite su comparecencia para requerir explicaciones, si no las pidiere por escrito o con el fin de hacer algún reconocimiento de lugares, cosas o personas —circunstancias que independientemente del informe deben quedar plasmadas en actas—, conforme lo dispone el punto XXIII. El reglamento establece que el perito debe hacer el informe bajo juramento de decir la verdad, indicación de lugar, fecha y rúbrica al pie. Éste debe ser presentado dentro de los seis días de haber sido notificado, pudiendo pedir ampliación por seis días más, siempre que lo justifique en la complejidad del asunto.

Así también se permite por excepción que sea la propia autoridad designante quien prorrogue los plazos por causas fundadas. Éstas quizá puedan motivarse en la complejidad del asunto cuando se presumiere que exceda los doce días previstos por la norma y agotada la prórroga sea dicha autoridad quien informe la situación, o que los motivos se originen en cuestiones propias del organismo al que pertenece el perito.

Si dejare vencer los plazos sin solicitar ampliación será considerado incurso en falta, si además se advierte morosidad, es decir, conducta culpable o dolosa en la demora, la falta se considerará grave. Producida esta circunstancia el director de Sumarios debe comunicar lo ocurrido a la autoridad de la que dependa el perito.

11.6. Prueba documental

Este medio probatorio tiene gran alcance por plasmarse la actividad administrativa fundamentalmente a través del expediente³⁵¹, pero si bien el documento como escritura representada en papel constituye el medio documental predominante, el concepto es mucho más amplio, ya que constituye documento toda cosa representativa, o sea, capaz de representar un hecho³⁵².

El punto LVII establece que deben agregarse al expediente todos los documentos que se presenten durante la instrucción cuando tuvieren relación con el sumario; en este caso se está refiriendo a los documentos escritos, fundamentalmente de carácter declarativo³⁵³, que constituyen la forma más frecuente de documentar la actividad administrativa, ya sea de la propia Administración o de terceros. Ello no implica limitar este medio probatorio solamente a este tipo de documentos, ya que cabe admitir todo documento que permita coadyuvar a la demostración de sus derechos. Así es posible presentar los representativos, como planos, dibujos, fotografías³⁵⁴, marcas,

³⁵¹ HUTCHINSON, Tomás, *Procedimiento...*, cit., parág. 52, p. 194. Destaca: "La prueba instrumental es la más importante de las pruebas, y no sólo porque es la forma normal en que se expresa la Administración. Las constancias de los libros y registros oficiales y de los expedientes administrativos, incluso de las empresas estatales, tiene valor de prueba, y para apartarse de sus constancias no es suficiente un desconocimiento genérico de su contenido, sino que es necesario que se especifiquen sus fallas, suministrando prueba al respecto".

³⁵² CARNELUTTI, Franceso, *La prueba civil*, Acayú, Buenos Aires, 1955, p. 156.

³⁵³ CARNELUTTI, Franceso, *La prueba...*, cit., p. 178.

³⁵⁴ HUTCHINSON, Tomás, *Procedimiento...*, cit., parág. 56, p. 197.

señales, amojonamientos³⁵⁵, etc.; o declarativos, guardados en diferentes soportes: escritos, grabaciones sonoras o audiovisuales, medios informáticos, etcétera.

El criterio para la incorporación de la prueba es amplio³⁵⁶, lo que se contrapone con la previsión contenida en el punto LXXVII relativa a la prueba documental ofrecida con el descargo; allí se establece que los documentos en poder del imputado deben acompañarse con el escrito de descargo, si ello no es así debe indicarse en forma precisa dónde se encuentran. Si son documentos privados, deberá indicar el nombre de la persona y su domicilio para ser citada a reconocimiento. Si no se cumplen estos requisitos para los documentos que no estuvieren en su poder, el instructor, previa intimación por dos días, podrá tener por no ofrecida la prueba. La necesidad de reconocer los documentos privados mediante la citación a quienes le perteneciere una rúbrica o autorización fue prevista también en el punto LIX, aunque no limitada a la prueba de descargo.

De acuerdo con el punto LVIII, si hubiere documentos que no pueden ser requeridos por el instructor por estar fuera de su jurisdicción o que por alguna circunstancia no puedan ser agregados, se establece su compulsas en el lugar donde se hallaren, disponiendo que en caso de ser necesario se pueden extraer copias certificadas de éstos; sin perjuicio del texto de la norma, en estos casos puede requerirse directamente copia certificada de los documentos solicitados y en caso de requerirlo la instrucción realizar su compulsas. Para la Administración provincial el requerimiento de documentos por parte del instructor o de sus copias certificadas es obligatorio, pudiendo en caso de incumplimiento proceder a su secuestro en caso de ser necesario. Se permite cualquier medio de duplicación para hacer las copias siempre que se certifique su autenticidad, lo que puede hacer directamente el instructor o la autoridad que expida las copias.

11.7. Prueba informativa

Este medio probatorio tiene por objeto recabar un informe a una persona u organismo respecto de datos o pruebas preconstituidas³⁵⁷ por su inclusión en bases de datos, registros legajos en poder del informante.

De acuerdo con el punto LXI, el instructor puede pedir directamente los informes que requiera la investigación sin necesidad de hacerlo por la vía jerárquica. Los organismos de la Administración Pública provincial deben contestarlo en el término de dos días desde su recepción; su incumplimiento podrá considerarse falta grave. Si para contestarlo necesita un lapso mayor, debe fundarlo y comunicarlo inmediatamente al instructor. Si los informes son solicitados a organismos que no pertenecen a la Administración provincial y fueron ofrecidos por el imputado, el instructor puede imponerles la carga del diligenciamiento, en cuyo caso tienen diez días para su sustanciación, bajo apercibimiento de tener a la prueba por desistida. Si el imputado alega razones fundadas dentro de dicho término, puede solicitar al instructor una prórroga para su cumplimiento.

³⁵⁵ BOTASSI, Carlos A., *Procedimiento...*, cit., parág. 199, p. 175.

³⁵⁶ HUTCHINSON, Tomás, *Procedimiento...*, cit., parág. 58, p. 197. El autor señala: "En materia de documentos la regla debe formularse con la máxima amplitud".

³⁵⁷ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. IV, cap. VI, p. 22.

11.8. Prueba de reconocimiento

De acuerdo con el punto LXIII, el instructor puede realizar inspecciones oculares en dependencias o lugares sometidos a jurisdicción de la Administración Provincial, siendo obligatorio para los funcionarios a cargo de éstos facilitar el cumplimiento de la medida. Si los lugares para poder hacer efectiva la medida no pertenecieran a la Administración provincial debe requerirse el consentimiento del tercero con potestad para permitir su realización. El instructor debe labrar acta de la diligencia en la que debe consignar todas las circunstancias necesarias para la investigación. Ésta no se agota con el relato escrito de la diligencia sino que puede acompañársela con la realización de un plano, croquis, tomar fotografías, tomar elementos de prueba del lugar, utilizar otros medios de captación de la diligencia tales como grabaciones sonoras o visuales, concurrir con los peritos para realizar tareas de reconocimiento o exámenes *in situ*, etcétera.

El punto LXV establece el derecho de concurrencia y participación de los inculcados, sus representantes o letrados en la medida de reconocimiento. La norma hace mención al término inculcado y no imputado, lo que permite inferir que en este caso parece referirse a un supuesto de habilitación para la participación del sumariado en la primera etapa del sumario en la que se procura la prueba de cargo.

11.9. Diligenciamiento y disposiciones comunes

Por el punto LXVI se habilita al instructor a practicar las diligencias de prueba fuera de la dependencia donde presta servicios a través de otros organismos provinciales o de las municipalidades. Estableciendo la norma que deben producirlos de inmediato, con intervención de sus organismos específicos, esto es, con las áreas competentes en materia de personal. La extensión de la exigencia de ese tipo de cumplimiento, que parece surgir del texto de la previsión reglamentaria respecto de entidades territoriales que no poseen dependencia jerárquica con la Administración provincial, como es el caso de las municipalidades, debe entenderse como una exigencia al propio instructor, ya que la realización de la medida dependerá de la colaboración de un organismo ajeno a su estructura, al cual no puede obligar por sus propias disposiciones reglamentarias.

Finalmente, en los puntos LXVII y LXVIII se establecen disposiciones comunes a toda la regulación en materia probatoria; por el primero de los puntos señalados se prescribe la irrecurribilidad de las decisiones de la instrucción relativas a la prueba, limitación que debe ser interpretada restrictivamente, habilitando, como se expresara precedentemente, a impugnar aquellas decisiones que ponen en riesgo el derecho de defensa. Por el punto LXVIII se dispone la aplicación supletoria, en materia probatoria, de las normas del Código de Procedimiento Penal siempre que no se opongan con lo que dispone la reglamentación.

12. Conclusión de la prueba de cargo

El inc. 9º regula el cierre de la etapa de cargo de la instrucción y el levantamiento, con ello, del secreto del sumario (conforme al punto LXIX). Resultan válidas aquí las observaciones que hemos hecho respecto del secreto en esta etapa sumarial y la necesidad de garantizar un conocimiento y la participación oportuna y eficaz al sumariado.

El cierre de esta etapa implica el dictado del auto de imputación cuando el instructor pudiere encontrar *prima facie* acreditada la comisión de la falta administrativa o la individualización del o los presuntos autores; la norma asigna certeza a las determinaciones de los hechos y la imputación de responsabilidades que no se compadece con la etapa en la que se encuentra el sumario y la identidad entre acusador y juzgador que no se corresponde con el régimen procesal penal. No obstante ello, el sentido es el mismo, ya que en esta etapa se abre el debate permitiendo una amplia participación en el procedimiento del imputado.

El punto LXX señala los requisitos para fundar el auto de imputación. Respecto de sus considerandos se exige que se relate la exposición metódica de los hechos, relacionándolos con las pruebas agregadas al expediente; que se mencione claramente a los imputados, por sus nombres y apellidos completos, identificando la participación que cada uno tuviere; asimismo, las circunstancias atenuantes y agravantes que puedan modificar la responsabilidad de los imputados, desde una base probatoria estrictamente, descartando cualquier valoración que vaya más allá de la comprobación de la falta, también será parte del auto de imputación. A su vez, su parte dispositiva, debe contener: encuadramiento legal correspondiente a los hechos relacionados y a la sanción disciplinaria que estime aplicable y el otorgamiento del traslado para que el o los imputados hagan el descargo y ofrezcan prueba.

El punto LXXI dispone que el auto de imputación resulta irrecurrible; no obstante ello el inculpado puede dejar sentada su disconformidad, la que obviamente deberá demostrar a través de su descargo y la prueba que ofrezca o acompañe para fundar sus dichos.

Si el instructor considerara que de los hechos investigados no surgen elementos de juicio suficientes, no sólo para no dictar el auto de imputación sino para no continuar con las actuaciones, de acuerdo con el punto LXXII puede proponer el sobreseimiento, para lo cual debe elevar las actuaciones al director de Sumarios. La providencia en que el instructor exponga sus conclusiones debe contener los requisitos previstos en el punto LXX para el auto de imputación. El director de Sumarios puede compartir o no la propuesta de sobreseimiento; en el primer caso lo remite a la Junta de Disciplina con opinión fundada, en el segundo, lo devuelve al instructor ordenándole la sustanciación de las medidas de prueba que considere pertinentes para avanzar con la investigación. Si considera que con los elementos recabados es suficiente, puede disponer que se dicte auto de imputación debiendo designar nuevo instructor en el mismo acto.

Entendemos que el sobreseimiento puede ser dictado respecto del hecho investigado —por no haberse configurado o por no constituir éste falta— o en particular respecto del inculpado, teniendo en cuenta las causales previstas en el punto I de la reglamentación del art. 103³⁵⁸ por el decreto 4161/1996, como también otras derivadas del art. 323³⁵⁹ del Código Procesal Penal en lo que fueren compatibles.

³⁵⁸ Reglamentación del art. 103 del decreto 4161/1996: "...III. Procederá el sobreseimiento definitivo:

"a) Cuando resulte evidente que no se ha cometido el hecho que motivará el sumario.

"b) Cuando acreditado el hecho, el mismo no constituya falta administrativa.

"c) Cuando aparezca indudable la falta de responsabilidad del agente..."

³⁵⁹ Así también puede ser por otras causales no previstas en esta norma, tales las enunciadas en el art. 323 d (texto según ley 13.260), CPP Bs. As., en cuanto fueren compatibles. El texto del Código

Atento a la existencia de causales diferentes puede suceder que se proponga el sobreseimiento de alguno de los inculpados y se continúe con el sumario, ya sea para individualizar a los responsables o en la investigación de otros inculpados. En estos casos, quien se considere perjudicado por la decisión de exclusión de quien fuere sobreseído debe tener derecho a impugnarla cuando ella le causare gravamen irreparable.

La reglamentación del art. 100 por el decreto 4161/1996 dispone, en su último párrafo, en consonancia con el punto LXXII de la reglamentación del art. 92, que el sobreseimiento puede ser dictado siempre que no exista auto de imputación, ya sea con relación a los hechos o a los inculpados.

13. Procedimiento de descargo y derechos de los imputados

El inc. 10 de la reglamentación del procedimiento sumarial prevé la segunda etapa del sumario, equiparable al plenario en el proceso penal a la etapa de debate o juicio.

Conforme lo dispone el punto LXXIII de la providencia de imputación se da vista de todo lo actuado al imputado por el término de diez días para que haga su descargo y proponga pruebas. En el caso de pluralidad de imputados, los términos del descargo son independientes, por lo que corren para cada uno de ellos por separado desde el día siguiente hábil al de su notificación.

El punto LXXIV regula los requisitos del escrito de descargo. Allí se establece la obligación de constituir domicilio en forma clara y precisa, rigiendo aquí el capítulo VI del decreto-ley 7647/1970 —“Constitución y denuncia de domicilios”—, por lo que de acuerdo con el art. 24 de éste, deberá constituirlo en el radio urbano del asiento de la autoridad administrativa. El domicilio constituido se considerará subsistente mientras no se designe otro, prohibiéndose su constitución en oficinas públicas de la misma manera que lo dispone el art. 25 de la ley de procedimiento administrativo provincial. Para el caso en que el imputado no constituya domicilio debe tenerse por tal el declarado en cumplimiento del deber previsto en el art. 78, inc. o) de la ley 10.430. En oportunidad de presentar el descargo debe ofrecer la totalidad de la prueba, la que de coincidir con los medios de prueba regulados en la

Procesal establece: “Procedencia: El sobreseimiento procederá cuando:

”1) La acción penal se ha extinguido.

”2) El hecho investigado no ha existido.

”3) El hecho atribuido no encuadra en una figura legal.

”4) El delito no fue cometido por el imputado.

”5) Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria.

”6) Habiendo vencido todos los términos de la investigación penal preparatoria y sus prórrogas, no hubiere suficiente motivo para remitir la causa a juicio y no fuese razonable objetivamente prever la incorporación de nuevos elementos de cargo.

”7) En los casos de archivo sujeto a condiciones, una vez cumplidas las mismas, el Juez de Garantías, a pedido del Fiscal, podrá transformar el archivo en sobreseimiento. Si el pedido lo efectuare el imputado se deberá correr vista del mismo al Fiscal, y si éste sostuviere ese pedido se procederá conforme lo indicado precedentemente. En ambos casos rige lo dispuesto en el art. 326.

”En todos los casos de archivo con imputado determinado, también a pedido de parte, podrá procederse de igual modo cuando hubiera transcurrido desde la fecha de la resolución que lo dispuso, un plazo superior a los tres (3) años si se tratara de causa criminal y superior a un (1) año cuando lo sea respecto de causa correccional”.

reglamentación debe sustanciarse conforme a ésta, independientemente de la denominación que se le haya dado en el escrito.

El instructor puede rechazar la prueba que no se refiera a hechos relativos al sumario y que sea manifiestamente improcedente. Se dispone la irrecurribilidad de esta decisión, sin perjuicio de las observaciones que hemos hecho respecto de su impugnabilidad cuando se vulnera el derecho de defensa. No obstante ello, tanto el director de Sumarios al recibir las actuaciones para dictar la resolución final previa a la remisión a la Junta de Disciplina, o esta última, podrán disponer la producción de la prueba que el instructor haya declarado inadmisibile.

El descargo también puede hacerse verbalmente, para lo cual el imputado puede presentarse en el plazo de diez días desde la notificación, debiendo labrar acta al respecto, pudiendo ofrecer prueba en dicha oportunidad, lo que debe quedar también en el acta.

El punto LXXV limita la cantidad de testigos de descargo a no más de cinco, salvo que en el auto de imputación se reflejare la valoración de un número mayor de testigos de cargo en su perjuicio, en cuyo caso el imputado también podrá ofrecer un número mayor.

Si no se da este supuesto y el imputado igualmente presenta más de cinco testigos, el instructor debe tomar los primeros cinco de la lista presentada y respecto de los restantes debe dictar siempre providencia fundada, ya sea para rechazar su declaración o para disponerla con base en la complejidad de los hechos. Se reitera la irrecurribilidad de las decisiones del instructor en la materia y la prerrogativa en cabeza del director de Sumarios y Junta de Disciplina para ampliar o hacer lugar a la prueba denegada. Para su notificación debe consignarse en el escrito de descargo, el domicilio o dependencia administrativa donde se desempeñan los testigos, también en dicha oportunidad deben acompañarse los interrogatorios sobre los cuales declararán en forma abierta, es decir, no deben acompañarse bajo sobre. Si no denunciare el lugar donde notificar al testigo o no acompañare el interrogatorio, el instructor intimará al imputado por un plazo de dos días para que subsane la omisión; en caso contrario, se tendrá a la prueba por no ofrecida.

El instructor podrá modificar el interrogatorio, desestimando las preguntas que considere improcedentes o realizar aclaraciones sobre las preguntas, decisiones que resultan irrecurribles. Se debe fijar fecha y hora de audiencia principal y supletoria, para el caso en que no pudiese concurrir a la primera. Si los testigos no concurren a ninguna de las dos audiencias, al día siguiente de la última de ellas el instructor tendrá por desistida la prueba, salvo que el imputado, el mismo día de la segunda audiencia, se hubiere presentado y pudiese acreditar razones fundadas. Entendemos que esto puede ocurrir si se presenta fuera del horario de la audiencia, de lo contrario podría válidamente prestar declaración, ya que si hay razones fundadas que demuestren su imposibilidad de hecho para concurrir, el instructor deberá tenerlas en cuenta independientemente que el plazo exceda al día subsiguiente al de la segunda audiencia.

Por el punto LXXVII se permite a los imputados, sus representantes o patrocinantes intervenir en la audiencia pudiendo ampliar el interrogatorio, lo que debe entenderse también inclusivo de la posibilidad de repreguntar.

Respecto de la prueba documental, el punto LXXVIII exige que los que estén en poder del imputado sean acompañados con el escrito de descargo, si no los tuviere deberá indicar en forma precisa el lugar en donde se encuentren.

En caso de presentar documentos privados debe individualizar a las personas y el domicilio de éstas, que por su autoría o participación sean convocadas para su reconocimiento; en caso de no hacerlo, el instructor debe intimar, por el término de dos días, al imputado para que subsane dicha omisión, de lo contrario se los tendrá por no ofrecidos. Si se requiera extraer copias de los documentos serán a cargo de la Administración, pero si son copias que solicita el imputado de las actuaciones, él debe hacerse cargo de su costo.

Si el imputado ofreciere prueba pericial y debe recurrir a un perito del Poder Judicial o de una repartición nacional, el punto LXXIX dispone que los gastos estén a cargo de la Administración provincial. Si, en cambio, ofrece perito particular, con el objeto que actúe en forma conjunta con los designados por la Administración, éste estará a cargo del imputado. El perito privado debe desempeñarse cumpliendo con las mismas exigencias que el oficial. Su actuación será responsabilidad del imputado y el incumplimiento generará que se tenga por desistida la pericia privada.

El punto LXXX dispone que una vez concluida la sustanciación de la prueba de descargo se debe correr un nuevo traslado por cinco días al imputado con el fin de alegar sobre el mérito de la prueba producida.

13.1. Derecho de defensa y contenido del auto de imputación

El punto LXXIII determina que, dictada la providencia de imputación, se dará vista de todo lo actuado al imputado por el término de diez días. Dentro de ese plazo, deberá efectuar su descargo y proponer las medidas de prueba que crea oportunas para su defensa. El auto de imputación determina el momento en que se le da amplia participación al sumariado en el procedimiento disciplinario, pero para ejercer plenamente su derecho de defensa, debe conocer plenamente los cargos que se le imputan. La garantía de su derecho no alcanza con acceder a las actuaciones que pudiere tener el propio imputado o su letrado, ya que debe conocer cuáles son los hechos y la prueba de cargo, los que deben estar claramente especificados en la providencia de imputación³⁶⁰, circunstancia que cabe exigir también respecto de la calificación legal de los hechos conforme a los términos del punto LXX, segunda parte, inc. b), de

³⁶⁰ APESTEGUÍA, Carlos A., *Sumarios...*, cit., p. 63, al hacer referencia al principio de congruencia expresa que "...debe existir identidad entre: a) los hechos sobre los que se ordenó sumario; b) los hechos aludidos en los informes de los arts. 107 y 115 del reglamento; c) los hechos sobre los que se expida el servicio jurídico; d) los hechos a que se refiera la resolución definitiva del sumario". Este autor (p. 68) entiende contrario al principio de congruencia la pretensión de introducir hechos nuevos o retrotraer el sumario a etapas superadas. Así también entiende aplicable la garantía de *non reformatio in pejus* (p. 70) en cuanto a que "...el sumariante sólo puede valorar la prueba de este último tramo a favor de los sumariados. No puede valorar, por ejemplo, prueba nueva de un sumariado, en contra de otro sumariado y mucho menos puede el instructor producir nueva prueba, porque con ello viola el principio de congruencia que se refiere a no alterar los hechos sometidos al procedimiento"; sin perjuicio de ello señala que, cuando el superior, al recibir el informe del instructor, considere que se deben investigar hechos, se tome declaración o se sustancien pruebas omitidas, debe hacerse garantizando el derecho de defensa del imputado. Así también entiende que rige el principio de eventualidad, en virtud del cual la autoridad competente no está obligada a seguir la opinión del instructor o de los organismos consultivos.

la reglamentación del art. 91, sin perjuicio de la decisión sancionatoria o absolutoria que finalmente adopte la autoridad con competencia disciplinaria³⁶¹.

El mismo punto agrega que, en el caso de haber más de un imputado, los términos serán independientes y comenzarán a correr a partir del día hábil siguiente en que cada uno se haya notificado de la vista.

13.2. Disposiciones comunes a la etapa de descargo

El punto LXXXI contempla el plazo de gracia para la presentación de escritos, permitiendo la utilización de las dos primeras horas del horario administrativo del día siguiente hábil al del vencimiento.

En caso contrario, transcurrido un plazo con vencimiento, tales los casos del descargo, ofrecimiento de prueba o alegato, sin cumplir con ello, se da por decaído el derecho a ejercerlo.

Este punto debe compatibilizarse con la extensión del plazo de gracia a las cuatro primeras horas del horario de atención por la modificación de la ley 13.708 al art. 69 del decreto-ley 7647/1970.

Por el punto LXXXII se prevé la ampliación de los plazos para el descargo y también para alegar en razón de la distancia, para lo cual se adicionará un día por cada doscientos kilómetros o fracción que no baje de cien desde la ciudad en la que se otorguen las vistas. Recordemos que en el caso del auto de imputación, se notificará en el domicilio real declarado, conforme al art. 78, inc. o), de la ley 10.430 y, en el caso del traslado para alegar, se notificará en el domicilio constituido que debe estar en el radio urbano de asiento de la dependencia donde se lleva adelante la instrucción.

El punto LXXXIII dispone que el otorgamiento de representación a abogados podrá realizarse a través de carta poder con firma certificada ante autoridad administrativa, judicial o policial, también podrá hacerse ante el instructor, quien debe labrar acta al efecto.

14. Cierre del sumario

El punto LXXXIII establece los supuestos en los que el instructor puede decretar el cierre del sumario. Las circunstancias son las siguientes: cuando el imputado

³⁶¹ MALJAR, Daniel E., *El derecho...*, cit., p. 136. El autor señala que de acuerdo con lo resuelto por la jurisprudencia española no se produciría indefensión cuando en el pliego de cargos sólo se exponen los hechos pasibles de infracción sin el encuadramiento legal. En este sentido cita sentencia de la AN, sala Contencioso Administrativa, del 13/4/1991 (ponente Requero Ibáñez), en la que se expresara: "...Que lo fundamental en el pliego de cargos son los hechos imputados que pueden ser discutidos e impugnados en el descargo; luego, a la vista del resultado de la fase probatoria, la Administración los calificará en la propuesta de resolución, la cual se trasladará al sumariado para su defensa".

APESTEGUÍA, Carlos A., *Sumarios...*, cit., p. 63. Este autor exige la calificación legal en el auto de imputación. Al desarrollar el principio de congruencia —con cita de dictamen 152:262 de la Procuración del Tesoro y opinión de D'Albora— expresa: "...Es insoslayable la debida calificación jurídica de las conductas reprochables, así como también el señalamiento de la represión sugerida que haga posible para el imputado la clara comprensión de las consecuencias del hecho que se le atribuye. Sólo así se está en condiciones de responder eficazmente los cargos, quedando asegurada la garantía del debido proceso".

no hubiere presentado descargo y haya decaído el ejercicio de ese derecho; cuando presente descargo y no ofrezca prueba a producir; cuando haya alegado sobre el mérito de la prueba de descargo o se le haya dado por decaído el ejercicio de ese derecho. Al decretar el cierre del sumario el instructor debe realizar un informe final, tal lo previsto en el punto XVI, para luego elevar las actuaciones al director de Sumarios, quien, a su vez, previo dictamen, las elevará a la Junta de Disciplina, tal lo dispuesto en el inc. e) del encabezado de la reglamentación del art. 92.

15. La Junta de Disciplina

— Art. 93, ley 10.430:

A los efectos previstos en esta ley funcionará una Junta de Disciplina única y permanente que tendrá carácter de organismo asesor.

La Junta de Disciplina tendrá las siguientes funciones:

- a) Expedirse en los sumarios administrativos, previo al dictado de la resolución, aconsejando la sanción a aplicar si hubiere motivo para ello.
- b) Expedirse en los supuestos de solicitudes de rehabilitación.
- c) Expedirse en los casos en que se requiera su intervención por la autoridad competente.

— Reglamentación del art. 93 por el decreto 4161/1996:

Corresponde a la Junta de Disciplina expedirse sobre las conclusiones del sumario, no pudiendo dictarse resolución final sin su intervención.

El art. 93 de la ley 10.430 prevé la participación de una Junta de Disciplina única y permanente, con carácter de organismo asesor. Se trata de un órgano colegiado con funciones principalmente consultivas y de instrucción, con carácter permanente y único, lo que hace que no existan juntas descentralizadas.

El artículo de referencia enumera las oportunidades en las que debe emitir dictamen. En el inc. a) consagra su función más importante, esto es, dictaminar luego de elevado el informe final por parte del director de Sumarios y antes del dictado del acto sancionatorio por la autoridad competente.

En el inc. b) prevé su intervención frente a las solicitudes de rehabilitación para ingresar a la Administración por haber transcurrido el plazo de veda como consecuencia de la aplicación de sanciones de cesantía o exoneración, cuyo procedimiento está previsto en la reglamentación del art. 3°, inc. a), por decreto 4161/1996. En el caso, presentada la solicitud ante la repartición a la cual pertenecía, ésta debe remitirla a la delegación de personal correspondiente a su jurisdicción, quien previa agregación de los antecedentes del solicitante los remitirá a la Junta de Disciplina; emitido su dictamen, corresponde decidir al Poder Ejecutivo.

Por el inc. c) se dispone que deba emitir dictamen cuando lo solicite autoridad competente, esto es, cualquiera de las enumeradas en el art. 99 de la ley.

Por otra parte, la Junta de Disciplina también tiene funciones con relación a la dirección del proceso, ya que conforme los puntos LXXIV y LXXV de la reglamentación del art. 92 por decreto 4161/1996, puede ordenar la ampliación de los medios probatorios declarados inadmisibles por el instructor o, conforme al punto III de la reglamentación del art. 96, la junta puede devolver las actuaciones al director de

Sumarios antes de emitir su dictamen definitivo para que éste produzca las pruebas que expresamente le indique aquélla. Entendemos que la misma atribución cabe reconocerle en el caso del sobreseimiento propuesto por el instructor y avalado por el director de Sumarios (punto LXXII)³⁶².

La reglamentación dispone que no se podrá dictar el acto administrativo sumarial sin el previo dictamen de la Junta de Disciplina. Su omisión aparejaría la nulidad del acto administrativo sancionatorio³⁶³. Entendemos que la participación de la Junta de Disciplina es obligatoria en todos los procedimientos previstos en la ley 10.430 o su decreto reglamentario, ya que no se la excluye en ningún momento y en ningún artículo, a diferencia de la Asesoría General de Gobierno, para las sanciones correctivas o la Fiscalía de Estado para las cuestiones en las que no haya interés fiscal afectado, conforme lo establece el art. 95 de la ley.

Conforme al punto I de la reglamentación del art. 96 por decreto 4161/1996, la junta debe expedir su dictamen dentro de los diez días de recibidas las actuaciones, salvo que las devolviera con motivo de haber decidido la ampliación probatoria. Emitido éste, el sumario debe ser remitido a la autoridad que lo ordenó.

El dictamen es obligatorio pero no vinculante, si bien el punto II de la reglamentación del artículo dice que éstos “en ningún caso serán vinculantes u obligatorios para la autoridad que habrá de dictar el acto administrativo”. Con ello se está refiriendo a la no obligatoriedad de aceptar su contenido y no al deber o exigencia de emitirlo. Esta consecuencia se deduce claramente de la última parte del punto, ya que para apartarse de él deberán consignarse los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoye para ello.

Bartolomé Fiorini³⁶⁴ ha destacado la intervención de este tipo de organismos colegiados en el procedimiento disciplinario, si bien ha considerado que muchas veces se restringen y autolimitan sin razón, destaca como sus funciones el control de la labor del sumariante y ser órgano de segunda instancia de las resoluciones denegatorias del instructor —función que en nuestro ámbito comparte con el director de Sumarios—. Entiende que la junta no sólo debe determinar la conducta del agente sino también juzgar el procedimiento y expresar su juicio sobre la conducta del instructor, considera que de esta manera se pueden purgar las nulidades o deficiencias del sumario en el que le ha correspondido dictar.

Manuel María Diez³⁶⁵ considera que la Junta de Disciplina constituye una cierta garantía del funcionario. Rafael Bielsa³⁶⁶ también lo justifica, tanto a favor del sumariado como en beneficio de la propia Administración; en el primer caso, por estar integrada la junta por personas que no forman parte del mismo órgano, que en general son altos funcionarios designados por el Poder Ejecutivo y además por representantes de los propios funcionarios o empleados, ya sea que estén elegidos por ellos o por el Poder Ejecutivo. Entiende que quienes califican los hechos tienen mayor responsa-

³⁶² FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 850. Este autor entiende que debe reconocerse a la Junta de Disciplina amplias facultades para indicar si deben requerirse nuevas pruebas.

³⁶³ DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. III, p. 449. Este autor ha sostenido que la falta de dictamen de la junta apareja la nulidad de la sanción; sin embargo, entiende que no es obligatorio su dictamen en los casos de las sanciones menores con procedimiento abreviado.

³⁶⁴ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 848.

³⁶⁵ DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. III, p. 448.

³⁶⁶ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III, p. 363.

bilidad moral en un caso y resultan ser sus pares en el otro. Expresa que se dice que para la Administración Pública activa es una ventaja tener el Consejo porque, en las cuestiones graves, instruye y estudia el procedimiento disciplinario y da dictamen al Poder Ejecutivo, que se limitaría a dictar la pena o la absolución, lo que le evitaría cuestiones enojosas con motivo del sumario dentro de su organización.

15.1. Composición de la Junta de Disciplina

— Art. 94, ley 10.430:

La Junta de Disciplina estará integrada en la forma que se determine por vía reglamentaria, debiéndose incluir, en todos los casos, la representación gremial. Esta representación deberá ser prevista en todo organismo similar.

— Reglamentación del art. 94 por el decreto 4161/1996:

I. La Junta de Disciplina estará integrada por un Presidente y doce miembros designados por el Poder Ejecutivo.

El presidente y seis miembros serán designados directamente y los restantes lo serán a propuesta de las entidades gremiales.

El presidente y cuatro de sus miembros, como mínimo, deberán ser abogados.

II. Para ser miembro de la Junta de Disciplina se requiere como mínimo cinco años de antigüedad en la Administración Provincial y pertenecer a los cuadros de personal permanente de la misma. Esa antigüedad debe ser inmediata anterior e ininterrumpida al momento de la designación.

III. Durarán dos años en sus funciones. Si finalizado el período no se hubiere procedido a la renovación, los miembros actuales continuarán en las funciones hasta que se efectúen las nuevas designaciones.

IV. Mientras el agente se desempeñe en la Junta de Disciplina, estará eximido de prestar las tareas propias de su cargo, no obstante lo cual se lo considerará a todo efecto como en ejercicio activo del mismo.

Percibirá los haberes correspondientes a su cargo de revista, a los que se adicionará una bonificación equivalente a la suma fijada como gastos de representación en la planilla anexa salarial para el cargo de director provincial o general, en el caso del Presidente, y de Director, para el resto de los miembros.

V. La Junta de Disciplina proyectará su reglamento interno, el que deberá ser aprobado por la Secretaría General de la Gobernación.

VI. Dentro de los dos días de radicado un sumario en la Junta de Disciplina, el o los imputados podrán deducir recusación contra algún miembro y/o el Presidente, debiendo expresar por escrito la causa en que la fundamenta y ofrecer la prueba respectiva en el mismo acto.

El Presidente y los miembros de la Junta podrán ser recusados únicamente por alguna de las causales establecidas en el art. 92, apartado XVII de esta Reglamentación.

El Presidente o miembro de la Junta que se encuentre comprendido en alguna de esas causales de recusación, deberá excusarse de intervenir.

El incidente tramitará en la forma que establezca el Reglamento interno de la Junta de Disciplina.

El art. 94 de la ley 10.430 remite a la reglamentación para determinar la composición de la Junta de Disciplina pero exige que ésta contemple representación gremial, así como también en todo organismo similar que se conforme.

La reglamentación determina que la junta esté conformada por un presidente y doce miembros designados por el Poder Ejecutivo, de los cuales el presidente y seis miembros deben ser designados directamente por el gobernador y los seis restantes a propuesta de las entidades gremiales. Se exige que el presidente y como mínimo cuatro miembros deben ser abogados.

Además, todos los miembros deben pertenecer a la planta permanente de la Administración Pública provincial con cinco años de antigüedad en ella, la que debe ser ininterrumpida e inmediata y contada hasta el momento de la designación.

Los cargos son periódicos, renovables cada dos años, la norma no prohíbe la reelegibilidad, por lo que ella en principio no está prohibida. Si al vencimiento no se renovaren los cargos, los miembros que estuvieren en ejercicio continuarán en sus funciones hasta que se hagan las nuevas designaciones. A sus miembros se los exime de desempeñar las tareas propias de su cargo pero igualmente se los considera personal en actividad, por lo que gozarán de todos los derechos derivados de dicha calidad.

El sueldo de revista se ve incrementado por una bonificación adicional igual a la suma que se fije en concepto de gastos de representación para el cargo de director provincial o general para el presidente y el previsto para los directores respecto de los otros miembros de la junta.

La junta debe dictar su reglamento interno para regular su funcionamiento y éste debe ser aprobado por la Secretaría General de la Gobernación.

Los miembros de la Junta de Disciplina, tal como ya se expresara, pueden ser recusados; ésta debe deducirse dentro de los dos días de radicado el sumario ante el órgano colegiado, esto podrá producirse no sólo ante el dictamen final, sino en todas las oportunidades en que tenga que intervenir. La recusación debe realizarse en la primera oportunidad en que toma conocimiento de su integración, si ésta se modificare en actuaciones futuras podrá plantear la recusación de los nuevos miembros.

Se dispone que en el escrito de recusación juntamente con los fundamentos del pedido debe ofrecerse la prueba, en el caso de tratarse de documental ésta debe acompañarse en el mismo acto cuando estuviere en su poder. Rigen aquí las causales previstas para los instructores en el punto XVII de la reglamentación del art. 92 por el decreto 4161/1996. Por las mismas razones, los miembros de la junta deben excusarse de oficio para intervenir. En cambio, el trámite previsto en el inc. 4º, para los instructores, puntos XVIII y XX; tampoco regirá el artículo XIX, ya que la recusación o excusación no podrá ser resuelta por el director de Sumarios, sino que el trámite del incidente será regulado por el reglamento interno de la junta.

16. Intervención de la Asesoría General de Gobierno y de la Fiscalía de Estado

— Art. 95, ley 10.430:

Cuando la falta imputada pueda dar lugar a la aplicación de sanción expulsiva, deberá darse intervención a la Asesoría General de Gobierno para que, dentro del plazo de diez días emita dictamen al respecto. Solamente se requerirá la intervención de la Fiscalía de Estado cuando de modo directo existan intereses fiscales afectados, la que deberá expedirse dentro del mismo plazo. Ambos organismos podrán recabar medidas ampliatorias.

Este artículo prevé la intervención obligatoria de la Asesoría General de Gobierno y de la Fiscalía de Estado de la provincia de Buenos Aires, pero limita su intervención a determinados supuestos.

En el caso de la Asesoría General de Gobierno, su intervención no es obligatoria cuando la falta imputada pudiere dar lugar a sanción expulsiva y, en el caso de la Fiscalía de Estado, sólo intervendrá cuando en el caso hubiere interés fiscal afectado, esto es, en aquellos supuestos en que se haya ocasionado perjuicio material directo o indirecto a la Administración, al generar el actuar irregular del agente una responsabilidad del Estado frente a terceros.

No encuadrarían en este supuesto las faltas por problemas propios de su conducta, su falta de contracción al trabajo, falta de puntualidad, ausentismos, conductas privadas que afecten la credibilidad de la Administración, problemas en el trato con sus compañeros, subordinados, superiores o público, en aquellos casos en que no se produzca siempre que no derivaren en responsabilidad patrimonial hacia la Administración.

Entendemos que no obstante la falta de obligatoriedad, la Administración tendrá la facultad de requerir dictamen a la Asesoría General de Gobierno para el caso de sanciones correctivas, así como también respecto de la Fiscalía de Estado, más aun cuando tuviere dudas sobre los eventuales perjuicios que la conducta de un agente pudiere ocasionar a la Administración.

La norma prevé que ambos organismos deberán emitir su dictamen en el plazo de diez días, coincidiendo con lo previsto en el art. 1°³⁶⁷ del decreto 2138/1989. Por otra parte resulta de aplicación aquí lo dispuesto en el art. 2°³⁶⁸ de dicho decreto, en cuanto a que el organismo puede continuar con el trámite si transcurriere el plazo sin haber recibido las actuaciones, previa certificación del vencimiento sin haberlas recibido³⁶⁹. A tal fin, de acuerdo con el art. 3° del decreto podrá enviar copias certificadas a los organismos de control y asesoramiento reteniendo el original o viceversa, pudiendo, a través de copias certificadas, requerir la intervención simultánea de los organismos. El art. 4°³⁷⁰ del decreto establece que si el criterio de alguno de

³⁶⁷ Art. 1°, decreto 2138/1989: "La Contaduría General de la Provincia, Asesoría General de Gobierno y Fiscalía de Estado expedirán sus informes, dictámenes y vistas respectivos en el plazo máximo de diez (10) días hábiles desde que las actuaciones tuvieren entrada en dichos Organismos, de conformidad con lo establecido por los arts. 77 y siguientes de la Ley de Procedimiento Administrativo (decreto-ley 7647/1970)".

³⁶⁸ Art. 2°, decreto 2138/1989: "Transcurrido el término previsto legalmente sin que se hubieren devuelto las actuaciones al Organismo que requirió el informe, dictamen o vista, su titular podrá disponer la continuación del trámite según el estado del expediente, previa certificación del vencimiento del plazo aludido sin haberse recibido aquéllas.

"La prosecución del procedimiento se hará bajo responsabilidad del funcionario que lo dispone y con la condición de incorporar a las actuaciones dichos informes, dictámenes y vistas, inmediatamente después de recibidos".

³⁶⁹ Art. 3°, decreto 2138/1989: "A los efectos previstos precedentemente, autorizase la remisión de expedientes en copia fotostática, debidamente certificada por el funcionario que requiere la intervención, de la totalidad de las fojas y documentación que los integran, para su análisis por los Organismos de Control y de Asesoramiento, reteniendo las actuaciones originales; o —en caso de enviar éstas— se podrán retener las fotocopias para la eventual prosecución del trámite. A los mismos fines, podrá requerirse —mediante el envío de las copias aludidas— la intervención simultánea de dichos Organismos".

³⁷⁰ Art. 4°, decreto 2138/1989: "Si el criterio de alguno de tales Organismos fuere total o parcialmente discordante con el acto administrativo que pudiera haberse dictado al proseguirse el trámite

los dictámenes de los organismos fuere total o parcialmente discordante con el acto administrativo que se haya dictado, el acto administrativo, por haber decidido la Administración hacerlo sin dictamen ante el vencimiento del plazo de diez días en los términos del art. 2º del decreto, la autoridad que lo emitió deberá dictar nueva declaración o decisión aceptando o rechazando el criterio.

17. Pase de la causa a definitiva

— Art. 96, ley 10.430:

Una vez pronunciada la autoridad sumariante, la Junta de Disciplina y, en su caso la Asesoría de Gobierno y la Fiscalía de Estado, las actuaciones serán remitidas a la autoridad competente para que dicte la resolución definitiva con ajuste a lo establecido.

— Reglamentación del art. 96 por el decreto 4161/1996:

I. La Junta de Disciplina deberá expedirse en el plazo de diez días. Cumplido el mismo, las actuaciones deberán ser remitidas a la autoridad que ordenó la instrucción del sumario.

II. Los dictámenes en ningún caso serán vinculantes u obligatorios para la autoridad que habrá de dictar el acto administrativo final, para apartarse de ellos se deberán dar los fundamentos de hecho y de derecho que así lo indiquen.

III. Antes de emitir su dictamen definitivo, puede la Junta de Disciplina devolver las actuaciones a la Dirección de Sumarios para que produzca las pruebas que expresamente le indique.

El art. 96 determina que luego de los dictámenes de la Junta de Disciplina y, en su caso Asesoría General de Gobierno y Fiscalía de Estado, debe dictarse la resolución definitiva. La reglamentación no se correlaciona con dicha resolución sino con el trámite previsto ante la Junta de Disciplina, por lo que ésta debe analizarse junto con las disposiciones de los arts. 93 y 94 de la ley y su reglamentación.

18. Suspensión preventiva y disponibilidad relativa

— Art. 97, ley 10.430:

Desde que se ordena la sustanciación de un sumario administrativo, y en cualquier estado de las actuaciones, la autoridad que lo dispuso puede declarar al agente presuntamente incurso en falta, en disponibilidad relativa o suspenderlo con carácter preventivo, por el término de sesenta días, pudiendo ser ampliada por el Poder Ejecutivo, previo dictamen de la Asesoría General de Gobierno.

Asimismo, se dispondrá la suspensión preventiva del agente que sufra privación de la libertad ordenada por autoridad policial o judicial, acusado de la comisión de un delito, de transgresión al Código de Faltas o simplemente de averiguación de hechos delictuosos.

Tales medidas precautorias no implican pronunciarse sobre la responsabilidad del agente.

según lo previsto en el art. 2º, la autoridad que lo emitió deberá dictar nueva declaración o decisión, aceptando o rechazando, en su caso, dicho criterio”.

— Reglamentación del art. 97 del decreto 4161/1996:

I. La disponibilidad relativa puede declararse cuando sea necesaria para esclarecer los hechos motivo de la investigación o cuando la permanencia del agente sea incompatible con el estado de autos o con el tipo de tareas que desarrolla.

Su ampliación será dispuesta previo dictamen de la Asesoría General de Gobierno.

II. La suspensión preventiva puede aplicarse cuando la gravedad del hecho aconseje el alejamiento transitorio del agente del servicio administrativo.

Tendrá una duración de hasta sesenta días corridos.

La misma podrá ser ampliada por el Poder Ejecutivo, previo dictamen de la Asesoría General de Gobierno.

Exceptúase de los plazos precedentes, los casos de suspensión preventiva como consecuencia de privación de libertad del agente.

III. La autoridad que dispuso las medidas referidas precedentemente, deberá indefectiblemente proceder al levantamiento de las mismas, tan pronto se hubiere logrado la finalidad que las motivara.

IV. Los actos que resuelvan la disponibilidad o suspensión preventiva serán notificados íntegramente y de inmediato al agente alcanzado por las mismas y comunicados a la Junta de Disciplina.

V. Contra las resoluciones que dispongan las medidas preventivas proceden los recursos previstos en el art. 104 de la Ley y de esta Reglamentación.

VI. Estos recursos deberán interponerse dentro de los cinco días siguientes al de la notificación del agente.

El acto que resuelva el jerárquico será irrecurrible.

Ambos recursos deberán interponerse fundadamente y por escrito.

La situación del recurso no interrumpe la tramitación del sumario y las medidas preventivas dispuestas serán mantenidas mientras aquél se resuelva.

VII. Las medidas preventivas que se dicten como consecuencia del procedimiento sumarial deberán ser comunicadas al organismo sectorial de personal dentro de los dos días de adoptadas.

El Organismo Sectorial de Personal controlará los términos de las medidas preventivas.

El art. 87 contempla dos tipos de medidas cautelares a dictar en el trámite del procedimiento sumarial.

Estas medidas pueden disponerse en cualquier estado de las actuaciones, esto es, en la etapa de cargo o luego de ella, ya que su dictado no depende del estadio procedimental —salvo que se haya arribado al acto definitivo sobreseyendo o aplicando una sanción— sino de la configuración de los supuestos previstos en la ley, pero para ello el inculcado debe tener la calidad de sumariado, es decir, haberse iniciado contra él orden de sumario. De allí que no podrán dictarse este tipo de medidas respecto de quienes estuvieren sospechados y se les tomare declaración informativa si no tuvieren las condiciones de sumariados.

La norma expresamente reafirma el carácter no disciplinario de la medida, al establecer en el último párrafo que la disposición precautoria no implica pronunciarse sobre la responsabilidad del agente.

Ambas tienen la misma naturaleza, se ha entendido que su adopción es discrecional³⁷¹ para la Administración, y por eso entendemos que no debe interpretarse

³⁷¹ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, t. III, cit., p. 542.

como una atribución facultativa, ya que de configurarse las causales previstas en la norma, el organismo competente tiene el deber de aplicarlas.

No se trata de medidas disciplinarias sino de tipo precautorio. Los autores se han referido a su naturaleza, si bien, en general³⁷², respecto de la suspensión preventiva³⁷³.

18.1. Disponibilidad relativa

La disponibilidad relativa ha sido regulada en el art. 13 de la ley 10.430 y su reglamentación por el decreto 4161/1996.

En el artículo de la ley se prevén dos causales: una relativa a una cuestión organizacional, si bien motivada por situaciones disfuncionales como lo es la intervención de un organismo o dependencia y la otra referida en el art. 97, dentro del procedimiento sumarial.

Esta última medida implica el traslado de la persona del área donde presta servicios a otra dependencia u organismo y, de acuerdo con el punto I de la reglamentación de dicho artículo, debe estar fundada, ya sea en la necesidad de esclarecer los hechos motivo de la investigación o cuando la permanencia del agente en el lugar sea incompatible con el estado de autos o con el tipo de tareas que desarrolla. La primera de las causales requerirá el alejamiento físico del agente sumariado para facilitar la investigación³⁷⁴; la segunda, por razones de decoro³⁷⁵ atento a la naturaleza de la falta, la que puede estar vinculada a las tareas habituales que realiza o, por otras consecuencias que deriven del procedimiento, tal el caso de la relación con otros agentes, ya sea por derivar la falta de problemas de conducta con sus superiores, pares o subordinados, como también por la participación que puedan tener aquéllos en el sumario.

De acuerdo con la reglamentación del art. 13, la medida será dictada por las autoridades previstas en los incs. a) y b) del art. 99, esto es, el Poder Ejecutivo, cuando la falta investigada derive presumiblemente en sanción expulsiva o los ministros, secretarios, subsecretarios, directores generales o provinciales u otros funcionarios con idéntico rango a los nombrados cuando la falta derivare presumiblemente en sanción correctiva. Estas autoridades serán las que determinen el destino del agente.

La reglamentación del art. 13 establece que la medida no afecta la foja de servicios del agente, no le produce pérdida de ninguno de sus derechos ni la percepción de haberes.

La disponibilidad debe durar como máximo sesenta días, pudiendo extenderse por decisión del Poder Ejecutivo, prerrogativa delegada a ministros, secretarios

³⁷² GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 36 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 370. En donde se prevén tanto la suspensión preventiva como el traslado.

³⁷³ VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Derecho...*, cit., t. III, p. 541.

DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. III, p. 451. Este autor expresa que se trata de una medida administrativa que tiene por objeto evitar las consecuencias desagradables de mantener en actividad a un funcionario sobre el que pesa sospecha.

BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., p. 374. Este autor distingue a la suspensión disciplinaria de la preventiva por dictarse por motivos de investigación.

³⁷⁴ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 851.

³⁷⁵ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 851.

de la gobernación, titulares de organismos de la Constitución y Asesor General de Gobierno, conforme lo establece el inc. 7º³⁷⁶ del decreto 574/2001.

Conforme al último párrafo del art. 97 y al punto I de la reglamentación de dicho artículo, su ampliación exige un dictamen previo de la Asesoría General de Gobierno, siendo aplicable el decreto 2138/1989, tal como expresáramos al comentar el art. 95 de la ley.

Las tareas asignadas deberán guardar relación con el cargo que ocupa y el traslado no puede afectar el principio de unidad familiar, el que conforme al art. 21 queda afectado cuando el agente deba desplazarse diariamente a más de sesenta kilómetros de su lugar habitual de residencia. La norma establece un límite, pasado el cual se considera afectado el principio de unidad familiar; sin perjuicio de ello, nada obsta a que el agente demuestre que una distancia menor, por las dificultades de acceso —tal es el ejemplo de tratarse del acceso a dependencias en zonas rurales—, afecte igualmente dicho principio.

18.2. *Suspensión preventiva*

Esta medida implica la separación del agente de sus tareas, pudiendo ser con o sin goce de haberes, ya que la pérdida de su remuneración no es una consecuencia de la medida dispuesta³⁷⁷, sino que depende de las circunstancias³⁷⁸. No obstante ello, el art. 97 ni su reglamentación prevén la doble alternativa.

Sin embargo, la suspensión sin percepción de haberes ha sido prevista en forma implícita en el art. 98 de la ley 10.430, al determinar en su primer párrafo que cuando se aplicare sanción correctiva se deben computar los días de suspensión preventiva y si éstos superan a la sanción le deben ser abonados como si se hubieran trabajado. En el segundo párrafo se dispone que cuando la sanción fuere expulsiva no corresponde al agente percibir los haberes que le hubieran correspondido por la suspensión preventiva, por lo que aquí también la medida precautoria lo es sin percepción de haberes.

Las causales para la aplicación de la medida de suspensión preventiva están previstas tanto en el art. 97 de la ley como en su reglamentación. En la ley se dispone que se debe suspender preventivamente al agente que sufra detención ordenada tanto por autoridad policial como judicial, ya sea por estar acusado por la comisión de un delito, de una contravención o simplemente por averiguación de hechos delictuosos.

En el reglamento, en cambio, se consagra una causal mucho más amplia y genérica vinculada con la naturaleza de la falta cometida, ya que se establece que la media precautoria puede aplicarse cuando la gravedad del hecho aconseje el alejamiento transitorio del agente del servicio administrativo. Como podemos apreciar, la redacción se fundamenta en la gravedad de los hechos involucrados, lo que supone que este tipo de medidas se aplique cuando los hechos investigados presumiblemente aparejen sanción expulsiva, de lo contrario habría que recurrir a la disponibilidad relativa si se configuran sus causales.

³⁷⁶ Art. 1º, decreto 574/2001: “Delégase en los señores Ministros Secretarios, Secretarios de la Gobernación, titulares de los Organismos de la Constitución y Asesor General de Gobierno, el ejercicio de las siguientes facultades: ...7) Prorrogar plazos para la conclusión de sumarios administrativos, ampliar suspensiones preventivas y disponibilidades relativas...”.

³⁷⁷ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 852.

³⁷⁸ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 426.

La aplicación de estas medidas debe estar en cabeza del Poder Ejecutivo si entendemos que los hechos pueden dar motivo a sanciones expulsivas, así como también en los casos de privación de la libertad; ello de acuerdo con la distribución de competencias en materia sancionatoria prevista en el art. 99 de la ley 10.430, de la misma manera que la reglamentación del art. 13 lo previó para la disponibilidad relativa.

El plazo de duración de la suspensión preventiva no podrá superar los sesenta días corridos, de la misma manera que el máximo de la sanción de suspensión preventiva en el art. 81 de la ley 10.430. Sin embargo, igual que para la disponibilidad preventiva, el art. 97 y el punto II de su reglamentación prevén su prórroga por parte del Poder Ejecutivo, previo dictamen de la Asesoría General de Gobierno, potestad que, como vimos, ha sido delgada en ministros, secretarios de la gobernación, titulares de organismos de la constitución y asesor de Gobierno por el art. 1º, inc. 7º del decreto 574/2001.

Se excepciona del límite de sesenta días a las suspensiones preventivas dictadas como consecuencia de la privación de libertad del agente.

La medida tampoco puede afectar derechos del sumariado por el solo dictado de la medida preventiva, por lo que así como el art. 103 dispone que, cuando la resolución final absuelva o sobresea definitivamente al imputado le deben ser abonados íntegramente los haberes correspondientes al tiempo de duración de la suspensión preventiva, así tampoco podrá perder sus derechos a antigüedad ni al ascenso o promoción, sin perjuicio a lo dispuesto por el art. 89 de la ley, en cuanto suspende éstos hasta tanto se resuelva definitivamente el sumario, reservándose la vacante y accediendo retroactivamente a ella si el resultado le fuere favorable.

18.3. Disposiciones comunes a ambas medidas

La reglamentación del art. 13 establece, en su último párrafo, que la Dirección de Sumarios debe priorizar las actuaciones sumariales en las que se hayan dictado medidas de disponibilidad relativa o suspensión preventiva.

La reglamentación del art. 97 en su punto III dispone que la autoridad que dictó las medidas será la que deba proceder a su levantamiento tan pronto se hubiere logrado la finalidad que la motivara.

De acuerdo con el punto IV de aquella reglamentación, los actos que establecen tanto la disponibilidad relativa como la suspensión preventiva deben ser notificados en forma íntegra y de inmediato al agente, como también comunicados a la Junta de Disciplina. Entendemos que la comunicación implica posibilidad de emitir opinión en virtud de la potestad de contralor que el organismo ejerce sobre el sumario y su función consultiva respecto de la autoridad con potestad sancionatoria. En el caso de los agentes, la notificación debe hacerse en el domicilio denunciado conforme al deber previsto en el art. 78, inc. o) de la ley, pero si éste estuviere privado de la libertad debe notificarse en donde se encontrare detenido.

El punto V de la reglamentación dispone la impugnabilidad de las medidas preventivas por medio de los recursos previstos en el art. 104 de la ley y su reglamentación. Esto es, recurso de revocatoria con jerárquico en subsidio o recurso jerárquico directo; en estos dos últimos casos, cuando la medida sea dictada por una autoridad inferior al Poder Ejecutivo o quien tenga competencia delegada por éste. Estos recur-

sos, a diferencia de los casos previstos en el art. 104 (de revocatoria y jerárquico en subsidio) y su reglamentación (recurso jerárquico directo) deben interponerse dentro de los cinco días de notificado; en cambio, los otros, a los diez días. En lo demás rigen los mismos requisitos, si bien por el art. VI se reitera que deben ser interpuestos fundadamente y por escrito. Se dispone que el acto que resuelva el recurso jerárquico es irrecurrible. Esta prescripción debe entenderse en términos procedimentales, es decir, ante un recurso jerárquico resuelto no cabe interponer recurso de revocatoria alguno, siempre que con ello se impida la impugnación judicial de las decisiones precautorias adoptadas, más aun en nuestra provincia, donde la pretensión judicial tiene que ser postulada en una demanda³⁷⁹ y menos aun adscribir a cualquier idea vinculada a las antiguas doctrinas de la justicia revisora, ajenas a nuestro contencioso administrativo local.

18.4. Efectos de la sanción aplicada sobre la suspensión preventiva

— Art. 98, ley 10.430:

Quando al agente le fuera aplicada sanción disciplinaria correctiva, se le computará el tiempo que duró la suspensión preventiva, a los efectos del cumplimiento de aquélla. Los días de suspensión preventiva que superen a la sanción aplicada les serán abonados como si hubieren sido laborados.

En caso de que hubiere recaído sanción disciplinaria expulsiva, el agente no percibirá los haberes correspondientes al período de suspensión preventiva.

— Reglamentación del art. 98 de la ley 10.430:

El reintegro de los haberes a que hace referencia el primer párrafo del art. 98 de la ley, deberá efectuarse con intereses hasta la fecha del efectivo pago.

El art. 98 regula los efectos que produce la aplicación de las distintas sanciones —sean correctivas o expulsivas— sobre el derecho a percepción de haberes que pudiere derivar, por los días en que el agente hubiere estado bajo suspensión preventiva.

Si la sanción aplicada fuere una sanción correctiva, si ésta fuere menor al tiempo de la suspensión preventiva, ya sea por ser sanción de apercibimiento o suspensión menor al tiempo de ésta, se le debe pagar los salarios abonados como si hubieren sido trabajados. El reglamento prevé que el reintegro supone la percepción de intereses hasta la fecha de efectivo pago.

Si la sanción es de suspensión, se le computarán los días en que estuvo bajo la medida preventiva, descontándolos del de la pena a los fines de su cumplimiento.

Si la sanción fuere expulsiva, entonces los días de la suspensión preventiva no deben pagarse.

³⁷⁹ A diferencia del régimen nacional, en el que el art. 39, ley 25.164, admite la opción excluyente del recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o ante las cámaras federales cuando corresponda contra las decisiones que impongan aplicación de sanciones.

Si bien las sanciones no tienen efectos retroactivos³⁸⁰, el tiempo de la suspensión preventiva en el caso de la cesantía no podrá ser considerado como en actividad por no haber sido computado como trabajado, con los efectos que ello conlleva; tal el caso de la antigüedad a los fines del pago de la bonificación o como antecedente para la promoción o el ascenso. Por el contrario, en el caso de los días que excedieron a las sanciones correctivas aplicadas, además de la percepción de los haberes, deben ser considerados como si fueren trabajados con todos sus efectos.

19. Autoridades competentes para aplicar sanciones disciplinarias

— Art. 99, ley 10.430:

Son competentes para aplicar las sanciones disciplinarias:

- a) El Poder Ejecutivo, las expulsivas.
- b) Los Ministros, Secretarios, Subsecretarios, Directores Generales o Provinciales, y demás funcionarios con idéntico rango a los enumerados, las correctivas.
- c) Los Directores, o sus equivalentes, las correctivas limitándose la suspensión hasta un máximo de diez días.

La entidad de la pena impuesta determina la jerarquía del funcionario habilitado por la ley 10.430 para aplicarla.

Sólo el gobernador podrá imponer sanciones expulsivas o sus consecuencias, tal el caso de la rehabilitación, salvo que éste delegue expresamente dicha atribución.

En este sentido, el art. 1°³⁸¹ del decreto 574/2001 delega en los ministros, secretarios de la gobernación y titulares de organismos de la constitución y asesor general de Gobierno la atribución de disponer el cese del personal, salvo los casos de planta permanente sin estabilidad y los casos en que la extinción se produzca por regímenes excepcionales de pasividad anticipada y retiro voluntario (inc. 4°), así también ha delegado la conversión de exoneración en cesantía (inc. 5°).

Entendemos que ello lo es en los términos del art. 105 de la ley que prevé la revisión de la sanción de oficio o a pedido de parte. Así también podría darse el supuesto del art. 91, punto II, de la reglamentación, que prevé la posibilidad de modificar la sanción impuesta en la resolución final del sumario de acuerdo con el resultado sobreviniente del proceso penal. A través del inc. 6° delegó a atribución de disponer rehabilitaciones, ello en los términos del art. 3°, inc. a), de la ley y su reglamentación.

La situación es diferente para los titulares de organismos autárquicos, ya que, en este caso, sólo se dispuso la delegación para ceses puntuales, como los supuestos

³⁸⁰ DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. III, p. 437. FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 854; JÉZE, Gastón, *Principios...*, cit., t. II, p. 232.

³⁸¹ Art. 1°, decreto 574/2001: "Delégase en los señores Ministros Secretarios, Secretarios de la Gobernación, titulares de los Organismos de la Constitución y Asesor General de Gobierno, el ejercicio de las siguientes facultades:

"...4) Disponer los ceses de personal excluidos los del personal de planta permanente sin estabilidad y los supuestos de pasividad anticipada y retiro voluntario.

"5) Disponer la conversión de exoneración en cesantía.

"6) Disponer rehabilitaciones..."

de renuncia o fallecimiento, excepto el personal de planta permanente sin estabilidad, tal lo dispuesto en el art. 2º, inc. 2º³⁸² del decreto 574/2001.

Las sanciones correctivas, cualquiera sea su graduación, pueden ser impuestas por ministros, secretarios, directores generales o provinciales, así como todo funcionario que tenga rango equivalente al de éstos.

Cuando las sanciones no excedan los diez días de suspensión, pueden ser aplicadas por directores o funcionarios con cargo equivalente. Éstos son los casos previstos en el art. 87 de la ley 10.430, donde se prevé un procedimiento abreviado.

Un procedimiento diferente debe aplicarse en el caso de inasistencias injustificadas, resultando competencia de los directores la aplicación de la sanción prevista en el inc. a) del segundo párrafo del art. 85, ya que ese inciso es el único que prevé una pena menor de diez días, siendo ésta la de suspensión de cinco días para quien tuviere tres inasistencias en el término de trescientos sesenta y cinco días.

20. Resolución final

— Art. 100, ley 10.430:

El acto administrativo final deberá ser dictado dentro de los cinco días de recibidas las actuaciones y deberá resolver:

- a) Sancionando al o a los imputados.
- b) Absolviendo al o a los imputados.
- c) Sobreseyendo en el sumario al o a los imputados.
- d) Declarando extinguida la potestad disciplinaria de la Administración por alguna de las causales previstas.

Previo al dictado del acto que resuelva el sumario, el órgano competente podrá disponer la ampliación del sumario, haciendo clara referencia a los hechos y circunstancias sobre los que versare.

— Reglamentación del art. 100 por decreto 4161/1996:

La resolución definitiva deberá indicar la norma legal aplicable. Para el análisis del caso se aplicará el principio de las libres convicciones razonadas.

La decisión deberá fundarse en la valoración de pruebas esenciales y decisivas, sin estar obligada la autoridad administrativa competente a hacer mérito de toda la producida, pero debiendo tenerla presente en su totalidad, pudiendo requerir la producción de nuevas medidas probatorias ampliatorias.

Cuando la Dirección de Sumarios, la Junta de Disciplina, la Asesoría General de Gobierno y la Fiscalía de Estado coincidan en aconsejar una medida expulsiva, deberá mediar decreto del Poder Ejecutivo para el caso de disponerse la aplicación de una sanción más benigna.

Asimismo, deberá dictarse decreto del Poder Ejecutivo cuando exista uniformidad de criterio de los organismos consultivos y el acto resolutorio se aparte de los mismos.

El sobreseimiento será dictado cuando no exista auto de imputación, sea con relación al sumario o a los sumariados.

³⁸² Art. 2º, decreto 574/2001: "Delégase en los titulares de los organismos autárquicos el ejercicio de las facultades consignadas en los incs. 18), 19), 20) y 21) del artículo precedente sin perjuicio de las siguientes:

"1) Otorgar licencias o permisos sin goce de retribución hasta un máximo de seis (6) meses.

"2) Disponer ceses por renuncia o fallecimiento excepto el del personal de planta permanente sin estabilidad".

El art. 100 de la ley 10.430 establece que las autoridades competentes, previstas en el art. 99, tienen un plazo de cinco días para dictar la resolución final, contado desde el día que dichas autoridades recibieron las actuaciones.

Sin perjuicio de ello, tal como se reconoce a la Junta de Disciplina en el punto III de la reglamentación del art. 96, y a la Asesoría de Gobierno y a la Fiscalía de Estado, por el punto I de la reglamentación del art. 97, se prevé en el último párrafo del art. 100 de la ley la atribución de la autoridad que va a aplicar la sanción, de requerir la ampliación del sumario, lo cual debe hacer fundadamente, ya que la norma exige que haga clara referencia a los hechos y las circunstancias sobre los que versare. La reglamentación también hace referencia a esta atribución al prever la posibilidad de requerir la producción de nuevas medidas probatorias ampliatorias de las que se haya sustanciado en el sumario. Esta habilitación ha sido delegada por el gobernador a ministros, secretarios de la gobernación, titulares de organismos de la Constitución y asesor general de Gobierno por el art. 1º, inc. 7º del decreto 574/2001 en tanto permite prorrogar plazos para la conclusión de sumarios administrativos. Esta prerrogativa debe distinguirse de la prevista en el punto V del inc. 3º) de la reglamentación del art. 92 de la ley 10.430, en cuanto atribuye competencia al director de Sumarios para prorrogar el plazo de sesenta días para la conclusión de sumarios cuando las circunstancias del caso lo aconsejen.

El art. 100 de la ley describe las distintas opciones a las que se pudiere arribar en la decisión que pone fin al procedimiento disciplinario, esto es, sancionar, absolver o sobreseer al o a los inculpados, o declarar extinguida la potestad disciplinaria de acuerdo con las causales previstas en el art. 90, es decir, fallecimiento, desvinculación del agente —renuncia, jubilación ordinaria o por incapacidad, retiro voluntario— o prescripción.

La reglamentación del artículo exige que en la resolución se indique la norma legal aplicable y que se funde en las pruebas aportadas en el procedimiento administrativo³⁸³; debe tener presente la totalidad pero no está obligado a hacer mérito de todas sino sólo de aquellas que considere esenciales y decisivas; ellas siempre tienen que estar referidas a las conductas que dieron motivo al sumario administrativo y no a otras.

La resolución deberá contener una descripción de los hechos y circunstancias que considere probados, así también las razones por las cuales no consideraron atendibles las pruebas decisivas en sentido contrario al resuelto, debiendo concluir sobre la existencia o inexistencia del hecho, así también determinar con base en ello la participación de los imputados y, en su caso, su responsabilidad, las eximentes, atenuantes y agravantes. Estas últimas, siempre que se haya probado la comisión de un hecho ilícito y la participación de los agentes sumariados³⁸⁴.

Luego, como ya se describiera, debe señalar la norma aplicable, es decir, la calificación legal³⁸⁵ y obviamente, de corresponder, la sanción, la absolución, el sobreseimiento o la declaración de extinción de la potestad disciplinaria.

Además, la resolución debe cumplir con los requisitos de lugar, fecha y firma del funcionario competente, como también con los requisitos formales de registra-

³⁸³ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 850.

³⁸⁴ En este sentido, art. 371, CPP Bs. As., que en lo que resultare compatible puede aplicarse como criterio rector para determinar el contenido de la resolución sancionatoria.

³⁸⁵ En términos del art. 375, CPP Bs. As.

ción e impresión de los sellos correspondientes de seguridad e identificación de funcionarios y actuaciones.

20.1. Valoración de la prueba

La reglamentación del art. 100 prevé que el criterio para valorar o apreciar³⁸⁶ la prueba³⁸⁷ es el de libres convicciones razonadas, en idéntico sentido al consagrado en el art. 58³⁸⁸ del decreto-ley 7647/1970.

Éste puede considerarse equiparable al de sana crítica,³⁸⁹ e intermedio³⁹⁰ entre el de pruebas tasadas y el de íntimas convicciones³⁹¹. Se permite al juzgador resol-

³⁸⁶ FALCÓN, Enrique M., *Tratado de la prueba*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 546. Expresa: "Apreciar consiste en poner precio a algo, y desde el punto de vista del proceso significa establecer 'cuánto vale la prueba', es decir, qué grado de verosimilitud presenta la prueba en concordancia con los hechos del proceso".

³⁸⁷ PALACIO, Lino E., *Derecho procesal civil*, t. IV, 4ª reimpr., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992, p. 411, parág. 420. "La apreciación de la prueba es el acto mediante el cual el órgano judicial, en oportunidad de dictar sentencia definitiva, se pronuncia acerca de la eficacia o atendibilidad de aquélla para formar su convicción sobre la existencia o inexistencia de los hechos controvertidos en el proceso".

³⁸⁸ Art. 58, decreto-ley 7647/1970: "La prueba se apreciará con razonable criterio de libre convicción".

³⁸⁹ COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, t. II, 3ª ed. reimpr., Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 226.

"Las reglas de la sana crítica son un precioso Standard jurídico que abarca, tal como hemos sostenido, todo el campo de la prueba. Su valor como tal radica en que consisten en una parte lo suficientemente precisa (las reglas de la lógica formal) y en otra lo suficientemente plástica (las máximas o advertencias de la experiencia del juez) como para procurar la justicia de las situaciones particulares".

FALCÓN, Enrique M., *Tratado de la Prueba*, t. I, Astrea, Buenos Aires, 2003, p. 562. Considera que la sana crítica es el resumen de todos los sistemas de apreciación probatoria.

³⁹⁰ BOTASSI, Carlos A., *Procedimiento...*, cit., p. 208, parág. 242. El autor incluye dentro de la clasificación tripartita al criterio de valoración previsto en el art. 58 de la Ley de Procedimientos Administrativos. Señalando luego que "Este método no posee la rigidez del método de prueba legal ni la incertidumbre de la libre convicción" (p. 209, parág. 245).

COUTURE, Eduardo J., *Estudios...*, cit., t. II, p. 221. Considera que los criterios de valoración de la prueba son tres: "a) pruebas legales: imputación anticipada de la norma, de una medida de eficacia; b) sana crítica: remisión a criterios de lógica y de experiencia, por acto valorativo del juez; c) libre convicción: remisión al convencimiento que el juez se forme de los hechos, en casos excepcionales en los cuales la prueba escapa normalmente al contralor de la justicia, por convicción adquirida por la prueba de autos, sin la prueba de autos o aún contra la prueba de autos".

PALACIO, Lino E., *Derecho...*, cit., t. IV, p. 413, parág. 420. El autor entiende que "...tampoco resulta acertado el criterio consistente en aceptar tres sistemas de apreciación de la prueba, ubicando al de la "sana crítica" como una categoría intermedia entre los dos extremos representados por el sistema de la apreciación tasada y por el de las libres convicciones, pues tampoco este último supone, en el proceso civil, la libertad absoluta del órgano judicial".

HUTCHINSON, Tomás, *Procedimiento...*, cit., p. 212. Tampoco acepta la división tripartita al señalar que hay dos sistemas de apreciación de la prueba: el de la tarifa legal y el de la libre apreciación. Ya que entiende que "libre apreciación, convicción íntima, libre convicción, sana crítica, apreciación razonada, etc., significan lo mismo: libertad para apreciar las pruebas de acuerdo con la lógica y las reglas de experiencia que, según el criterio del órgano, sean aplicables al caso".

Este método no posee la rigidez del método de prueba legal ni la incertidumbre de la libre convicción.

³⁹¹ PALACIO, Lino E., *Derecho...*, cit., t. IV, 4ª reimpr., 1992, p. 411, parág. 420. "Dicho acto puede hallarse sujeto a dos sistemas: el de la apreciación libre y el de la apreciación tasada. Su diferencia

ver con amplitud sobre la prueba aportada pero debe fundar el razonamiento³⁹² al que ha arribado con base en los elementos de prueba esenciales para determinar los hechos del sumario y las eventuales responsabilidades de los agentes imputados.

El tercer párrafo de la reglamentación del art. 100 dispone que, en caso de coincidencia entre las opiniones de la Dirección de Sumarios, de la Junta de Disciplina, de la Asesoría de Gobierno y de la Fiscalía de Estado, aconsejando una medida expulsiva y la del organismo competente de dictar una más benigna, deberá exigirse decreto del Poder Ejecutivo, la autoridad con atribuciones para dictar este tipo de medidas. Entendemos que también podrán hacerlo las autoridades con competencia delegada previstas en el art. 1° del decreto 574/2001.

De la misma manera debe dictarse decreto del Poder Ejecutivo o resolución de las autoridades delegadas cuando los organismos preopinantes hayan coincidido de manera uniforme en sus criterios y el acto resolutorio se apartare de éstos.

El último párrafo define el momento hasta el cual debe dictarse sobreseimiento: cuando no exista auto de imputación, ya sea con relación al sumario o a los sumariados; cuando haya inexistencia del hecho o falta de imputación a quienes estuvieron sumariados, remitiéndonos al comentario de los arts. 92 y 103 en los que se trata el instituto del sobreseimiento en el sumario.

20.2. Principios aplicables para la apreciación de la falta

Tal como se ha dicho, los derechos disciplinario y penal tienen distinta naturaleza, pero ambos comparten principios generales, muchos de ellos derivados de la propia Constitución, que hacen a la naturaleza represiva de ambos. Sin embargo, cada uno tiene sus propias modulaciones y otros principios propios del derecho penal resultan inaplicables; abordaremos algunos de ellos.

20.2.1. Aplicación del principio de ley más benigna

La doctrina, en su mayoría³⁹³, ha entendido que este principio no tiene aplicación en el derecho disciplinario, así también lo ha hecho la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

reside en la circunstancia de que mientras el primero reserva al arbitrio judicial la determinación de la eficacia de la prueba en cada caso concreto, el segundo subordina aquel arbitrio a la aplicación de reglas legales que, en términos generales y abstractos, fijan por anticipado el valor que corresponde asignar a ciertos medios de prueba, o bien los desechan como tales cuando se trata de acreditar determinados hechos”.

³⁹² GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. IV, cap. VII, p. 22.

³⁹³ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., p. 845; DOCOBO, Jorge J., “La aplicación...”, cit.; COMADIRA, Julio R., *Derecho...*, cit., p. 574.

MALJAR, Daniel E., *El derecho...*, cit., p. 243. En sentido contrario este autor entiende que a partir de la incorporación de los tratados internacionales con rango constitucional, en virtud del art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional, el principio rige en materia sancionatoria, por aplicación del art. 9° de la Convención Americana de Derechos Humanos y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el precedente “Pereiro de Buodo”³⁹⁴, el Máximo Tribunal federal expresó: “Se ha dicho que la regla de la ley penal más benigna —art. 2º, CPen.— rige en materia penal y no cuando se controla el ejercicio del poder disciplinario (sentencia del 8/8/1985 en la causa Caputo, Luis v. Resolución Consejo Nacional de Educación); que la falta de interés social para perseguir el esclarecimiento de un delito después del transcurso del término que la ley prefija, fundada en la presunción de haber desaparecido los motivos de la reacción social defensiva, no rige en el ámbito disciplinario administrativo, en el que prima lo atinente a la aptitud para la correcta prestación del servicio público que conviene con el adecuado mantenimiento de la disciplina”.

Con relación a este fallo, Fabián Canda³⁹⁵ indicó que la Corte no consideró inaplicables los principios generales del derecho penal sino los que derivan del Código Penal al entender que en “Pereiro de Buodo” se determinó la inaplicabilidad de los principios de ley penal más benigna y prescripción por no estar previstas en el art. 18 de la Constitución Nacional. En cuanto a este último, son válidas las observaciones que hemos hecho respecto del instituto de la prescripción al comentar el art. 90 de la ley.

En sentido contrario, la Suprema Corte provincial, conformada con mayoría de conjueces, ha resuelto en autos “Ambrosio” la aplicación del principio de la ley más benigna para hacer valer el régimen prescriptivo previsto en una norma vigente *ex post facto* por aplicación de los principios del derecho penal³⁹⁶.

20.2.2. Principio de prohibición de aplicación de leyes ex post facto

La vigencia de este principio en el derecho administrativo sancionador dio lugar a posiciones divergentes, tal como se explicara al tratar el régimen disciplinario. Por un lado, aquellas posturas que consideran aplicable en forma estricta el principio *nullum crimen nulla pena sine lege*. En este sentido, José Canasi considera que deben aplicarse de la misma manera que en el derecho penal administrativo y en el Código Penal³⁹⁷; Bartolomé Fiorini lo acepta en el procedimiento disciplinario, no

³⁹⁴ Corte Sup., 17/2/1987, P 116 XXI, caratulada “Pereiro de Buodo, María M. s/resolución 948”, Fallos 310:316.

³⁹⁵ CANDA, Fabián O., “El régimen disciplinario...”, cit.

³⁹⁶ Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 2/12/1997, B 49753 caratulada “Ambrosio, Esther María v. Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial). Demanda contencioso administrativa”. Voto de la Dra. Lapalma a la segunda cuestión, considerando VII: “Así quedan expuestos, a mi entender los antecedentes relevantes de la causa. En ese sentido comparto la doctrina de que el ‘Derecho Disciplinario’, el ‘Derecho Penal común’ y el ‘Derecho Penal Administrativo’ se incluyen en el Derecho Penal, más allá de las variables que hacen a la finalidad de cada una de las ramas (de acuerdo AFTALIÓN, Enrique ‘Los límites entre el derecho penal común, el derecho penal administrativo o disciplinario’, LL 1977-C-742 y ss.; NUÑEZ, Ricardo, ‘La aplicación de las disposiciones generales del Código Penal a las leyes penales administrativas’, LL 59-590 y ss.).”

”En este aspecto, en lo que hace a la mayor benignidad, comparto los fundamentos y consecuencias dadas por los señores jueces doctores Busteros, Marroco y Oliveira y voto por la prescripción de la acción disciplinaria”.

El doctor Oliveira, a la misma cuestión, dijo: “...Conforme el principio de mayor benignidad, esencial en materia penal, y por extensión aplicable al caso de autos por cuanto el derecho disciplinario importa materia penal, y las disposiciones del ‘Estatuto del Agente Judicial’, corresponde considerar extinguida por prescripción la potestad disciplinaria contra la agente Esther María Ambrosio”.

³⁹⁷ CANASI, José, *Derecho...*, cit., t. I, p. 703.

por aplicación de principios de derecho penal sino como derivación del valor justicia³⁹⁸; así también Fernando García Pullés³⁹⁹ considera que la tipicidad resulta una exigencia derivada del principio de legalidad, sin perjuicio de la habilitación legal a la Administración para precisar y completar los tipos infraccionales.

Manuel María Diez⁴⁰⁰, si bien destaca la falta de tipicidad de las faltas disciplinarias, pese a su adscripción a la inclusión del régimen disciplinario al derecho administrativo, considera que no puede aplicarse sanción alguna sin texto legal expreso que la consagre por aplicación del principio penal de que no existe pena sin ley.

Otras posturas flexibilizan la aplicación de los principios *nullum crimen y nulla poena sine lege*, tal el caso de Rafael Bielsa⁴⁰¹, que entiende que no son de aplicación estricta en el derecho disciplinario.

En este sentido, Benjamín, Villegas Basavilbaso⁴⁰², quien expresó que en caso de no preverse expresamente una transgresión puede recurrirse analógicamente a la pena correspondiente a la transgresión más inmediata que sí se encuentre regulada; en caso de no existir ley disciplinaria, los límites deben buscarse en los principios generales que rigen la función o empleo públicos.

Miguel S. Marienhoff⁴⁰³ señaló que estos principios no tienen la rigidez que tienen en el derecho penal sustantivo; así también que a falta de normas que establezcan las sanciones se puede recurrir a los principios generales del derecho para establecerlas. Sin embargo, exige norma expresa para aplicar la sanciones de multa o que dé privación de la libertad por entender que tienen sustancia penal.

René Goane⁴⁰⁴ considera inaplicables los principios propios del derecho penal, tal el caso de legalidad, reserva, tipicidad o la posibilidad de recurrir analógicamente a éstos, sin perjuicio de lo cual, ante la regulación legal expresa de deberes y sanciones, éstos deben ser respetados por la Administración por tratarse de función administrativa reglada. Así también no podrá aplicarse sanciones de arresto o privación de la libertad por integrar la zona de reserva legal si no están normativamente previstas.

Julio R. Comadira⁴⁰⁵ adscribe a las posiciones que limitan la flexibilidad de los principios de *nullum crimen y nulla poena sine lege* previa frente a sanciones de multa

³⁹⁸ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 846.

³⁹⁹ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 27 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 310.

⁴⁰⁰ DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. III, p. 437. Este autor entiende aplicable el principio penal de que no existe pena sin ley.

⁴⁰¹ BIELSA, Rafael, *Derecho...*, cit., t. III., p. 358.

⁴⁰² VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín, *Tratado...*, cit., t. III, p. 532.

⁴⁰³ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III, ps. 419 y ss.

⁴⁰⁴ GOANE, René M., "El poder...", cit., p. 1039.

⁴⁰⁵ COMADIRA, Julio R., *Derecho...*, p. 568. Allí el autor señala: "Por mi parte, y en la medida en que, como antes dije, el poder disciplinario integra la naturaleza o esencia misma de la organización administrativa, las normas que lo regulan deben incluirse en el Derecho administrativo y como un capítulo singular de éste en su vertiente sancionadora, sin perjuicio de que la índole represiva de sus sanciones requiera recurrir, eventualmente, a la aplicación analógica de los principios del Derecho público punitivo del Estado (ver, sobre el tema, el criterio vertido por la Procuración del Tesoro de la Nación, en Dictámenes 121:166).

"De todos modos, lo cierto es que con independencia de ese encuadre existe, en general, coincidencia en destacar la relativización de los principios propios del Derecho penal común en el ámbito de

y arresto por integrar la zona de reserva legal, pero entiende que también debe extenderse a aquellas que ponen fin al vínculo o lleven a ello.

La Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires⁴⁰⁶, en causa 51661, resolvió por mayoría aplicar *ex post facto* un régimen disciplinario sobreviniente respecto de los agentes del propio Poder Judicial. En el caso hubo un voto mayoritario y otro minoritario respecto del régimen aplicable con relación al instituto de la prescripción de la acción y de la sanción, así como sus causales de suspensión e interrupción.

En el voto a la primera cuestión, el Dr. San Martín rechazó la aplicación de los principios generales del derecho penal⁴⁰⁷ y recurrió al art. 171 de la Constitución provincial y al art. 16 del Código Civil sobre la manera de fundar las sentencias, aplicando en el caso a la órbita administrativa el art. 4023 y el régimen de suspensión e interrupción del Código Civil.

En cambio, el Dr. Hitters⁴⁰⁸, al tratar la primera cuestión —voto mayoritario— entendió que en el caso debía aplicarse el sistema disciplinario dictado con posterioridad a la fecha de comisión de la falta como a la fecha de cese del acto sancionado.

En el caso, frente a una laguna normativa, el voto minoritario recurrió a las normas y principios del derecho civil, en cambio, el mayoritario decidió recurrir al régimen vigente *ex post facto*⁴⁰⁹. Es dable destacar que ninguna de las dos posicio-

la represión disciplinaria de los agentes estatales (FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, ps. 844 y ss.). Aspecto éste al que me referiré, sumariamente, a continuación”.

⁴⁰⁶ Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 28/5/2000, B 51661, “Álvarez, Rodolfo Andrés v. Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial). Demanda contencioso administrativa”. En el voto a la primera cuestión el Dr. San Martín, respecto de este tema, expresó: “El poder disciplinario en la órbita de la relación de empleo público se desenvuelve en una esfera distinta de la represión penal, por lo que sus principios no son trasladables ni aplicables a las sanciones disciplinarias que impone la Administración”.

⁴⁰⁷ Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 28/5/2000, B 51661, “Álvarez, Rodolfo Andrés v. Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial). Demanda contencioso administrativa”. En el voto a la primera cuestión el Dr. San Martín, respecto de este tema, expresó: “El poder disciplinario en la órbita de la relación de empleo público se desenvuelve en una esfera distinta de la represión penal, por lo que sus principios no son trasladables ni aplicables a las sanciones disciplinarias que impone la Administración”.

⁴⁰⁸ Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 28/5/2000, B 51661, “Álvarez, Rodolfo Andrés v. Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial). Demanda contencioso administrativa”. En la primera cuestión el Dr. Hitters (MA) expresó: “Disiento con mi distinguido colega de primer voto en cuanto aplica, por vía de interpretación analógica, a la materia de autos potestad disciplinaria ejercida por el órgano judicial el plazo prescriptivo del art. 4023 del Código Civil, como así también el régimen de suspensión e interrupción previsto en la legislación fonal.

”Si bien a la fecha del cese del actor se hallaban vigentes los acuerdos 1686 y 1887, los que no tenían disposición alguna respecto de la extinción de la potestad disciplinaria por prescripción de la acción, considero que la cuestión planteada debe resolverse en el marco del sistema disciplinario contenido en el ‘Estatuto para el Personal del Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires’, aprobado por acuerdo 2300, toda vez que a partir de su vigencia (1 de enero de 1989), quedaron derogadas todas las disposiciones referidas al personal que se opongan a sus preceptos, salvo las que, en su integridad, reconozcan mejores derechos (conf. arts. 90 y 92 del acuerdo 2300)”.

⁴⁰⁹ Es necesario diferenciar la solución a la que se arriba en este caso con lo resuelto por la Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 2/12/1997, B 49753 caratulada “Ambrosio, Esther María v. Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial). Demanda contencioso administrativa”. En esta causa —integrada en su mayoría por conjuces— en el voto mayoritario de la segunda cuestión (Dres. Busteros, Marroco; Pisano, Oliveira, Lapalma) se decidió aplicar las disposiciones del acuerdo 2300/1988 vigen-

nes interpretó que el ejercicio de la potestad disciplinaria resultaba imprescriptible, como parece hacerlo el otro voto minoritario⁴¹⁰.

Con relación a la aplicación de este principio al derecho disciplinario, es necesario diferenciar las situaciones en que ya existe régimen sancionatorio regulado de las que no lo hay. En el primer caso debe prohibirse la aplicación de leyes *ex post facto*, ya que las condiciones o la calificación de una falta deben ser apreciadas teniendo en cuenta que el agente valoró ejecutar su conducta en función de las consecuencias de aquel momento, así también si se pregona la inaplicabilidad del principio de ley más benigna; tampoco puede agravarse la situación de un agente sumariado por un régimen sobreviniente, sin perjuicio de que el segundo sea condicionante del primero, tal como ocurre en el derecho penal en que se aplica la ley más favorable pero está prohibido aplicar la ley más gravosa.

En cambio, consideramos que en los casos en que no existe régimen aplicable, la demarcación previa del ámbito de actuación permitirá clarificar tanto la actuación de quien detenta el poder como del sumariado, quien tendrá seguridad y certidumbre respecto del proceso y las garantías que posee. Entendemos que para ello resulta razonable recurrir al régimen disciplinario que por afinidad pueda aplicarse, sin perjuicio de las garantías que derivan de los principios generales del derecho administrativo y represivo (fundamentalmente en resguardo del debido procedimiento adjetivo) en lo que fueren compatibles con la naturaleza propia del derecho administrativo disciplinario. En su defecto, podría recurrirse a las normas de un régimen disciplinario general sobreviniente, no obstante lo cual su aplicación al caso antecedente debe quedar sometida al control de razonabilidad.

20.2.3. Principio de presunción de inocencia

Entendemos que cabe aplicar el principio de presunción de inocencia en el procedimiento disciplinario, ya que constituye un derecho fundamental de naturaleza constitucional derivado del art. 18 de la Constitución Nacional.

Debemos diferenciar este principio del de *in dubio pro reo*, ya que el primero parte de un estado de inocencia del inculpado, en el que el órgano a cargo de la investigación debe procurar todas las pruebas de cargo para demostrar la comisión de la falta y la responsabilidad del inculpado, sin que éste tenga obligación de procurar prueba para demostrar su inocencia, sin perjuicio que luego de presentada la prueba

te con posterioridad a la ocurrencia de los hechos, pero por contener disposiciones más favorables para el agente sancionado. Particularmente en los votos de los Dres. Oliveira y Lapalma se hace expresa mención a la aplicación de los principios del derecho penal, en particular el de la ley más benigna.

⁴¹⁰ Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 28/5/2000, B 51661, caratulada "Álvarez, Rodolfo Andrés v. Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial). Demanda contencioso administrativa". En la primera cuestión el Dr. Ghione expresó: "Discrepo con el señor Juez doctor San Martín respecto del régimen aplicable en el caso en materia de prescripción de la acción disciplinaria (arts. 171 de la Constitución de la Provincia, 3° del Código Civil y 89 del acuerdo 2300) y en cuanto a que, no contemplándose dicho régimen, deba entenderse que de todos modos hay causales de interrupción y suspensión de la prescripción (ninguna similitud existe con el contenido del art. 4023 del Código Civil).

"Sin embargo, lo referido a la cuestión bajo análisis debe resolverse en el ámbito del proceso disciplinario y no del presente. De modo que la acción disciplinaria no prescribió (ver exp. 3001601/1985 (art. 89 cit.)."

de cargo deba presentar la que considere necesaria para desvirtuar ésta⁴¹¹. En cambio, el principio *in dubio pro reo* se aplica al momento de valoración o apreciación probatoria⁴¹²; en este caso, cuando exista una duda razonable sobre la conducta a juzgar, ello debe jugar a favor del sujeto investigado⁴¹³.

20.3. Criterios para la elección y graduación de la sanción

Las sanciones disciplinarias se encuentran tipificadas en nuestro ordenamiento jurídico provincial pero para su aplicación es necesario calificar la conducta.

La autoridad debe determinar entre las alternativas previstas en la norma cuál es el tipo de sanción aplicable y, en el caso de la suspensiva —salvo el caso de inasistencias injustificadas previsto en el art. 85 por estar tasada—, graduar su extensión.

La doctrina en general ha atribuido potestad discrecional a la Administración, para apreciar la gravedad de la falta⁴¹⁴, para evaluar entre un máximo y un mínimo con base en agravantes y atenuantes⁴¹⁵ o para aplicar la escala de sanciones prevista normativamente⁴¹⁶; conforme a ésta, la Administración actúa discrecionalmente graduando la sanción y teniendo en cuenta la gravedad de la falta, los antecedentes del agente y, en su caso, los perjuicios causados⁴¹⁷; así también se ha sostenido que la valorización de los hechos y del *quantum* de la sanción es, por lo general, de competencia discrecional de la Administración salvo expresa imputación del ordenamiento jurídico, en cuyo caso se convierte en reglada⁴¹⁸; también que el ejercicio de la potestad sancionadora es discrecional en cuanto a su intrínseca decisión meritória⁴¹⁹, y que si bien la norma determina la falta, las sanciones y el procedimiento, la imputación concreta, la valoración, caen en la esfera de la discrecionalidad⁴²⁰.

Fernando García Pullés⁴²¹ distingue los siguientes supuestos en los que se habla de discrecionalidad: 1) para sancionar o no hacerlo; 2) en la elección del tipo de sanción; 3) en la concreción del tipo infraccional; 4) en la determinación del *quantum* de la sanción en el caso de la suspensión.

Rechaza el primer supuesto por ser contrario al principio de legalidad que debe respetar la Administración Pública⁴²². Entiende que ésta no tiene la potestad de optar por sancionar o no, ya que está sometida al principio de legalidad y sería como fa-

⁴¹¹ MALJAR, Daniel E., *El derecho...*, cit., p. 141.

⁴¹² MALJAR, Daniel E., *El derecho...*, cit., p. 159.

⁴¹³ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. IV, cap. VII, p. 32.

⁴¹⁴ DIEZ, Manuel M., *Derecho...*, cit., t. III, p. 434; SAYAGÜÉS LASO, Enrique, *Tratado...*, cit., t. I, p. 326.

⁴¹⁵ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 859.

⁴¹⁶ VILLEGAS BASAVILBASO, *Derecho...*, cit., t. III, p. 535.

⁴¹⁷ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 477.

⁴¹⁸ GOANE, René M., "El poder...", cit., p. 1044.

⁴¹⁹ MALJAR, Daniel E., *El derecho...*, cit., p. 358.

⁴²⁰ IVANEGA, Miriam M., "Apuntes...", cit.

⁴²¹ GARCÍA PULLÉS, Fernando, "Derecho administrativo sancionador y algunas notas del régimen disciplinario del empleo público", JA 2003-IV-258; GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 36 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, ps. 324 y ss.

⁴²² Su posición fue descripta al tratar la naturaleza de la potestad disciplinaria como potestad-deber.

cultarla a incumplir la ley, así también podría significar una violación al principio de igualdad de oportunidades respecto de los otros agentes. Si la Administración tuviera necesidad de suspender la ejecución del acto, en el ámbito nacional debería recurrir al art. 12 del decreto-ley 19.549/1972; para inaplicarla por razones de oportunidad, mérito o conveniencia debe existir autorización legal explícita. En el segundo supuesto entiende, respecto del régimen nacional, que no puede predicarse una potestad discrecional para elegir el tipo de sanción, ya que se da una correspondencia explícita entre infracción y sanción, salvo en el caso de apercibimiento y suspensión respecto de las cuales podría argumentarse la supuesta opción discrecional. En el tercer supuesto, no se daría una determinación discrecional del tipo infraccional, sino la aplicación de un concepto jurídico indeterminado. En el cuarto supuesto existiría potestad discrecional para determinar la extensión de la sanción cuando ésta fuere de suspensión.

En el caso del régimen disciplinario de la provincia de Buenos Aires, la ley ha determinado las faltas que se correlacionan con cada tipo de sanción. Los supuestos de hecho que constituyen el antecedente de las infracción son conceptos vagos, abiertos que, como ya dijimos precedentemente, responden a la dinámica propia de la actividad organizacional; sin embargo, esta cualidad no implica que sean indeterminables, ya que pese a su gran laxitud tienen un sentido interpretativo que debe ser precisado por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados⁴²³, tal como lo expusiera Fernando García Pullés.

Esta cualidad repercute no sólo en la determinación de la falta sino también en la aplicación de la sanción, ya que los distintos tipos previstos en la ley 10.430 no son alternativos sino que forman parte de una escala graduada conforme a la gravedad de las infracciones, por lo que la determinación del alcance del hecho ilícito permitirá precisar la sanción aplicable.

Aun en el caso del art. 82, en el que se prevén las conductas pasibles de sanción correctiva sin distinguir en qué casos cabe aplicar apercibimiento y en cuál debe aplicarse la suspensión, corresponde tener el mismo razonamiento, ya que entre ellas hay una diferencia de entidad, mucho mayor que la que hay entre la cesantía y la exoneración; de igual manera cabe predicar del *quantum* a determinar en una sanción suspensiva, ya que éste deberá graduarse en función de la importancia de la falta cometida.

Eduardo García de Enterría⁴²⁴ distingue, en todo concepto jurídico indeterminado, un núcleo fijo o “zona de certeza”, una zona intermedia o de incertidumbre o “halo del concepto” más o menos precisa, y una “zona de certeza negativa”. En la primera y en la última caerían, respectivamente, todos los supuestos sobre los que no caben dudas de su inclusión o exclusión; en cambio, en el “halo conceptual” habría un “margen de apreciación” que no otorga libre voluntad a la Administración sino que, en virtud de las dificultades cognitivas e interpretativas de la ley en su aplicación a los hechos, le asigna el beneficio de la duda. Distingue aquellos casos en que los conceptos

⁴²³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., t. I, redacción del capítulo VIII a cargo de Eduardo García de Enterría, p. 458. El autor ha definido: “Si lo propio de todo concepto jurídico indeterminado, en cualquier sector del ordenamiento, es que su aplicación sólo permite una única solución justa, el ejercicio de una potestad discrecional permite, por el contrario, una pluralidad de soluciones justas, o, en otros términos optar entre alternativas que son igualmente justas desde la perspectiva del Derecho”.

⁴²⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., t. I, redacción del capítulo VIII a cargo de Eduardo García de Enterría, ps. 460 y ss.

jurídicos indeterminados incorporan conceptos de experiencia, de los que contienen conceptos de valor y expresa que, en este último caso, es cuando la apreciación de la Administración tiene una presunción a su favor, lo que no excluiría el control judicial sino que limitaría sus posibilidades al control de los límites y excesos en que aquélla podría incurrir. Entiende que este margen de apreciación no es identificable con la discrecionalidad, ya que por más difusos que sean los límites de un concepto, siempre hay un criterio para saber hasta dónde llegan esos límites y ese criterio lo proporciona el núcleo.

La diferencia entre discrecionalidad y concepto jurídico indeterminado es que, en el segundo, la Administración no tiene libertad para elegir entre varias alternativas, si algún margen tiene es de carácter interpretativo, producido por la extensión en los límites de un concepto, es por ello que la posibilidad de probar la inadecuación de la calificación no difiere de los supuestos en que la conducta fuere precisa y la sanción tasada —tal el caso de las inasistencias injustificadas—, la diferencia está en la mayor complejidad probatoria y en la presunción interpretativa a favor de la Administración.

Esta presunción debe ser abordada a través del tamiz que conforman los principios generales del derecho⁴²⁵, sobre todo el principio de razonabilidad —y sus subprincipios: adecuación, necesidad, proporcionalidad⁴²⁶—, de la misma manera que en el caso del control de la discrecionalidad⁴²⁷, la diferencia entre uno y otro está en que en el caso de los conceptos jurídicos indeterminados éstos servirán para acotar una zona de incertidumbre sobre la apreciación de los hechos; en cambio, en la discrecionalidad, para controlar un ámbito de libertad valorativa, luego de precisados los hechos determinantes y controlada la legalidad de los elementos reglados.

21. Extensión de la sanción expulsiva

— Art. 101, ley 10.430:

El agente que tenga dos o más cargos y fuera objeto de sanción disciplinaria expulsiva en alguno de ellos, cesará sin sumario en los demás.

La sanción de cesantía o exoneración respecto de un agente que estuviere desempeñando más de un cargo se extiende a todos los que desempeñe en la Administración Pública provincial.

⁴²⁵ Pauta rectora que en la provincia de Buenos Aires tiene expresa consagración constitucional en el art. 171 de la Carta local. “Las sentencias que pronuncien los jueces y tribunales letrados, serán fundadas en el texto expreso de la ley; y a falta de éste, en los principios de la legislación vigente en la materia respectiva, y en defecto de éstos, en los principios generales del derecho, teniendo en cuenta las circunstancias del caso”. En el caso se tratará de los principios generales del derecho administrativo, los del derecho penal (principalmente procesal penal) cuando fueren compatibles con la naturaleza propia de la administrativa del derecho disciplinario, así como también aquellos que derivan directamente de las Constituciones provincial y Nacional.

⁴²⁶ MALJAR, Daniel E., *El derecho...*, cit., p. 372.

⁴²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo - FERNÁNDEZ, Tomás R., *Curso...*, cit., t. I, redacción del capítulo VIII a cargo de Eduardo García de Enterría, p. 463.

COMADIRA, Julio R., *Derecho...*, cit., p. 508.

Este supuesto rige en aquellos casos de desempeño de dos o más empleos en forma legítima, por ser compatibles entre sí, por excepcionar el principio general consagrado en el art. 53 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Dichas excepciones fueron reglamentadas por el art. 2° del decreto-ley 8078/1973 —modificado por la ley 13.644—⁴²⁸, en el que no sólo se consagra la excepción constitucional del magisterio en todos sus niveles, preescolar, primario, medio, superior y universitario; sino que se agrega una causal no prevista en la Constitución, dando respuesta a la dinámica propia que la realidad imprime al texto constitucional, al prever la superposición de cargos de los profesionales de la medicina, cuando ello sea indispensable por la especialidad o por carencia de otro profesional, siempre que no hubiere incompatibilidad horaria.

Para aplicar la sanción extintiva en forma extendida no resulta necesario que todos los cargos se encuentren sujetos al mismo régimen, sino que el requisito es que pertenezcan a la Administración Pública provincial, lo que es lógico, dado que el régimen docente está regulado por ley 10.579 y la carrera médico hospitalaria por la ley 10.471.

Daisy Baro⁴²⁹ observa que cuando una misma falta se extiende a las distintas relaciones de empleo que el agente mantiene con la Administración estaríamos ante situaciones jurídicas separables, por lo cual el principio *non bis in idem* jugaría de modo independiente en cada uno de dichos cargos, lo que por ende implicaría el ejercicio de una potestad disciplinaria diferenciada.

Entendemos que en el caso de tratarse de empleos desempeñados en la Administración Pública provincial, en virtud de lo normado en el art. 101 de la ley, la situación jurídica debe apreciarse como única, por lo que la extensión o los efectos en cada uno de los cargos podrán ser contemplados como una circunstancia agravante, pero no separables. De ello se deriva que no cabe generar sumarios diferentes para su abordaje, circunstancia que también se deduce de la redacción de la norma, al establecer que la extensión de la sanción expulsiva se produce sin necesidad de sumario. Por otra parte esta posición se adecua en mejor medida a los principios de eficacia, economía y celeridad en el trámite, sin perjuicio de resultar aplicable el principio *non bis in idem* extensivo a la imposibilidad de procesar a un agente dos veces por el mismo hecho⁴³⁰, garantía que debe preservarse al contemplar las distintas circunstancias que motivan la medida expulsiva respecto de uno u otro cargo.

⁴²⁸ Art. 2°, decreto-ley 8078/1973 (texto según ley 13.644): “Quedan exceptuados de las disposiciones contenidas en el artículo anterior:

”a) Los cargos que correspondan a la enseñanza preescolar, primaria, media, superior y universitaria.

”b) Los cargos que ocupen los profesionales del arte de curar, cuando la necesidad de la especialidad y/o carencia de otro profesional lo hiciere indispensable, aun cuando un cargo esté sometido al régimen de la ley 10.471 y modificatorias y el otro sujeto a distinto régimen legal, siempre que no existiere incompatibilidad horaria”.

⁴²⁹ BARO, Daisy L., *La relación...*, cit., p. 65.

⁴³⁰ En este sentido GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 27 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 314.

MALJAR, Daniel E., *Derecho...*, cit., p. 247.

22. Reincidencia

— Art. 102 de la ley 10.430:

A los efectos de la graduación de las medidas disciplinarias que deban aplicarse, se considerarán reincidentes a los que durante el término de dos años inmediatamente anteriores a la fecha de comisión de la nueva falta, hayan sido sancionados con penas correctivas.

El concepto de reincidencia en el derecho disciplinario no apareja otras consecuencias expresas, a diferencia del derecho penal⁴³¹, que la de agravar la calificación de la pena, ya sea para elegir un tipo sancionatorio o para graduar la extensión de la sanción de suspensión.

Para que se produzca reincidencia el agente debe haber cometido una nueva falta dentro del plazo de dos años desde el momento en que éste mismo ha sido sancionado con penas correctivas.

El artículo sólo hace referencia a penas correctivas porque son las únicas que permiten medir la gravedad a futuro para aplicar una nueva sanción, ya que la figura que debe aplicarse cuando quien fue cesanteado o exonerado decide ingresar nuevamente a la Administración es la rehabilitación prevista en el art. 3º, inc. a), de la ley y su reglamentación; allí se tendrán en cuenta las sanciones no aplicadas por haberse determinado *a posteriori* del cese y anotadas en el legajo, a los fines de evaluar el pedido, pero ello constituye una figura diferente a la reincidencia como agravante.

El artículo no exige que ésta haya sido aplicada ni que se encuentre firme, por lo que en principio se exige reincidencia ficta⁴³² y no real⁴³³, a diferencia de la solución prevista para el derecho penal en el art. 50 de su Código⁴³⁴, es decir, para que se produzca debe haberse dictado sanción sin necesidad de que ésta se haya consumado; por otra parte entendemos que no es necesario que ésta esté firme, ya que en derecho administrativo rige el principio de ejecutoriedad como regla, sin perjuicio que de acuerdo con el punto I de la reglamentación del art. 104, por decreto 4161/1996, los recursos proceden con efecto suspensivo, ya que agotada la vía renace la ejecutoriedad, sin perjuicio de las posibles cautelares dictadas en instancia judicial.

La figura debe distinguirse de la reiteración, distinción que explicamos al comentar las causales de cesantía previstas el art. 82 de la ley.

Si bien las dos parten del mismo género, la primera se configura por la comisión de faltas independientes, simultáneas o sucesivas con anterioridad al dictado de una sanción; podríamos decir que habría concurso real de faltas que deben calificarse

⁴³¹ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., t. II, p. 505. El autor señala la influencia de la calidad de reincidente en materia de libertad condicional (art. 14, CPen.), condena condicional (art. 27, CPen.) y prescripción (art. 67, a), CPen.).

⁴³² SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., t. II, p. 507. En el sistema de reincidencia ficta "...no es necesario el cumplimiento de la pena, bastando la sentencia condenatoria en sí misma. Su fundamento consiste en juzgar que ese pronunciamiento constituye una advertencia severa, suficiente para detener al sujeto en la vía de la delincuencia".

⁴³³ SOLER, Sebastián, *Derecho...*, cit., t. II, p. 507. "Se llama sistema de reincidencia verdadera el que, para declarar reincidente a un sujeto exige que la pena impuesta haya sido efectivamente sufrida, al menos en parte. Su fundamento es de carácter psicológico, pues parte de la base de que la acción de la pena sobre el delincuente se ha mostrado inútil. La insuficiencia de la represión primera se acredita sólo cuando, después de haberla efectivamente sufrido, el sujeto vuelve a delinquir".

⁴³⁴ SAL LLARGUÉS, Benjamín, "Acerca de la reincidencia", en www.defensapublica.org.ar/revista/2000/12/doctrina.nac./nota.htm.

conjuntamente y la segunda se produce por cometer una falta luego de dictada una sanción por otra antecedente y su consecuencia constituirá agravante de otra.

La reiteración puede constituir también agravante de una sanción o condición para la configuración de una falta, como la prevista en el art. 83, inc. b), con sanción de cesantía, al prever como causal de ésta “la comisión de faltas reiteradas en el cumplimiento de sus tareas...”, pero en todos los casos el plazo para considerar una falta antecedente será de un año por ser éste el plazo de prescripción previsto.

El plazo para computar las sucesivas faltas que configuran la reiteración difiere del de la reincidencia; en el primer caso, cabe tener en cuenta el plazo de prescripción⁴³⁵ de un año contando desde la fecha de comisión de la falta previsto para las sanciones correctivas en el art. 90, inc. c), punto I, ley 10.430, a diferencia del plazo de dos años de la reincidencia, contado desde el dictado de la sanción precedente.

23. Reintegro de haberes en caso de resolución favorable

— Art. 103, ley 10.430:

Cuando la resolución final del sumario absuelva o sobresea definitivamente al imputado, le serán abonados íntegramente los haberes correspondientes al tiempo que duró la suspensión preventiva, con la declaración preventiva, con la declaración de que no afecta su concepto y su buen nombre.

— Reglamentación del art. 103 por decreto 4161/1996:

I. Los haberes a que se refiere el art. 103 de la ley serán abonados conforme lo establecido en el art. 98 de esta reglamentación.

II. El sobreseimiento que se dicte como decisión de un sumario administrativo, puede ser provisorio o definitivo, total o parcial.

III. Procederá el sobreseimiento definitivo:

- a) Cuando resulte evidente que no se ha cometido el hecho que motivará el sumario.
- b) Cuando acreditado el hecho, el mismo no constituya falta administrativa:
- c) Cuando aparezca indudable la falta de responsabilidad del agente.

IV. Procederá el sobreseimiento provisorio.

a) Cuando no resulte suficientemente acreditada la comisión del hecho origen del sumario.

b) Cuando el hecho haya sido suficientemente acreditado, pero no existan motivos o causas suficientes para responsabilizar a agentes de la administración pública provincial.

c) Cuando se encuentre pendiente resolución ejecutoria en causa penal y no existan motivos o causas suficientes para responsabilizar a agentes de la administración pública provincial.

V. Conversión del sobreseimiento provisorio en definitivo.

Si hubiera personal involucrado, la autoridad competente deberá convertir el sobreseimiento provisorio en definitivo cuando no se produzcan nuevas comprobaciones en los siguientes plazos:

a) A los seis (6) meses, si se tratara de faltas administrativas a las que puedan corresponder sanciones correctivas.

⁴³⁵ GARCÍA PULLÉS, Fernando (dir.) - BONPLAND, Viviana - UGARTE, Marcelo L. (colabs.), *Régimen...*, cit., comentario al art. 31 a cargo del Dr. Fernando García Pullés, p. 335.

b) Al año, si se tratara de faltas administrativas a las que puedan corresponder sanciones expulsivas.

Los plazos se computarán a partir de la fecha en que se dictó el acto administrativo que resuelva emitir sobreseimiento provisorio. La conversión del sobreseimiento provisorio en definitivo, deberá ser dispuesta por la misma autoridad que dictó aquél.

El art. 103 de la ley establece la obligación de la Provincia de abonar los haberes que no fueron pagados cuando el agente haya estado bajo medida provisional de suspensión preventiva si en el acto que ponga fin al sumario es sobreseído o absuelto.

Este artículo debe ser complementado con el art. 98 de la misma ley y su reglamentación, ya que por la primera se establece que éstos le deben ser abonados como si hubieran sido trabajados, sin perjuicio que ello implica la percepción de todos los conceptos que hubiere percibido si hubiere estado trabajando, el tiempo de la suspensión preventiva debe ser computado como servicio activo, por lo que, tal como se explicara al comentar el art. 98, resulta computable a los fines de la antigüedad, tanto para el cobro del adicional correspondiente como en su consideración para una promoción o un ascenso. La reglamentación del art. 98 exige que se le abonen intereses hasta la fecha de su efectivo pago.

La última parte del art. 103 de la ley exige que el acto administrativo resolutorio contenga, respecto de quien ha sido eximido de responsabilidad, una declaración en la que se exprese que las actuaciones sumariales no afectan su concepto y buen nombre.

24. Sobreseimiento

El punto II del art. 103 regula el instituto del sobreseimiento, el que se corresponde con la posibilidad de concluir el sumario con anterioridad del auto de imputación.

La atribución en cabeza del instructor para proponer el sobreseimiento está regulada en el punto LXXII de la reglamentación del art. 92 y el momento hasta el cual puede dictarse, en el último párrafo de la reglamentación del art. 100 por decreto 4161/1996, esto es, cuando no exista auto de imputación.

En el punto II de la reglamentación del art. 103 se establecen los tipos de sobreseimiento y las causales que fundamentan su dictado.

El sobreseimiento puede ser definitivo o provisorio, total o parcial.

Por la primera clasificación, el procedimiento puede ser provisorio o definitivo: en el sobreseimiento provisorio, el estado del agente sumariado es precario, pudiendo revocarse por la aparición de nuevos elementos aportados por la investigación y, en el segundo, el sumario debe concluir y el sobreseimiento adquiere estabilidad.

En el Código Procesal Penal vigente a partir de la ley 11.922 se consagran las figuras del archivo y el sobreseimiento, transcurrido un determinado lapso, el primero puede derivar en el segundo, de la misma manera que el provisorio en definitivo.

La distinción entre sobreseimiento absoluto o parcial depende de los alcances de éste respecto de cada imputado, esto es, si extingue su condición de sumariado respecto de una falta o de todas por las que se lo inculpa en el sumario.

En el punto III de la reglamentación del art. 103 se establecen los supuestos para la procedencia del sobreseimiento definitivo: cuando resulte evidente que no se

ha cometido el hecho que motivó el sumario, cuando sí se cometió el hecho pero éste no encuadra en ningún supuesto de los previstos como falta y cuando el inculpado no tenga responsabilidad alguna en el hecho. La enumeración contempla idénticas causales que las que preveía el art. 381 del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires derogado —ley 3589—.

Consideramos que deben contemplarse otras causales previstas en el art. 323⁴³⁶ del Código vigente —ley 11.922, tales como la extinción de la acción— en el caso de la disciplinaria por algunas de las causales previstas en el art. 90 de la ley⁴³⁷ o cuando se haya constatado la existencia de una causal de justificación, imputabilidad, inculpabilidad o excusa absolutoria, válidas en el ámbito disciplinario, siempre que se lo haga antes del auto de imputación. Obviamente también en la conversión del sobreseimiento provisorio en definitivo, tal como lo prevé el punto V de la reglamentación del art. 100.

Las causales pueden dividirse según tengan en miras el hecho o el inculpado; en el primer caso, encuadran los supuestos previstos en los incs. a) y b) del punto III, en cambio, el inc. c) como las causales del Código Procesal Penal, citadas en el segundo.

El punto IV de la reglamentación del art. 103, establece cuáles son las causales para dictar el sobreseimiento provisorio, éstas son: a) que el hecho que dio origen al sumario no haya sido suficientemente acreditado; b) que el hecho haya sido suficientemente acreditado, pero no surjan elementos que demuestren motivos o causas suficientes para imputar responsabilizar a ningún agente de la Administración Pública provincial; c) en caso de encontrarse pendiente resolución ejecutoria en causa penal y no existan motivos o causas suficientes para responsabilizar a agentes de la Administración Pública provincial. En este caso consideramos que la resolución ejecutoria en causa penal debe ser entendida como sobreseimiento provisorio en dicha sede, ya que por ser ejecutoria ésta no resulta impugnabile no tratándose de otro tipo de resolución no firme. Debido a que actualmente no se encuentra regulado el sobreseimiento provisorio en el Código Procesal Penal, entendemos que debe

⁴³⁶ Así también puede ser por otras causales no previstas en esta norma, tales las enunciadas en el art. 323 (texto según ley 13.260), CPP Bs. As., en cuanto fueren compatibles. El texto del Código procesal establece: "Procedencia. El sobreseimiento procederá cuando:

"1) La acción penal se ha extinguido.

"2) El hecho investigado no ha existido.

"3) El hecho atribuido no encuadra en una figura legal.

"4) El delito no fue cometido por el imputado.

"5) Media una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria.

"6) Habiendo vencido todos los términos de la investigación penal preparatoria y sus prórrogas, no hubiere suficiente motivo para remitir la causa a juicio y no fuese razonable objetivamente prever la incorporación de nuevos elementos de cargo.

"7) En los casos de archivo sujeto a condiciones, una vez cumplidas las mismas, el Juez de Garantías, a pedido del Fiscal, podrá transformar el archivo en sobreseimiento. Si el pedido lo efectuare el imputado se deberá correr vista del mismo al Fiscal, y si éste sostuviere ese pedido se procederá conforme lo indicado precedentemente. En ambos casos rige lo dispuesto en el art. 326.

"En todos los casos de archivo con imputado determinado, también a pedido de parte, podrá procederse de igual modo cuando hubiera transcurrido desde la fecha de la resolución que lo dispuso, un plazo superior a los tres (3) años si se tratara de causa criminal y superior a un (1) año cuando lo sea respecto de causa correccional".

⁴³⁷ Con las salvedades hechas en el comentario de dicho artículo.

reemplazarse la figura por la de archivo, tal el caso de los arts. 56 bis⁴³⁸ y 268⁴³⁹ contemplados en dicho cuerpo.

Teniendo en cuenta que, en muchas ocasiones, el procedimiento disciplinario marcha en paralelo con un proceso penal abierto por los mismos hechos, corresponde compatibilizar los diferentes plazos para la conversión del sobreseimiento provisorio en definitivo del procedimiento disciplinario con los del archivo en sobreseimiento del Código Procesal Penal vigente⁴⁴⁰; para ello cabe tener en cuenta lo dispuesto en el punto II de la reglamentación del art. 91 de la ley 10.430 por decreto 4161/1996, en cuanto dispone que en lo casos en que la causa judicial —penal— se encuentre pendiente y no surja probada responsabilidad disciplinaria en las actuaciones administrativas, se puede dictar resolución subordinada al resultado de aquél. Aquí dependerá del estado del procedimiento disciplinario dictar sobreseimiento o absolución, conforme se haya emitido o no auto de imputación, el que tendrá carácter de condición resolutoria hasta la conclusión de la causa penal, conforme lo previsto en el punto II de la reglamentación del art. 91.

El punto V de la reglamentación del art. 103 establece los plazos para conversión de sobreseimiento provisorio en definitivo cuando no se produzcan nuevas comprobaciones. Dicho plazo es de seis meses para las sanciones correctivas y de un año para las expulsivas. El plazo se computa desde que se dictó el acto de sobreseimiento provisorio y el definitivo debe ser dictado por la misma autoridad que dictó aquél.

⁴³⁸ Art. 56 bis (art. incorporado por ley 13.183), CPP Bs. As.: “Criterios especiales de archivo. El Ministerio Público Fiscal podrá archivar las actuaciones respecto de uno o varios de los hechos imputados, o de uno o más de los partícipes, en los siguientes supuestos:

”1. cuando la afectación del bien jurídico o el aporte del imputado en el hecho fuera insignificante y siempre que la pena máxima del delito imputado no supere los seis años de prisión;

”2. cuando el daño sufrido por el imputado a consecuencia del hecho torne desproporcionada, superflua o inapropiada la aplicación de una pena, excepto que mediaren razones de seguridad o interés público;

”3. cuando la pena en expectativa carezca de relevancia en consideración a las de los otros delitos imputados.

”Para aplicar estos criterios a un imputado, se considerará especialmente la composición con la víctima. El imputado deberá acreditar haber reparado el daño ocasionado o expresar la posibilidad de hacerlo. A tales fines, se convocará a una audiencia en la que aquél deberá ser asistido por su Defensor.

”El archivo deberá ser motivado y podrá estar sujeto a condiciones. El particular damnificado o la víctima serán notificados y podrán impugnar el archivo conforme al art. 83, inc. 8°.

”Sin perjuicio de lo anterior podrá también el Fiscal General proceder de oficio a la revisión de la razonabilidad y legalidad del archivo, para lo cual resultará obligatoria su comunicación”.

⁴³⁹ Art. 268 (texto según ley 12.059), CPPBs. As.: “Iniciación. La Investigación Penal Preparatoria podrá ser iniciada por denuncia, por el Ministerio Público Fiscal o por la Policía.

”Cuando la iniciara el Ministerio Público Fiscal, contará con la colaboración de la Policía, la cual deberá cumplir las órdenes que aquél le imparta.

”Si la investigación comenzara por iniciativa de la Policía, ésta comunicará al Fiscal actuante, quien ejercerá el control e impartirá instrucciones.

”En caso que a juicio del Fiscal no hubiere prueba suficiente sobre la existencia del hecho o la autoría de él, podrá proceder al archivo de las actuaciones, comunicando la realización de este acto al Juez de Garantías y notificando a la víctima, rigiendo el art. 83, inc. 8°”.

⁴⁴⁰ Lo mismo ocurría con el Código derogado entre los distintos plazos de conversión respecto del procedimiento disciplinario.

La autoridad competente dependerá de la sanción que presumiblemente pudiere aplicarse; si ésta es correctiva, lo serán las previstas en el inc. b) del art. 99; si es expulsiva, el Poder Ejecutivo o ministros, secretarios generales de la gobernación, titulares de organismos de la Constitución y asesor general de Gobierno por la delegación hecha a través del art. 1° del decreto 574/2001.

La limitación para dictar el sobreseimiento como autoridad competente a los directores o funcionarios equivalentes competentes —inc. c) del art. 99 de la ley 10.430— resulta lógica, ya que estos funcionarios sólo pueden aplicar sanciones correctivas que no superen los diez días de suspensión, las que en todos los casos tienen un procedimiento abreviado, ya sea en el previsto para las inasistencias injustificadas en el art. 85 de la ley o en su art. 87; en cambio, el sobreseimiento es una disposición propia del procedimiento sumarial ordinario.

El sobreseimiento, cuando no determine la inexistencia del hecho o que disponga que la conducta investigada no constituye falta, sólo extingue el procedimiento respecto del inculcado a cuyo favor se dicta, no pudiendo favorecer a otros presuntos responsables —tal como se prevé en el Código Procesal Penal⁴⁴¹—, tampoco desencadena automáticamente en la conclusión del sumario, ya que éste puede continuar con el objeto de investigar la determinación de los presuntos responsables.

25. Impugnabilidad de la resolución sancionatoria

— Art. 104 , ley 10.430:

Contra los actos administrativos que impongan sanciones disciplinarias, el sancionado podrá interponer recurso de revocatoria, con el jerárquico en subsidio, ante el mismo organismo que lo dictó, dentro del término de los diez días siguientes al de su notificación. El recurso deberá fundarse, debiendo rechazarse el mismo sin más trámite si se omitiera tal requisito.

— Art. 104 por decreto 4161/1996:

I. Tratándose de sanciones correctivas, los recursos procederán siempre con efecto suspensivo. En las medidas expulsivas será facultativo del Poder Ejecutivo disponer la suspensión de su aplicación cuando mediare recurso contra la sanción.

II. En los casos en que para fundar un recurso se pida vista de las actuaciones, automáticamente se operará la suspensión de los términos recursivos desde la fecha de solicitud hasta que la vista sea otorgada.

III. Las medidas preparatorias de decisiones administrativas, los informes, los dictámenes, vistas y las providencias, disposiciones o resoluciones que se dicten durante la sustanciación de los sumarios, que por sí mismas no impliquen la aplicación de una sanción disciplinaria, no son recurribles, salvo disposición expresa en contrario.

IV. Los recursos previstos en el art. 104 de la ley funcionarán y se interpondrán en forma autónoma uno del otro, a opción del interesado.

V. El recurso de revocatoria llevará implícito el jerárquico en subsidio. Rechazada la revocatoria se notificará al titular la denegatoria y la concesión del recurso jerárquico.

⁴⁴¹ Art. 322, CPP Bs. As.: “Alcance. El sobreseimiento cierra definitiva e irrevocablemente el proceso con relación al imputado a cuyo favor se dicta. Tendrá valor de cosa juzgada con respecto a la cuestión penal, pero no favorecerá a otros posibles partícipes”.

Recibidas las actuaciones por el superior, se notificará tal circunstancia, poniendo en conocimiento del recurrente que podrá en el plazo de cuarenta y ocho horas ampliar o mejorar sus fundamentos. A falta de ampliación o mejora de la fundamentación se tratará el recurso jerárquico con los argumentos de la revocatoria. La interposición del recurso de revocatoria fuera del plazo establecido hará caer también el recurso jerárquico.

Si se opta en forma autónoma por el recurso jerárquico, deberá interponérselo en los plazos y con las formalidades previstas para el de revocatoria.

El art. 104 prevé los medios recursivos con los que cuenta el agente para impugnar las sanciones que se le han impuesto, recursos que pueden alcanzar a otros interesados cuando demuestren afectación a un interés jurídicamente tutelado.

Este artículo sólo prevé al recurso de revocatoria con jerárquico en subsidio; sin embargo, lógicamente, dispondrá del recurso de revocatoria y del jerárquico directo, este último previsto en el último párrafo del punto V de la reglamentación del artículo bajo comentario.

El recurso contra el acto sancionatorio debe interponerse dentro del plazo de diez días de notificado, ello a diferencia del previsto para las medidas precautorias del art. 97, que es de cinco días conforme al punto VI de la reglamentación de este artículo. El recurso debe fundarse en el mismo acto, su omisión es causal de rechazo.

El punto I de la reglamentación del art. 104 hace una excepción al principio previsto en el art. 98⁴⁴² del decreto-ley 7647/1970 en cuanto a que el recurso no suspende la ejecutoriedad del acto administrativo salvo decisión de la propia Administración, ya que los recursos contra sanciones correctivas procederán siempre con efecto suspensivo; y, en el caso de las expulsivas, la suspensión del efecto del recurso podrá ser dispuesta por el Poder Ejecutivo. Entendemos que en este último caso deben regir los fundamentos previstos en el art. 98 del decreto-ley 7647/1970 por ser de aplicación supletoria al régimen de empleo público conforme remite el art. 102⁴⁴³ de la ley de procedimiento administrativo provincial.

La competencia para suspender el recurso contra medidas expulsivas ha sido delegada por el gobernador en ministros, secretarios de Gobierno, titulares de organismos de la Constitución y asesor general de Gobierno por el inc. 8°⁴⁴⁴ del art. 1° del decreto 574/2001.

Atento a que las sanciones expulsivas deben ser dictadas por el Gobernador o por la delegación prevista en el art. 1°, inc. 4°, decreto 574/2001, por ministros,

⁴⁴² Art. 98, decreto-ley 7647/1970: "La interposición del recurso tiene por efecto:

"1. Interrumpir el plazo del art. 92 aunque haya sido deducido con defectos formales o ante órgano incompetente.

"2. Facultar a la Administración a suspender la ejecución del acto impugnado cuando el interés público lo aconseje o la petición del interesado invoque fundadamente perjuicio irreparable.

"3. Impulsar el procedimiento, haciendo nacer los plazos que los funcionarios públicos tienen para proveerlo y tramitarlo".

⁴⁴³ Art. 102, decreto-ley 7647/1970: "Los recursos reglados en este capítulo rigen para los agentes administrativos, por la relación de empleo público, supletoriamente de los establecidos en la legislación específica".

⁴⁴⁴ Art. 1°, decreto 574/2001: "Delégase en los señores Ministros Secretarios, Secretarios de la Gobernación, titulares de los Organismos de la Constitución y Asesor General de Gobierno, el ejercicio de las siguientes facultades: ...8) Suspender la aplicación de sanciones expulsivas cuando medie recurso contra ellas...".

secretarios de la gobernación, titulares de organismos de la Constitución y asesor general de Gobierno, el único recurso posible es el de revocatoria.

Sin embargo, conforme a lo dispuesto por el art. 14, inc. 1.a)⁴⁴⁵, ley 12.008 (Código Procesal Contencioso Administrativo), el acto definitivo de alcance particular, cuando fuere dictado por la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final o por el órgano con competencia delegada, agota la vía por sí para acceder a la justicia contencioso administrativa, por lo que no es necesario interponer recurso de revocatoria contra dicha decisión; sin embargo, su interposición es potestativa, lo que implica que de ser presentado interrumpe el plazo de caducidad previsto en el art. 18⁴⁴⁶ del Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires hasta el día siguiente de la fecha de notificación de la decisión cuando le resulte desfavorable.

El punto II de la reglamentación del art. 104 de la ley 10.430 por decreto 4161/1996 dispone la suspensión automática del plazo para interponer cualquiera de los recursos previstos por la solicitud de vista de actuaciones, la extensión de la suspensión va desde el día de la presentación hasta el día en que la vista sea otorgada.

La solicitud de vista implica el acceso irrestricto o el conocimiento pleno de las actuaciones⁴⁴⁷ que afectan al agente, esto supone una participación útil en el expediente que le permita un acabado conocimiento de todos los elementos que la componen para ejercer su derecho de defensa.

En este sentido, la reglamentación de la ley 10.430 garantiza el acceso a la totalidad de las actuaciones a partir del traslado del auto de imputación conforme lo dispone el punto LXXIII⁴⁴⁸ de la reglamentación del art. 92 por decreto 4161/1996,

⁴⁴⁵ Art. 14 (texto según ley 13.101), ley 12.008: "Requisitos de admisibilidad de la pretensión. Supuestos de agotamiento de la vía administrativa.

"1. Sin perjuicio de los demás requisitos previstos en el presente Código, será necesario agotar la vía administrativa como requisito de admisibilidad de la pretensión procesal en todos los casos salvo los siguientes supuestos:

"a) Cuando el acto administrativo definitivo de alcance particular hubiera sido dictado por la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final o por el órgano con competencia delegada sea de oficio o con la previa audiencia o intervención del interesado..."

⁴⁴⁶ Art. 18 (texto ley 13.101), ley 12.008: "Plazo para deducir la pretensión. La pretensión de anulación, la resarcitoria vinculada con aquélla, la de restablecimiento o reconocimiento de derechos o intereses tutelados y la de cese de una vía de hecho administrativa, deberán promoverse dentro del plazo preteritorio de noventa (90) días, contados de la siguiente manera:

"a) Si se pretendiere la anulación de actos administrativos de alcance particular, desde el día siguiente al de la fecha de la notificación al interesado del acto definitivo y que agota la vía administrativa. En caso de haberse deducido contra el citado acto un recurso administrativo precedente, el plazo se contará desde el día siguiente al de la fecha de la notificación al interesado de la decisión que rechace aquel recurso..."

⁴⁴⁷ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. IV, cap. IV, p. 19: "Tomar 'vista' es la leal, completa, fidedigna información del interesado de las actuaciones que lo afectan. No ha de interpretarse que el tomar 'vista' de las actuaciones significa que sólo se puede leer el expediente, pero no revisarlo, manejarlo, copiarlo, fotocopiarlo, fotografiarlo, etc. El derecho a tomar vista de las actuaciones comprende consultar el expediente con las propias manos y los propios ojos; copiar todas sus partes, sea por medios manuales o mecánicos: fotocopias de cualquier tipo, fotografía, microfilmación, grabación en cinta magnetofónica, videofilmación, escaneado, etcétera".

⁴⁴⁸ Punto LXXIII de la reglamentación del art. 92 por decreto 4161/1996: "Dictada la providencia de imputación, se dará vista de todo lo actuado al imputado por el término de diez (10) días, dentro de los cuales deberá efectuar su descargo y proponer las medidas de prueba que crea oportunas para su

por lo que dicho criterio debe mantenerse al otorgar la vista prevista para acceder a las actuaciones con el objeto de fundar el recurso contra la decisión sancionatoria.

Si bien la norma nada dice, la vista debe ser otorgada por la autoridad a cargo del expediente, es decir, la que ha dictado la medida; en el caso de las sanciones expulsivas, de acuerdo con el art. 99, inc. a) de la ley 10.430, el gobernador o las autoridades a quien delegó dicha atribución por decreto 574/2001; en caso de medidas correctivas, por el inc. b) de dicho artículo.

De acuerdo con la redacción de la norma, la vista para acceder a las actuaciones con el fin de impugnar el acto sancionatorio debe ser pedida por escrito al hacer la reglamentación mención a la suspensión automática de los términos desde la fecha de "solicitud"; sin embargo, debemos entender que este trámite debe ser una excepción, ya que, abierto plenamente el expediente al conocimiento de las partes a partir del auto de imputación, la vista debe ser otorgada en forma automática sin necesidad de pedido de ésta, una solución contraria supondría un obstáculo para la celeridad del expediente⁴⁴⁹.

La mención en este solo artículo al otorgamiento de vista de las actuaciones no debe ser interpretado en el sentido de limitar el derecho que tiene el agente sumariado de acceder al expediente en toda oportunidad, ya que aquí rige con plenitud el principio sentado por el art. 11⁴⁵⁰ del decreto-ley 7647/1970 en cuanto permite a la parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante el acceso al expediente en todo su trámite, con excepción de aquellas oportunidades en que se determine el secreto de las actuaciones, reserva que ya observamos y que requiere su morigeración en garantía del derecho de defensa y que debe limitarse a su mínima expresión en la etapa anterior a la conclusión de la prueba de cargo⁴⁵¹.

La petición del pedido de vista en esta etapa no asigna atribución a la autoridad competente para otorgarla o no, sino para que determine el tiempo por el cual cabe asignarla, de acuerdo con las características del expediente.

La norma exige la petición en forma expresa de un otorgamiento de vista con el fin de preparar el recurso contra la decisión sancionatoria, la solicitud en realidad es para acceder a determinados días de vista y que la autoridad determine cuáles serán, no para decidir si ella corresponde.

El plazo de la vista debe ser establecido por la resolución, en su defecto debe regir el de cinco días previsto en el punto X⁴⁵² de la reglamentación del art. 92 de la ley 10.430 por decreto 4161/1996.

defensa. Cuando haya más de un imputado, los términos serán independientes y comenzarán a correr a partir del día siguiente hábil en que cada uno se haya notificado de la vista".

⁴⁴⁹ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, t. IV, cap. IV-18. Destaca el autor que si esto fuera así "...se haría necesario multiplicar al infinito los trámites de vista, con lo cual todo expediente llevaría más de la mitad dedicado a estos menesteres burocráticos".

⁴⁵⁰ Art. 11, decreto-ley 7647/1970: "La parte interesada, su apoderado o letrado patrocinante, tendrán acceso al expediente durante todo su trámite".

⁴⁵¹ Remitimos al tratamiento hecho al comentar el punto XXI "Secreto de sumario" de la reglamentación del art. 92 de la ley 10.430 por el decreto 4161/1996.

⁴⁵² Reglamentación del art. 92 por decreto 4161/1992: "3º) Plazos de sustanciación de sumarios. ...X. Cuando no se hubiere establecido un plazo especial para la contestación de vistas y traslados, el mismo será de cinco (5) días...".

El pedido de vista necesariamente debe ser seguido de un acto que resuelva la petición, ello supone un lapso entre estas dos actuaciones, lo que derivaría, en caso de no asignarle algún efecto al primer acto, que corrieran los plazos para interponer el recurso, por ello se le asigna al pedido de vista efectos suspensivos, el que se mantendrá hasta que ésta se le asignada y, lógicamente, hasta que termine su plazo, aunque la norma nada diga⁴⁵³.

La suspensión implica que para determinar el plazo con el que cuenta el agente sancionado para presentar su recurso debe contarse el tiempo desde el día siguiente al de la notificación del acto hasta el día anterior al de presentación de la vista y, luego, el plazo posterior a dicha vista⁴⁵⁴.

Gordillo entiende que no tienen que otorgarse "términos" para la vista, ya que ello paralizaría las actuaciones durante el tiempo que lleve su resolución, considera que las vistas tienen que darse sin término y sin suspender el trámite del expediente, lo que redundaría en mejor interés tanto para la Administración como para el administrado⁴⁵⁵, como consecuencia de ello la vista tiene que ser permanente no asignándole a su pedido efectos suspensivos, salvo en el caso de la vista durante el plazo para recurrir⁴⁵⁶, similar solución cabría para el procedimiento sumarial regulado en la ley 10.430 y su decreto reglamentario, por lo menos a partir del traslado del auto de imputación.

El punto III de la reglamentación del art. 104 por el decreto 4161/1996 dispone que las medidas preparatorias de decisiones administrativas, informes, dictámenes, vistas, las providencias, disposiciones o resoluciones que se dicten durante la sustanciación del sumario, que por sí mismas no impliquen aplicación de sanción disciplinaria, no son recurribles, salvo disposición expresa en contrario.

Debemos separar aquellos actos de tipo consultivo preparatorio —que en el caso del proceso sumarial, si bien son obligatorios, no son vinculantes, en los que lógicamente se dispone su irrecurribilidad —en idéntico sentido al regulado en el art. 87⁴⁵⁷ del decreto-ley 7647/1970—, de aquellas otras providencias de trámite —ya sea interlocutorias o de mero trámite— que lesionen, afecten o amenacen un derecho o interés jurídicamente tutelado⁴⁵⁸, respecto de las cuales cabe reconocer la posibilidad de interponer recursos por aplicación del art. 86⁴⁵⁹ del decreto-ley 7647/1970, que rige

⁴⁵³ En este sentido ha sido resuelto por el art. 76 del decreto 1759/1972 (t.o. según decreto 1883/1991) reglamentario del decreto-ley 19549/1972.

⁴⁵⁴ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. IV, cap. IV, p. 23. El autor entiende, en el ámbito nacional, aplicando similar interpretación a la del art. 1º, inc. e), ap. 9, respecto del concepto de reinicio de los plazos con motivo de la caducidad de las actuaciones, que los términos en el caso de la vista comienzan a correr nuevamente.

⁴⁵⁵ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. IV, p. 22.

⁴⁵⁶ GORDILLO, Agustín, *Tratado...*, cit., t. IV, p. 24.

⁴⁵⁷ Art. 87, decreto-ley 7647/1970: "Las medidas preparatorias de decisiones administrativas, los informes, dictámenes y vistas, aunque sean obligatorios y vinculantes para el órgano administrativo, no son recurribles".

⁴⁵⁸ Consideramos que el límite de legitimación a quien tiene interés legítimo ha quedado extendido a partir de la vigencia del art. 13, ley 12.008 (Código Procesal Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires) a todo aquel que invocare la lesión, afectación o amenaza de un derecho o interés tutelado por el ordenamiento jurídico.

⁴⁵⁹ Art. 86, decreto-ley 7647/1970: "Toda decisión administrativa final, interlocutoria o de mero trámite que lesione un derecho o interés legítimo de un administrado o importe una transgresión de

por aplicación supletoria expresa en esta instancia conforme lo establece el art. 102 de la ley de procedimiento administrativo provincial.

El punto IV de la reglamentación del art. 104 establece que los recursos de revocatoria y jerárquico se pueden interponer en forma autónoma uno del otro, lo que quedará a opción del interesado. Sin embargo, de acuerdo con el punto V, en coincidencia con lo dispuesto en el art. 91 de la ley de procedimiento administrativo provincial, el recurso de revocatoria lleva implícito el jerárquico en subsidio.

Se dispone que rechazado el recurso de revocatoria se debe notificar dicho acto al recurrente y la concesión del recurso jerárquico. Luego, recibidas las actuaciones por el superior, se notifica nuevamente al recurrente dicha radicación y la posibilidad de ampliar o mejorar los fundamentos del recurso en el plazo de cuarenta y ocho horas. Si no ejerciere su derecho, el superior resolverá el recurso de acuerdo con los fundamentos del de revocatoria. La interposición extemporánea de la revocatoria implica la del jerárquico en subsidio.

Si se interpone recurso jerárquico directo debe hacerse en los plazos y con las formalidades del de revocatoria, esto es, fundarse en el mismo escrito y presentarse dentro de los diez días de la notificación, así también debe presentarse ante la autoridad que dictó el acto impugnado, quien debe elevarlo al superior, tal como dispone el art. 92⁴⁶⁰ del decreto-ley 7647/70.

Asimismo, resulta aplicable lo dispuesto en el art. 93⁴⁶¹ de la ley de procedimiento administrativo, en cuanto a la posibilidad de recurrir directamente al superior para que se aboque al conocimiento y decisión del recurso.

26. Revisión de la sanción

— Art. 105, ley 10.430:

En cualquier tiempo, el agente sancionado o de oficio, el Estado, podrá solicitar la revisión del sumario administrativo del que resultara pena disciplinaria, cuando se aduzcan hechos nuevos o circunstancias sobrevinientes susceptibles de justificar la inocencia del imputado. Cuando se trate de agentes fallecidos, la revisión podrá ser requerida por el cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos o la persona que comprobadamente hubiera convivido en calidad de cónyuge, o de oficio por la misma Administración.

En todos los casos deberán acompañarse los documentos y pruebas en que se funda la revisión: en su defecto, ésta será desechada sin más trámite. No constituyen fundamento para la revisión las simples alegaciones de injusticia de la sanción.

El art. 105 de la ley 10.430 prevé la posibilidad de rever la sanción tanto por parte del agente sancionado o por la propia Administración de oficio, en el primer

normas legales o reglamentarias o adolezca de vicios que la invalidan, es impugnabile mediante los recursos establecidos en este capítulo”.

⁴⁶⁰ Art. 92, decreto-ley 7647/1970: “El recurso jerárquico procederá contra los actos administrativos finales y los que resuelvan las peticiones del interesado, excepto las que originen providencias de mero trámite. Deberá ser fundado por escrito cuando no se hubiere deducido recurso de revocatoria e interponerse dentro del plazo de diez días ante la autoridad que emitió el acto impugnado, elevándose las actuaciones al superior”.

⁴⁶¹ Art. 93, decreto-ley 7647/1970: “Cuando hubiere vencido el plazo establecido para resolver la revocatoria y la Administración guardare silencio, el interesado podrá recurrir directamente ante el órgano superior para que se aboque al conocimiento y decisión del recurso”.

caso si el agente falleciere pueden pedirla el cónyuge, descendientes, ascendientes, hermanos o personas que comprobadamente hubieren convivido en calidad de cónyuge. Esta posibilidad que excepciona el principio de personalidad del contrato de empleo público tiene por finalidad resguardar el buen nombre y honor, declaración que debe hacerse constar en forma expresa en el acto absolutorio tal como prevé el art. 103 de la ley 10.430, así como también la eventual indemnización derivada de la anulación del acto. La norma exige que se aduzcan hechos nuevos o circunstancias sobrevivientes susceptibles de justificar la inocencia del imputado, esto puede ser el hallazgo de nuevos documentos o que no tenían en su poder, testimonios declarados falsos, retractaciones, supuestos de violencia sobre testigos.

Así también entendemos que cabe utilizar la misma herramienta para hacer valer la sentencia absolutoria en sede penal cuando se haya probado que los hechos que dieron motivo a la sanción resultaron inexistentes, como contracara de la provisoriedad de la resolución absolutoria en el procedimiento sumarial mientras esté abierto proceso penal previsto en el punto I de la reglamentación del art. 91 de la ley.

Podrá servir como parámetro rector para determinar las causales que pueden dar motivo a la revisión los supuestos previstos en el art. 118⁴⁶² de la ley de procedimiento administrativo provincial en los casos en que fueren aplicables.

El recurso debe ir acompañado de documentos y prueba, de lo contrario será desechado sin más trámite. No implica fundamento suficiente alegar solamente la injusticia de la sanción, de esto se deriva que el recurso de revisión no sirve para reeditar un control de razonabilidad por el que se permita demostrar la arbitrariedad, desigualdad o desproporción de la sanción aplicada.

Rafael Bielsa previó como causal de extinción de las medidas disciplinarias a la revisión y distinguió si ella se produce por motivos de ilegalidad o por acto discrecional. Si existe ilegalidad, señala a los casos en que el acto ha sido irregular, por vicios graves en el procedimiento o porque la pena es excesiva o injusta. En ese caso, la ilegalidad tendrá efectos retroactivos tanto respecto del sueldo como de su derecho al ascenso en lo que respecta a la antigüedad; aún es válido cuando no se pretenda la reincorporación, para defender indirectamente el derecho jubilatorio o recuperar los aportes jubilatorios. En cambio, si fue discrecional, no tendría efectos retroactivos y puede fundarse en motivos de orden moral o político, en lo que considera una especie de amnistía⁴⁶³.

⁴⁶² Art. 118, decreto-ley 7647/1970: "Podrá pedirse la revisión de las decisiones definitivas firmes, cuando:

"a) Se hubiera incurrido en manifiesto error de hecho que resulte de las propias constancias del expediente administrativo.

"b) Se hubiera dictado el acto administrativo como consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia o cualquier otra maquinación fraudulenta, o graves irregularidades comprobadas administrativamente.

"c) La parte interesada afectada por dicho acto, hallare o recobrare documentos decisivos ignorados, extraviados o detenidos por fuerza mayor o por obra de un tercero.

"f) Caducidad del acto".

⁴⁶³ MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado...*, cit., t. III-B, p. 461, parág. 1074. El autor expresa que no cabe hablar ni de amnistía ni de indulto sino que se trata de la revocación de un acto administrativo por oportunidad, mérito o conveniencia; acto que, anteriormente (p. 447, parág. 1069), al tratar las causales de extinción de las sanciones disciplinarias, denomina perdón y que, señala, algunos autores llamaron condonación.

Bartolomé Fiorini⁴⁶⁴, al referirse al recurso de revisión como causal de extinción de las sanciones, señaló que la *res judicata* que asegura la inmutabilidad de la sentencia no rige para los actos administrativos que repugnan toda injusticia en la actividad administrativa.

27. Términos en el procedimiento disciplinario

— Art. 106, ley 10.430:

Los términos establecidos en el presente capítulo son perentorios y se computarán por días hábiles laborales con carácter general para la Administración Provincial, salvo cuando se hubiere establecido un tratamiento distinto.

— Reglamentación del art. 106 por decreto 4161/1996:

Son horas hábiles las comprendidas dentro del horario establecido por el Poder Ejecutivo con carácter general para el funcionamiento de la Administración.

Los plazos se tendrán por cumplidos por el transcurso del término conferido, salvo renuncia expresa efectuada por escrito por el titular del derecho.

Toda presentación fuera de término será rechazada por la instrucción sin más trámite, sin perjuicio de su agregación a autos.

El art. 106 de la ley 10.430 establece como principio general que los plazos en el capítulo destinado a regular el régimen disciplinario son perentorios y se computan por días hábiles laborales, salvo en los casos en que se establezca un tratamiento distinto.

La perentoriedad de los plazos implica que el solo transcurso del tiempo produce la caducidad del derecho que se ha dejado de usar, sin necesidad de la contraria, pasándose a la etapa siguiente⁴⁶⁵.

De acuerdo con la reglamentación, los días y horas tienen que ser los que rijan en forma general para los empleados públicos provinciales y no, los correspondientes al área u organismo en particular, salvo como se dijera, disposición en contrario.

El decreto 786/1991 establece el régimen de jornadas y horarios unificado para la Administración Pública en la provincia de Buenos Aires, regulándose a través de decretos particulares supuestos de excepción, tal como se ha explicado al tratar el deber de prestación de servicios contemplado en el inc. a) del art. 78 de la ley.

El segundo párrafo de la reglamentación del art. 106 establece que los plazos se tienen por cumplidos por el transcurso del término conferido, salvo renuncia expresa efectuada por escrito por el titular del derecho.

El término de los plazos vinculados al régimen disciplinario, al que se refiere el segundo párrafo de la reglamentación, puede estar referido a los previstos para la

⁴⁶⁴ FIORINI, Bartolomé A., *Derecho...*, cit., t. I, p. 862.

⁴⁶⁵ MORELLO, Augusto M. - SOSA, Gualberto L. - PASSI LANZA, Miguel Á. - BERIZONCE, Roberto, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación. Comentados y anotados*, t. II, Platense, La Plata - Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1970, p. 727.

comisión de determinadas infracciones⁴⁶⁶, a los plazos del procedimiento sumarial en sí o al plazo de prescripción de la acción disciplinaria⁴⁶⁷.

Como explicáramos al tratar la potestad disciplinaria, ésta constituye un deber de la Administración, por lo cual ella no puede renunciar a los términos previstos en la norma.

El mismo deber es el que exige a la Administración Pública cumplir con los plazos procedimentales, el impulso de oficio y la búsqueda por sí de la verdad objetiva. Rige aquí el capítulo IX del decreto-ley 7647/1970 —arts. 48 a 61—.

En este sentido el instructor tiene el deber de impulsar de oficio las actuaciones, tal como lo dispone el punto XIV de la reglamentación del art. 92 por decreto 4161/1996.

Si bien luego de la prueba de cargo el procedimiento se bilateraliza, en esta etapa tampoco está en juego la prueba de cargo de la Administración, ni la que el instructor decida que se sustancie.

Distinta es la situación de la parte, ya que, en general, los plazos corren en su contra, los que por tratarse de cargas procesales, su incumplimiento le genera la pérdida del ejercicio de algún derecho, tal el caso de incumplimiento de las intimaciones para la subsanación de la deficiente identificación de los testigos o la falta de interrogatorio en la prueba testimonial en el punto LXXVI y para subsanar la defectuosa individualización de quienes tienen documentos en su poder, prevista en el punto LXXVII, en ambos casos de la reglamentación del art. 92 por el decreto 4161/1996, donde se le tiene por perdida dicha prueba.

El incumplimiento de los plazos por la Administración en el procedimiento administrativo no le hace perder derechos, la solución frente a ello es la utilización de herramientas para superar la mora, tal la vía de silencio prevista en el art. 79⁴⁶⁸ del decreto-ley 7647/1970, el art. 16⁴⁶⁹ del Código Procesal Contencioso

⁴⁶⁶ Tal el caso de las sanciones correctivas y expulsivas previstas en los arts. 82, inc. b), 83, inc. f), y 85, ley 10.430 para las inasistencias injustificadas, y primer párrafo del art. 85 para la causal de cesantía como consecuencia del abandono de tareas por ausencias sin aviso.

⁴⁶⁷ La norma no ha hecho mención expresa al plazo de prescripción de las sanciones. Remitimos al comentario del art. 91, ley 10.430, en donde tratamos la cuestión.

⁴⁶⁸ Art. 79, decreto-ley 7647/1970: "Vencidos los plazos previstos por el art. 77, inc. g), el interesado podrá solicitar pronto despacho y, transcurridos treinta días desde esta reclamación, se presumirá la existencia de resoluciones denegatoria".

⁴⁶⁹ Art. 16 (texto según ley 13.101) del Código Procesal Contencioso Administrativo: "Silencio administrativo.

"1. Cuando hubiere vencido el plazo que alguno de los entes mencionados en el art. 1º del presente Código, tuviese para resolver un recurso, reclamo o petición planteados en sede administrativa, el interesado podrá solicitar pronto despacho. Esta solicitud deberá presentarse, a opción de aquél, ante la dependencia donde se hallaren radicadas las actuaciones, ante el órgano responsable del procedimiento o bien ante la autoridad jerárquica superior con competencia resolutoria final. Transcurridos treinta (30) días hábiles administrativos desde la presentación del pronto despacho, sin que se dictare el acto correspondiente, se presumirá la existencia de una resolución denegatoria o adversa para el interesado y quedará expedita la instancia judicial.

"2. También podrá promoverse la pretensión sobre la base del silencio administrativo, cuando alguno de los entes enunciados en el art. 1º del presente Código omitiere o retardare el dictado de actos de trámite o preparatorios. En tal supuesto, el interesado podrá solicitar el pronto despacho en los términos establecidos en el inciso anterior y transcurridos treinta (30) días hábiles administrativos desde esta solicitud, sin que se dictare el acto correspondiente, se presumirá la existencia de una resolución denegatoria o adversa para el interesado y quedará expedita la instancia judicial".

Administrativo, el amparo por mora consagrado en el art. 76⁴⁷⁰ de dicho cuerpo normativo, o en sede administrativa la avocación por el superior en el caso del art. 93⁴⁷¹ del decreto-ley 7647/1970.

La figura del silencio en el trámite sumarial se encuentra acotada, ya que no es posible sustituir a la Administración en su potestad de calificar la falta y aplicar la sanción, por lo que podría ser utilizado en instancia recursiva cuando la autoridad competente ya haya dictado sanción en los términos del art. 79 de la ley de procedimientos administrativos.

A su vez, la Administración está facultada para prorrogar los plazos a pedido de parte conforme lo establece el art. 73⁴⁷² del decreto-ley 7647/1970, salvo en los casos de interposición de recursos —art. 74⁴⁷³—.

Así también la modificación del vencimiento de los plazos procesales se puede producir, tal como lo dispone, art. 75⁴⁷⁴ del decreto-ley 7647/1970, por la interposición de recursos administrativos, incluso cuando fueren mal calificados o tengan

⁴⁷⁰ Art. 76 (texto según ley 13.101) del Código Procesal Contencioso Administrativo: "Supuestos y procedimientos.

"1. El que fuere parte en un procedimiento administrativo, podrá solicitar judicialmente se libre orden judicial de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando alguno de los entes referidos en el art. 1º del presente Código hubiere dejado vencer los plazos fijados y, en caso de no existir éstos, si hubiere transcurrido un plazo que excediere de lo razonable, sin emitir la resolución o el acto de trámite o preparatorio que requiera el interesado o corresponda adoptar para continuar o resolver el procedimiento.

"2. Presentada la pretensión, el juez se expedirá sobre su admisibilidad, teniendo en cuenta las circunstancias del caso y requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en el plazo que le fije, no mayor a los cinco (5) días, informe sobre la causa de la demora aducida.

"3. La configuración del silencio administrativo de acuerdo con lo dispuesto en el art. 16 del presente Código, no impedirá la utilización de esta vía.

"4. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiera hecho, el juez resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del asunto.

"Las resoluciones que adopte el juez en el trámite del amparo por mora serán irrecurribles. La sentencia será susceptible de reposición, dentro de los tres (3) días de notificada, mediante escrito fundado".

⁴⁷¹ Art. 93, decreto-ley 7647/1970: "Cuando hubiere vencido el plazo establecido para resolver la revocatoria y la Administración guardare silencio, el interesado podrá recurrir directamente ante el órgano superior para que se aboque al conocimiento y decisión del recurso".

⁴⁷² Art. 73, decreto-ley 7647/1970: "Si los interesados lo solicitan antes de su vencimiento, la autoridad administrativa interviniente podrá conceder una prórroga de los plazos establecidos en esta ley o en otras disposiciones administrativas, siempre que con ello no se perjudiquen derechos de terceros".

⁴⁷³ Art. 74, decreto-ley 7647/1970: "Exceptúase de lo dispuesto en los artículos anteriores los plazos establecidos para interponer recursos administrativos, los que una vez vencidos hacen perder el derecho de interponerlos.

"No obstante, todo recurso interpuesto fuera de término será considerado por el órgano superior y si importa una denuncia de ilegitimidad se sustanciará, pudiendo éste revocar o anular el acto impugnado".

⁴⁷⁴ Art. 75, decreto-ley 7647/1970: "Los términos se interrumpen por la interposición de recursos administrativos, incluso cuando hayan sido mal calificados técnicamente por el interesado o adolezcan de otros defectos formales de importancia secundaria o hayan sido presentados ante órgano incompetente por error justificable".

vicios formales de importancia secundaria o sean presentados ante órgano incompetente por error justificable.

En todos los casos que vimos, los plazos procesales son perentorios, se consuman a su vencimiento, salvo que la Administración haya dispuesto su ampliación o el administrado —el agente en este caso— lo cumpla aunque sea en forma defectuosa, tal el caso de la presentación de recursos.

Si bien en general en el sumario los términos corren en contra, hay plazos que la ley permite prolongar a favor del agente, tal la situación del art. 75 de la ley de procedimiento administrativo citado o el pedido de vista previsto en el punto II de la reglamentación del art. 104 por decreto 4161/1996.

¿Se refiere a la renuncia de estos plazos la reglamentación del art. 106? Entendemos que no, ya que esta renuncia no apareja ninguna consecuencia perjudicial para los derechos del sumariado ni ventaja para la Administración.

Entonces: ¿cuáles son los términos procedimentales cuya renuncia hace perder derechos al sumariado? Un ejemplo de vencimiento de un plazo procedimental a favor de la Administración es el previsto para interponer recursos contra el acto sancionatorio, ya que si no es impugnado, éste quedará firme. Sin embargo, aquí no es necesario que el sumariado preste consentimiento expreso para ello, ya que el mero transcurso del tiempo otorga firmeza al acto.

También podríamos encontrar ejemplos de renuncia expresa de plazos procedimentales en el desistimiento de la prueba ofrecida, lo que produce la extinción de los plazos conferidos para su producción o en la renuncia expresa del derecho a alegar, por lo cual no es necesario esperar al término de cinco días previsto en el punto LXXXI de la reglamentación del decreto 4161/1996.

Éstos tampoco son ejemplos válidos, ya que el artículo de la reglamentación hace mención a la renuncia a los efectos producidos por el cumplimiento del término⁴⁷⁵ conferido, es decir, la renuncia se tiene que producir una vez transcurrido el plazo, tal como se desprende de la literalidad del texto del artículo: “Los plazos se tendrán por cumplidos por el transcurso del término conferido, salvo renuncia expresa efectuada por escrito por el titular del derecho”, y en los casos descriptos en el párrafo precedente la renuncia debe ser antes o durante el plazo procedimental.

Entonces, consideramos que esta norma adquiere sentido si entendemos que el derecho al que se renuncia es el de hacer valer el plazo de prescripción de la acción disciplinaria previsto en el art. 90, inc. c), de la ley 10.430.

Ésta se produce de pleno derecho por el simple transcurso del tiempo, tal como lo establece el punto II de la reglamentación del art. 90, pudiendo renunciar a dicho plazo, según la norma, sólo en forma expresa, constituyéndose a partir de dicho momento en causal interruptiva de la prescripción de la acción disciplinaria.

La mención a que la renuncia sea expresa, impide que ésta pueda presumirse, por lo que la participación en el sumario sin haber opuesto la prescripción no puede ser entendida como una renuncia tácita al plazo transcurrido y tampoco la consecuente aceptación del ejercicio del poder disciplinario. En virtud de ello, el solo transcurso de procedimiento sumarial no hace perder al agente el derecho para hacer valer la pres-

⁴⁷⁵ MORELLO, Augusto M. - SOSA, Gualberto L. - PAÑSI LANZA, Miguel A. - BERIZONCE, Roberto, *Códigos...*, cit., t. II, p. 727. “...Mientras el plazo es el lapso en el cual deben realizarse los actos procesales, el término es el extremo legal del plazo, o sea, el día en que aquél finaliza”.

cripción al impugnar la sanción o al interponer pretensión anulatoria en sede judicial, ya que es aquí donde rige la exigencia del art. 3962⁴⁷⁶ del Código Civil.

Por último, la reglamentación del art. 106 establece que las presentaciones efectuadas fuera de término deben ser rechazadas por la instrucción, no obstante lo cual no deben ser desglosadas y se agregarán a las actuaciones. Su incorporación al expediente permitirá al instructor tenerlas en cuenta en tanto resulten útiles a la investigación, como una consecuencia de los principios de impulsión de oficio y de búsqueda de la verdad material.

IV. JURISPRUDENCIA VINCULADA AL EJERCICIO DE LA POTESTAD DISCIPLINARIA DE LA ADMINISTRACIÓN

En la selección de los fallos que integran este punto hemos considerado los precedentes, tanto de los máximos tribunales nacional y provincial como de las distintas instancias del fuero Contencioso Administrativo, clasificadas por tipo de sanción; así también aquellas decisiones que implicaron la revisión de medidas de tipo cautelar en el marco del procedimiento disciplinario.

1. Medidas preventivas en el procedimiento disciplinario

1.1. Fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

1) No se advierten las razones funcionales requeridas por la norma para dictar suspensión preventiva durante la feria judicial.

Corte Sup., resolución 1740/2004, 14/10/2004, expte. 1380/02, caratulado "Trámite personal —avocación— Gorla, Santiago s/avocación res. 22 de la Cámara de Seguridad Social" (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Carlos S. Fayt, Antonio Boggiano, E. Raúl Zaffaroni, Elena I. Highton de Nolasco).

"Con respecto a la suspensión preventiva, el art. 21 bis del Reglamento para la Justicia Nacional —y el art. 10 del Reglamento de Investigaciones de la Secretaría de Auditores Judiciales de la Corte Suprema— establece que "en caso de disponerse la instrucción de sumarios administrativos, si la permanencia en funciones fuere inconveniente, la autoridad de superintendencia pertinente podrá disponer el cambio de tareas de los agentes y funcionarios. De no resultar esto posible, o cuando la gravedad del hecho así lo aconseje, los sumariados podrán ser suspendidos preventivamente por un término no mayor de treinta (30) días, prorrogable por otro período de hasta sesenta (60) días".

En el caso, la suspensión fue dispuesta para ser cumplida durante la feria judicial de enero de 2002, por lo que no se advierten las razones funcionales invocadas por la cámara para aplicar la suspensión preventiva.

⁴⁷⁶ Art. 3962, CCiv.: "La prescripción debe oponerse al contestar la demanda o en la primera presentación en el juicio que haga quien intente oponerla".

1.2. Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

1) Corresponde al órgano que ejerce el poder disciplinario disponer la suspensión preventiva, su prórroga o levantamiento.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/1994, B 52830, "Miraglio, Ethel Doris v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Negri, Laborde, Mercader, Pisano, Salas) (Voto del Dr. Negri —SD—).

“En razón de la organización jerárquica de la Administración, el mantenimiento de la disciplina corresponde al órgano que ejerce el poder disciplinario; esto es, que en la relación disciplinaria administrativa el sujeto activo es el órgano que puede juzgar siendo de su competencia determinar en cada caso la sanción aplicable, sustanciar el sumario administrativo, notificar al agente sumariado de las diligencias que éste deba cumplir en procura de su descargo y, entre otras, disponer la suspensión preventiva del sumariado, su eventual ampliación y su levantamiento...”.

2) Vencido el período de suspensión preventiva la Administración debe procurar el reintegro del agente.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/1994, B 52830, "Miraglio, Ethel Doris v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Negri, Laborde, Mercader, Pisano, Salas) (Voto del Dr. Negri —SD—).

“Más, a los fines de la solución de la presente causa, es útil recordar que una vez vencido el período por el cual fue suspendido el agente, éste debe ser reintegrado puesto que ‘debe ser de interés de la Administración Pública no tener agentes sumariados y no abonar haberes sin el trabajo consecuente’ (conf. FIORINI, Bartolomé, *Derecho administrativo*, t. I, ps. 847 y ss.)”.

3) La Administración actúa de oficio; por lo tanto así como tiene competencia exclusiva para dictar la suspensión preventiva, la tiene para levantarla.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/1994, B 52830, "Miraglio, Ethel Doris v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Negri, Laborde, Mercader, Pisano, Salas) (Voto del Dr. Negri —SD—).

“Pretender imponer a la actora la carga de solicitar reintegrarse al servicio una vez cumplido el plazo máximo que el decreto 965 prevé para aplicar la suspensión preventiva, obviando que la misma fue ampliada sin término y, sobre todo, olvidando que la Administración actúa de oficio en el procedimiento disciplinario y que la tramitación del sumario tiene carácter instructorio siendo de competencia exclusiva del órgano decidir la suspensión preventiva como su levantamiento, resulta realmente contradictorio con las normas que regulan el procedimiento en cuestión y me releva de más consideraciones”.

4) La suspensión preventiva no implica prejuzgamiento y supone un alejamiento temporario destinado a mantener en inactividad al agente mientras dura su sospecha.

Sup. Corte Bs. As., 12/5/1998, B. 51.193, "Arrondo, Gloria Haydee v. Municipalidad de Escobar. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Dres.

Negri, Hitters, Laborde, Pettigiani, Salas, San Martín, Ghione, de Lázari) (Voto de la cuestión por el Dr. Negri —SD—).

“Cuadra destacar sobre el punto que, tal como ha señalado esta Corte, la citada suspensión no implica prejuzgamiento (conc. 2/9/1986, B. 49.161, ‘Rial’; 24/3/1992, B. 52.244, ‘Soler’; 9/2/1993, B. 52.219, ‘López’) y está destinada a mantener al agente en inactividad mientras dura la sospecha, siendo su esencia la de un alejamiento temporario”.

5) La tramitación de una causa penal no obsta a la sustanciación del sumario administrativo.

Sup. Corte Bs. As., 12/5/1998, B. 51.193, “Arriondo, Gloria Haydee v. Municipalidad de Escobar. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: Dres. Negri, Hitters, Laborde, Pettigiani, Salas, San Martín, Ghione, de Lázari) (Voto de la cuestión por el Dr. Negri —SD—).

“b) Ahora bien, también la ordenanza n° 207 se refiere a la situación de un agente sometido a sumario administrativo por hechos que puedan constituir delitos destacando que las sanciones son independientes, sin que la decisión judicial pueda influir en las adoptadas o que vaya a adoptar la Administración municipal; más, agrega ‘...pendiente la causa criminal no podrá dictarse resolución absolutoria en sede administrativa’ (art. 88).

”Este precepto es al que acude la demandada para justificar la ausencia de decisión en el sumario administrativo. Señala en su escrito de responde ‘...había una causa criminal pendiente y no quiso resolverse el sumario administrativo’ (ver fs. 242 vta.).

”Sin embargo, a la luz de la norma antes citada la tramitación de una causa criminal no obsta en modo alguno la sustanciación del sumario administrativo, en el cual, sólo debe la comuna abstenerse de dictar resolución en el caso de que fuera absolutoria y en tanto aquélla se encuentre pendiente”.

6) La suspensión preventiva que ha excedido los plazos de prescripción para el ejercicio de la potestad disciplinaria da lugar a daño moral.

Sup. Corte Bs. As., 12/5/1998, B. 51.193, “Arriondo, Gloria Haydee v. Municipalidad de Escobar. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: Dres. Negri, Hitters, Laborde, Pettigiani, Salas, San Martín, Ghione, de Lázari) (Voto de la cuestión por el Dr. Hitters —MA—).

“Respecto de la cuestión referente al daño moral, pienso que el reconocimiento de dicho rubro resulta procedente pues no cabe duda que la suspensión preventiva, al exceder los plazos de prescripción previstos para el ejercicio de la potestad disciplinaria, provocó en la actora intranquilidad y sufrimientos, extremos éstos que conforme lo he señalado en causas B. 52.134, ‘Toti’, sent. 26-IX-95 y B. 53.291, ‘Álvarez’, sent. 22-IV-97, pueden desvirtuarse mediante una prueba objetiva de la improcedencia del agravio moral, que debe correr por cuenta del responsable del hecho dañoso, lo que no se ha acreditado en la presente causa (arts. 25, CPCA; 165 y 375, CPCC). Ello debe ser así, máxime teniendo en cuenta la jerarquía de las prerrogativas violadas por la Administración en el caso sub análisis: el derecho al trabajo y a la esta-

bilidad del empleado público, ambos de raigambre constitucional (art. 14 bis, CN, art. 6° del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales —con jerarquía constitucional—, art. 75, inc. 22, CN; y arts 39 y 103, inc. 12, Constitución provincial), considerando las connotaciones evidentemente conexas con principios tales como la dignidad humana y la protección moral y material de la familia que aquéllos conllevan. Resulta evidente, entonces, la afeción a valores espirituales que el sistema jurídico vigente protege, lo que implica la necesaria reparación de los perjuicios causados, cumpliendo así con el deber de satisfacción integral”.

7) La suspensión preventiva no implica prejuzgamiento.

Sup. Corte Bs. As., 20/4/1999, B 56441, “Bucharsky, José Luis v. Municipalidad de Villa Gesell s/demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: de Lázari, Hitters, Pettigiani, Laborde y Pisano) (Juez de Lázari —SD—).

“1. Tal como quedó visto con fecha 20-X-89 se decretó la suspensión preventiva del mismo sin goce de haberes ‘hasta las resultas del sumario’, conforme las previsiones de la Ordenanza General n° 207. Ésta prevé que en cualquier estado de las actuaciones sumariales puede suspenderse preventivamente a un agente, sin que ello implique pronunciarse sobre su responsabilidad en los hechos investigados (art. 80). Cuadra destacar sobre el punto, como lo ha hecho esta Corte, que la citada suspensión no implica prejuzgamiento (2/9/1986, B. 49.161, ‘Rial’; 24/3/1992, B. 52.244, ‘Soler’; 9/2/1993, B. 52.219, ‘López’) y está destinada a mantener al agente en inactividad mientras dura la sospecha, tipificando sólo un alejamiento temporario (12/5/1998, B. 51.193, ‘Arriondo’)”.

8) La autoridad administrativa está obligada a llevar adelante el procedimiento sumarial con el objeto de descubrir la verdad de los hechos.

Sup. Corte Bs. As., 20/4/1999, B 56441, “Bucharsky, José Luis v. Municipalidad de Villa Gesell s/demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: de Lázari, Hitters, Pettigiani, Laborde y Pisano) (Juez de Lázari —SD—).

“Pero, además, la autoridad comunal una vez instado el procedimiento sumarial no puede ni debe abandonarlo so pretexto de dificultades en su tramitación o de un ‘acuerdo implícito’ con el empleado sumariado. Dicho procedimiento es comprensivo de una serie de actos procesales destinados a la sanción o absolución de un agente siendo, en definitiva, la exteriorización de una conducta persecutoria estatal. Y, si bien el impulso es la fuerza o actividad que pone en movimiento el procedimiento administrativo o lo hace avanzar hasta su fin superando etapas o tramos que comprende y se halla a cargo tanto de la Administración como del administrado (res. 31/5/1994, B. 55.056, ‘Abramovich y otros’), el mismo, cuando se trata de un sumario administrativo —propio del denominado derecho disciplinario administrativo—, pertenece por antonomasia a la autoridad competente.

”Ello se compadece —además— con el principio de investigación integral, tendiente a descubrir la verdad de los hechos a fin de determinar la responsabilidad o la absolución del agente involucrado (1/12/1998, B. 57.440, ‘Goitisoló’), definiendo el estado de incertidumbre en que lo ha colocado máxime si —como en el caso— ha dispuesto la suspensión preventiva del mismo”.

9) Ante la imposibilidad jurídica de ejercer la potestad disciplinaria corresponde pagar los haberes dejados de percibir durante la suspensión preventiva.

Sup. Corte Bs. As., 20/4/1999, B 56441, "Bucharsky, José Luis v. Municipalidad de Villa Gesell s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: de Lazzari, Hitters, Pettigiani, Laborde y Pisano) (Juez de Lazzari —SD—).

“La responsabilidad de la Administración no queda excluida en tales circunstancias. La conducta negligente de la autoridad que no cumplió los procedimientos tendientes a la tramitación eficiente de un sumario administrativo cuya conclusión la habilitaría, eventualmente, a sancionar al hoy accionante por la falta imputada, no puede oponerse como defensa válida a la pretensión esgrimida en punto a la percepción de los salarios no cobrados.

”Existiendo imposibilidad de ejercer la potestad disciplinaria no existe causa jurídica que legitime la privación de los haberes dejados de percibir durante el lapso en que el señor Bucharsky estuvo suspendido preventivamente. La negativa de la Municipalidad al otorgamiento de los salarios pedidos resulta contraria a derecho, debiendo advertirse que ésta esgrime defensas que resultan irrelevantes para enervar la pretensión actora, por lo cual corresponde lisa y llanamente la aplicación de lo dispuesto por la norma antes citada”.

10) El reconocimiento de los haberes dejados de percibir durante la suspensión preventiva implica la reparación del perjuicio sufrido.

Sup. Corte Bs. As., 20/4/1999, B 56441, "Bucharsky, José Luis v. Municipalidad de Villa Gesell s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: de Lazzari, Hitters, Pettigiani, Laborde y Pisano) (Juez de Lazzari —SD—).

“Cabe agregar a ello que no se han acreditado en la causa hechos imputables a la voluntad del interesado en relación a la imposibilidad jurídica de dictar una decisión acerca de su conducta, circunstancia que torna razonable la solicitud del mismo de que se le abonen los salarios caídos desde la fecha de la suspensión preventiva decretada en su perjuicio y hasta su reincorporación, debiendo señalarse que el reconocimiento del derecho a percibir tales haberes implica la reparación del perjuicio sufrido (conc. causa B. 51.193 cit.)”.

11) La Administración tiene facultad para aplicar suspensión preventiva o disponibilidad relativa.

Sup. Corte Bs. As., 23/5/2007, B. 58.065, "Sánchez Strada, Hugo Domingo v. Provincia de Buenos Aires (Mrio. de Salud). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Negri, Soria, Hitters, Genoud, de Lazzari, Kogan —MA—, doctor Genoud —MI—) (Voto Dr. Negri).

“En la tarea instructoria, la Administración puede aplicar una u otra medida, ante la concurrencia de sus presupuestos legales, estándole únicamente vedada su aplicación simultánea (art. 82, ley 10.430)”.

12) La disponibilidad relativa exige que las tareas asignadas guarden relación con el cargo que ocupa el agente y que se le garantice la percepción de haberes.

Sup. Corte Bs. As., 23/5/2007, B. 58.065, "Sánchez Strada, Hugo Domingo v. Provincia de Buenos Aires (Mrio. de Salud). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Negri, Soria, Hitters, Genoud, de Lázari, Kogan —MA—, doctor Genoud —MI—) (Voto Dr. Negri).

“Ello así, por dos razones. En primer lugar, porque la ley no obliga a la Administración a darle al agente un destino idéntico al que tenía, sino únicamente se indica que las tareas que se le asignen deben guardar relación con el cargo que ocupa (art. 8° inc. a), dec. 1227/1987). En segundo lugar, porque la medida decretada no puede afectar la percepción de haberes de quien está sujeto a ella (art. 8°, ley 10.430).

”Si el actor —médico cardiólogo— fue destinado a prestar servicios en un hospital, dentro de la misma ciudad en que cumplía de ordinario sus tareas y el cobro de sus remuneraciones estaba asegurado, carecen de fundamento sus quejas al respecto”.

13) La suspensión preventiva no puede extenderse más allá del plazo legal establecido.

Sup. Corte Bs. As., 23/5/2007, B. 58.065, "Sánchez Strada, Hugo Domingo v. Provincia de Buenos Aires (Mrio. de Salud). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Negri, Soria, Hitters, Genoud, de Lázari, Kogan —MA—, doctor Genoud —MI—) (Voto Dr. Negri).

“El art. 82, ap. II, del decreto 1227/1987 fija en sesenta días el plazo máximo de duración de la medida y luego de conferir al Poder Ejecutivo la facultad de ampliarlo, con intervención de la Junta de Disciplina, indica claramente que sólo podrán exceptuarse los plazos anteriores si el agente estuviera privado de su libertad.

”Esto es, si tal como se lo señalara y de acuerdo con la normativa vigente, la única circunstancia en que hubiera podido fundarse una prórroga de la suspensión preventiva mayor a sesenta días hubiera sido el caso en que el imputado se encontrara privado de su libertad (doctr., 23/6/1999, B. 57.469, ‘Tettamanti’), forzoso es admitir la legitimidad de los reclamos que formulara el actor en sede administrativa, haciendo notar la prolongación de la medida preventiva que lo afectaba más allá del plazo legal y pidiendo su levantamiento. Por ello corresponde acoger en este punto la pretensión contenida en la demanda”.

14) El levantamiento de la suspensión preventiva debe ser dispuesto de oficio por la Administración.

Sup. Corte Bs. As., 23/5/2007, B. 58.065, "Sánchez Strada, Hugo Domingo v. Provincia de Buenos Aires (Mrio. de Salud). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Negri, Soria, Hitters, Genoud, de Lázari, Kogan —MA—, doctor Genoud —MI—) (Voto Dr. Negri).

“...Pasando al análisis de la pretensión de pago de haberes, tal como lo expresara en oportunidad de dar mi voto en la causa B. 52.830, ‘Miraglio’ (‘Acuerdos y Sentencias’ 1994-IV-62) resulta inaceptable el fundamento empleado por la

Administración para denegar la solicitud de pago de haberes al actor, porque pretender imponer a un agente suspendido preventivamente la carga de solicitar reintegrarse al servicio una vez cumplido el máximo plazo previsto para aplicar la suspensión preventiva, olvidando que la Administración actúa de oficio en el procedimiento disciplinario y que la tramitación del sumario tiene carácter instructorio, siendo de competencia exclusiva del órgano decidir la suspensión preventiva como su levantamiento, resulta realmente contradictorio con las normas que regulan el procedimiento en cuestión”.

15) Corresponde el pago de haberes cuando la suspensión preventiva excede el término de la sanción correctiva impuesta siempre que ello se encuentre normado.

Sup. Corte Bs. As., 23/5/2007, causa B. 58.065, “Sánchez Strada, Hugo Domingo v. Provincia de Buenos Aires (Mrio. de Salud). Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Negri, Soria, Hitters, Genoud, de Lazzari, Kogan —MA—, doctor Genoud —MI—) (Voto Dr. Negri).

“Al analizar la aplicación de otro estatuto profesional a un agente público que reclamaba el pago de los salarios devengados durante su suspensión preventiva (10/6/1997, B. 55.325, ‘Lascano’) di mi voto —en minoría— y consideré que al accionante le correspondía el pago de los haberes no percibidos por todo el tiempo de suspensión preventiva que excediera al de la sanción aplicada siempre y cuando tal circunstancia estuviera expresamente contemplada en la referida reglamentación”.

1.3. Jurisprudencia de las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires

1) El mantenimiento de una suspensión preventiva sin acto administrativo que le dé fundamento configura una vía de hecho.

C. Apels. Cont. Adm. San Martín, 23/2/2006, 393/05, “Muzio, Pablo Martín v. Municipalidad de Ituzaingo s/acción de amparo” (Magistrados votantes: Dres. Bezzi y Saulquin).

“Aclarado ello, adelanto mi opinión en el sentido que la Administración debió expedirse en algún sentido transcurridos los sesenta días, ya que el mantenimiento de la suspensión sin acto administrativo que le preste fundamento jurídico configura una vía de hecho en los términos del art. 109 de la Ordenanza General 267, y que conforme sostiene el Tribunal de Trabajo, aunque con distintos fundamentos, configura el requisito de la arbitrariedad e ilegalidad manifiesta exigidos para la procedencia de la vía elegida”.

1.4. Jurisprudencia de los Juzgados en lo Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires

1) Restablecimiento cautelar del estado de disponibilidad preventiva en el procedimiento sumarial frente a una decisión de prescindibilidad por aplicación de la garantía de presunción de inocencia.

Juzg. Cont. Adm. n. 2 La Plata, a cargo de la Dra. Ana Cristina Logar; 13/10/2004, “Castro, Walter Alejandro v. Ministerio de Seguridad de la provincia de Buenos Aires s/amparo”.

“Ello, toda vez que el artículo 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que ‘toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad’”.

2) Es verosímil la pretensión cautelar del agente separado preventivamente que requiere la restitución a su cargo de origen vencido el plazo de realización de un presumario.

Juzg. Cont. Adm. Pergamino, a cargo de la Dra. María Cristina Castagno, 4/4/2007, “P. Mónica v. Dirección General de Cultura y Educación s/pretensión anulatoria”.

“VIII. Que conforme surge de la reseña precedentemente efectuada, la Docente P. continúa separada preventivamente de sus cargos y privada del ejercicio del reemplazo natural del Director, por virtud de un presumario cuyo plazo de realización se encuentra largamente vencido, sin que se hubiere dispuesto medida alguna con respecto a esta situación por las autoridades pertinentes.

“IX. Que ello se constituye en la apariencia de buen derecho que exige toda medida cautelar, desde que la peticionante continúa separada de sus cargos (uno de ellos jerárquico), ejerciendo tareas administrativas en otro establecimiento, sin norma alguna que aponte tal situación desde que el plazo dispuesto por la resolución 391/2006 —en consonancia con la norma reglamentaria de aplicación— ha fenecido, dejando sin sustento jurídico el desplazamiento dispuesto y continuado más allá de los límites preestablecidos”.

3) La estabilidad del empleado público no implica inamovilidad o impedimento para disponer su traslado.

Juzg. Cont. Adm. Pergamino, a cargo de la Dra. María Cristina Castagno, 4/4/2007, 2.453, “Vilches Carlos Fabián v. Municipalidad de Pergamino s/medida cautelar anticipada”.

Cabe agregar, asimismo, que la mentada disposición en modo alguno afecta la garantía de la estabilidad del empleado público consagrada en los arts. 14 bis de la Constitución Nacional, y 14, inc. a), del estatuto aplicable, dado que “la estabilidad del empleado público no implica necesariamente inamovilidad pues la primera se refiere a la permanencia en el cargo o empleo, en tanto que la segunda se refiere al lugar donde la función o empleo serán ejercidos. En principio, y salvo el supuesto de cargos cuya índole no admite el ejercicio en otro lugar, no puede sostenerse la inamovilidad de los agentes públicos ante la innegable facultad que tiene la Administración para trasladarlos” (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 9/3/1999, B 57002 *in re* “González, Graciana Ester v. Municipalidad de La Matanza s/demanda contencioso administrativa”); siendo que además “la valoración referida a la necesidad de trasladar a un agente dentro de la administración pública es atribución propia de la autoridad administrativa a menos que la decisión resulte arbitraria o se muestre irrazonable” (confr. Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 5/3/1991, B 50287 *in re* “Cortés, Ester Rosa v. Municipalidad de La Plata s/demanda contencioso administrativa”), lo cual no se advierte en el *sub judice*.

2. Sanciones correctivas

2.1. Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

1) Sanción de apercibimiento y suspensión. La necesidad de fundar la elección entre dos medidas por la más severa rige cuando ambas son correctivas.

Sup. Corte Bs. As., 24/7/1984, "Klygo, Enrique Antonio v. Municipalidad de Quilmes s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Vivanco, Negri, Cavagna Martínez, Rodríguez Villar, Mercader) (Voto del Dr. Vivanco —SD—).

La doctrina del Tribunal que exige a la Administración fundar adecuadamente las razones de la aplicación de la sanción expulsiva cuando la falta delimitada fuese susceptible de una sanción correctiva es extensible al supuesto en que la tipificación de la infracción constituye un sustrato común para las distintas sanciones correctivas (desde el apercibimiento hasta la suspensión) y la autoridad administrativa haya optado por la de mayor severidad.

2) Sanción de suspensión. Para considerar secuela del juicio con efectos interruptivos de la prescripción a un acto en el procedimiento disciplinario debe tener por objeto impulsar las actuaciones con la voluntad de perseguir la averiguación de los hechos.

Sup. Corte Bs. As., 18/6/1991, B. 51.839, "Montalbo, Libertad Argentina v. Municipalidad del Partido de General Pueyrredón. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Rodríguez Villar, Negri, Laborde, Vivanco, Mercader) (Voto del Dr. Rodríguez Villar —SD—).

"Así expuestas las circunstancias fácticas relevantes y las normas que rigen la solución del caso, juzgo que le asiste razón a la accionante. En efecto, como se destacó, el único argumento esgrimido por la demandada para sostener la interrupción de la prescripción, ha sido el de entender que resultaba aplicable la secuela del sumario.

"A fin de limitar el alcance de este último concepto, estimo acertado acudir a los precedentes emanados de este Tribunal, que han abordado una análoga cuestión en el ámbito del derecho penal, con ocasión de la expresión 'secuela de juicio' incorporada al art. 67 del Código Penal.

"Entendió entonces esta Corte que dicho concepto debe ligarse a la realización de actos procesales que hagan proseguir el juicio, que exterioricen la voluntad de perseguir de los órganos del Estado ('Acuerdos y Sentencias', 1960-IV-523; 1977-II-617). Y es sobre esta base, que reputo que los trámites llevados a cabo en el sumario incoado contra la demandante carecen de fuerza interruptiva de la prescripción de la acción disciplinaria".

3) Sanción de suspensión. No corresponde aplicar sanción disciplinaria cuando la conducta del agente no fue producto de dolo o negligencia.

Sup. Corte Bs. As., 19/4/1994, B. 51.909, "Mele de Micucci, María Luisa v. Banco Municipal de La Plata. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pisano, Mercader, Rodríguez Villar, Vivanco, Negri, Salas) (Voto Dr. Pisano —MA—).

“En otras palabras, las fallas de caja constituirán antecedente suficiente de una sanción disciplinaria cuando, además, sea comprobado en el caso concreto que se produjeron con dolo o negligencia del agente que las cometió (conf. art. 10.1.6. de la reglamentación que nos ocupa, fs. 89 de esta causa). Y en la especie, descartado el dolo por la misma autoridad administrativa, no surge suficientemente expuesta en el acto sancionatorio original la negligencia que se considera configurada. 4. La negligencia es el descuido u omisión equiparable a la falta de aplicación que para los agentes públicos se plasma en un incorrecto cumplimiento de sus tareas susceptible de ser recriminado, al menos en lo que se vincula con las sanciones correctivas, con un carácter ejemplificador; para lograr una mayor aplicación a las mismas en el caso de que no cese en el cargo”.

4) Sanción de suspensión. El transcurso de tiempo prolongado entre las escasas incorrecciones detectadas no es un indicador suficiente de las faltas que se le imputan a la agente.

Sup. Corte Bs. As., 19/4/1994, B. 51.909, “Mele de Micucci, María Luisa v. Banco Municipal de La Plata. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pisano, Mercader, Rodríguez Villar, Vivanco, Negri, Salas) (Voto Dr. Pisano —MA—).

“Y bien: concretamente, no advierto que la señora Mele de Micucci se encuentre en esta situación si, como se vio, las incorrecciones detectadas fueron escasas durante un lapso prolongado de tiempo, lo que no es indicador suficiente de su falta de aplicación a una tarea que el propio Banco califica de altamente riesgosa previendo un adicional especial para los funcionarios afectados a ella”.

5) Sanción de suspensión. En el ámbito de las sanciones correctivas ha de otorgarse prioridad a la ponderación de los hechos efectuada por el órgano administrativo con competencia al efecto.

Sup. Corte Bs. As., 6/9/1994, B. 51.560, “Ríos, Carlos Roberto v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Vivanco, Laborde, Mercader, Negri, Pisano) (Voto del Dr. Vivanco —SD—).

“En efecto: en el ámbito de las sanciones disciplinarias correctivas ha de otorgarse prioridad a la ponderación de los hechos efectuada por el órgano administrativo con competencia al efecto, sobre todo cuando se trata, como en el caso, de una institución en la que se intensifica la organización jerárquica y la trascendencia de las órdenes impartidas por un superior, a tal punto que, conforme a la doctrina expuesta en el punto 1, el legislador ha restringido la posibilidad de revisión judicial. En esta inteligencia, es suficiente para la fundamentación del acto administrativo dictado al efecto, la circunstancia de que el accionante haya regresado el vehículo a Villa Gesell luego de la orden en contrario impartida por la autoridad policial de la nueva dependencia donde prestaba servicios, orden cuya existencia no desconoce limitándose a cuestionar su legitimidad sin argumentos valederos. Y no obstan a la suficiencia de fundamentación a que me refiero las valoraciones realizadas por el juez penal en el ámbito de su competencia específica ya que, por ser tal, se ejerce en un ámbito normativo que difiere del específico que aquí se analiza (doctrina

‘Acuerdos y Sentencias’ 1988-I-637; 1988-III-579; 25/4/1989, B. 48.633, ‘Greco’, entre otras)”. .

6) Sanción de suspensión. La sanción correctiva aplicada pudo serlo sin sumario previo por haber cumplido los requisitos de fundamentación suficiente e indicación de las causas determinantes de la medida.

Sup. Corte Bs. As., 19/8/1997, B. 52.141, “Zenzerovich, Rubén v. Municipalidad de Pinamar. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Negri, Laborde, Pisano, Ghione, Salas) (Voto del Dr. Negri —SD—).

“Por ende, la sanción de quince días de suspensión aplicada en el caso pudo serlo sin necesidad de sumario previo con sólo cumplir los requisitos de fundamentación suficiente e indicación de las causas determinantes de ella (art. 68 ord. gral. cit.)”.

7) Sanción de suspensión. La autoridad administrativa ha actuado con razonabilidad al elegir la medida con menor rigor.

Sup. Corte Bs. As., 19/8/1997, B. 52.141, “Zenzerovich, Rubén v. Municipalidad de Pinamar. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Negri, Laborde, Pisano, Ghione, Salas) (Voto del Dr. Negri —SD—).

“Sin embargo el intendente optó por una sanción correctiva menor que para evitar otras conductas anómalas del agente en el futuro. Y en esta función correctiva el intendente actuó con razonabilidad eligiendo el ejercicio de su potestad disciplinaria con menor rigor, lo que torna inaplicable la doctrina del Tribunal traída al respecto en el escrito de demanda y reiterada en oportunidad de alegar”.

8) Sanción de suspensión. La sanción correctiva tiene un carácter ejemplificador con el objeto de lograr una mayor aplicación de los deberes del cargo.

Sup. Corte Bs. As., 2/6/1998, B. 52.699, “Esmoris, Jorge Manuel v. Municipalidad de Bahía Blanca. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Laborde, de Lazzari, Hitters, Negri) (Voto del Dr. Pettigiani —SD—).

“Ha dicho este Tribunal que la negligencia en el cumplimiento de las funciones puede definirse como la falta de aplicación que para los agentes públicos se plasma en un incorrecto desempeño de sus tareas, susceptible de ser recriminado —al menos en lo que se vincula con las sanciones ‘correctivas’— con un carácter ejemplificador para lograr una mayor aplicación a las mismas en el caso de que el sancionado no cese en el cargo (doct. 19/4/1994, B. 51.909, ‘Mele de Micucci’, pub. en ‘Acuerdos y Sentencias’ 1994-II, pub. 61)”.

9) Sanción de suspensión. El procedimiento sumarial no es un requisito para la aplicación de la sanción correctiva impuesta sin que en el caso se haya violado el derecho de defensa del agente.

Sup. Corte Bs. As., 2/6/1998, B. 52.699, “Esmoris, Jorge Manuel v. Municipalidad de Bahía Blanca. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Laborde, de Lazzari, Hitters, Negri) (Voto del Dr. Pettigiani —SD—).

“Tampoco es óbice para la legitimidad del actuar administrativo en relación a este punto el hecho de que no se hubiera labrado sumario administrativo previo a la aplicación de la sanción de suspensión, pues éste no era un requisito establecido en la norma aplicable para tal tipo de penalidad, ni se advierte el denunciado agravio a su derecho de defensa, en tanto no se han expuesto en el recurso de revocatoria ni en la demanda argumentos cuya consideración hubiera podido enervar la decisión de la Administración. En igual sentido puede afirmarse que no se advierte que la falta de sumario administrativo u otro tipo de procedimiento previo al dictado del acto, en relación a la falta analizada en este punto, le hubiera privado de ofrecer y producir prueba relevante para la decisión adoptada en sede administrativa. Obsérvese que la pedida y denegada en el trámite administrativo se refirió a hechos que no han sido negados o no relevantes para la decisión (ver fs. 8 vta. y 9 del expte. adm. citado)”.

10) Sanción de suspensión. La excepción al procedimiento sumarial no implica la eximición a la Administración para dictar el acto sin sus requisitos esenciales.

Sup. Corte Bs. As., 2/6/1998, B. 52.699, “Esmoris, Jorge Manuel v. Municipalidad de Bahía Blanca. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Laborde, de Lazzari, Hitters, Negri) (Voto del Dr. Pettigiani —SD—).

“En efecto, si bien el procedimiento sumarial disciplinario no era elemento esencial para la creación del acto en virtud de una disposición expresa de la norma estatutaria (art. 97 de la ord. 3894), no por ello puede entenderse que el organismo empleador se encontraba autorizado para el dictado de un acto sin reunir los requisitos esenciales al efecto, en especial, encontrarse suficientemente motivado mediante la recepción clara y concisa de la causa realmente configurada (conf. doct., 24/6/1984, B. 49.109, ‘Klygo’ y sus citas; voto del señor Juez doctor Negri en causa 10/12/1992, B. 51.249, ‘Trezza’). Sobre todo cuando en la especie este principio general se encontraba expresamente consagrado en el segundo párrafo del citado art. 97, el que, entre otros requisitos, establece que las sanciones deberán aplicarse por resolución fundada que contenga la ‘clara exposición de los hechos’. La norma estatutaria establece que en caso contrario tales castigos adoptados en violación a sus disposiciones serán nulos (art. 97, segundo párrafo, *in fine*, de la ord., ya citada).

”El requisito impuesto por la reglamentación, no se encuentra cumplimentado en las resoluciones impugnadas, toda vez que la Administración no detalló en qué consistían las irregularidades que indica, como ‘otras gestiones desafortunadas durante el proceso de construcción y adjudicación de las viviendas’. Tal omisión no puede considerarse suplida *a posteriori* por las escuetas referencias que sobre el tema contiene el responde, ni por la remisión hecha en el expediente administrativo a otro (el designado como n° 418-1677) en el que supuestamente se investigó el desempeño del actor. Además, como ya quedara expuesto, el expediente citado en último término fue archivado, sin que conste en el informe requerido como prueba informativa a la comuna empleadora el resultado de aquel sumario.

”Resulta obvio que, en lo que hace a esta imputación, el derecho de defensa del actor se vio menoscabado ya que, ante la ausencia de exposición de los hechos en los que se fundó la comuna para considerarlo incurso en negligencia en el desempeño de su función, aquél se vio privado de alegar y probar al respecto.

Por las razones apuntadas corresponde anular el acto por el que se dispuso la sanción de suspensión aplicada al actor”.

11) Sanción de suspensión. Viola la regla del *non bis in idem* el doble juzgamiento de una misma conducta en la misma esfera.

Sup. Corte Bs. As., 2/6/1998, B. 52.699, “Esmoris, Jorge Manuel v. Municipalidad de Bahía Blanca. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Laborde, de Lázari, Hitters, Negri) (Voto del Dr. Pettigiani—SD—).

“Sin perjuicio de ello y atento que, conforme surge de las actuaciones administrativas la investigación de la imputación en análisis ha tramitado en otro expediente municipal, resulta necesario recordar que esta Corte ha señalado que la regla *non bis in idem* —desde ya aplicable al procedimiento administrativo disciplinario— se quebranta cuando una misma conducta es juzgada dos veces dentro de la misma esfera jurisdiccional (doc., 24/7/1979, B. 47.835, ‘Piñero’, a contrario; 24/11/1992, B. 49.330, ‘Alonso’).”

12) Sanción de suspensión. El agente debe asumir las consecuencias de su decisión de inasistir sin justificación concedida.

Sup. Corte Bs. As., 8/3/2000, B. 57.575, “Gayarre, María Angélica v. Municipalidad de La Matanza. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Laborde, Pisano, Ghione, de Lázari, Hitters) (Voto del Dr. Laborde—SD—).

“Si la actora decidió concurrir al Congreso Médico aun cuando no contaba con la decisión administrativa acordándole licencia a tal fin, debe asumir las consecuencias de aquella decisión, que eran la no justificación de sus inasistencias. Recordemos que, según sus propios dichos, ante la eventualidad de no contar con la autorización pedida, había dejado indicado que se hiciera constar en las planillas de asistencia su ausencia con aviso (ver descargo, esp. punto IV.3], fs. 30 de las act. adm.). Por otra parte, si bien ha quedado acreditado que en los lugares de trabajo no se cubrían guardias ni urgencias, lo cierto es que no puede negarse que durante los tres días en que no asistió a sus tareas el Municipio de La Matanza dejó de prestar el servicio de atención en consultorios externos en la especialidad de la doctora Gayarre. La tipificación de estos hechos como una falta encuadrable en la infracción al art. 34, inc. a) de la ordenanza 7745 no aparece como arbitraria e irrazonable.

”Pues, siendo la prestación de servicios en forma regular la principal obligación del agente, éste debe permanecer en su cargo hasta tanto la autoridad resuelva un pedido de licencia como el de la especie (doct., 6/5/1997, causa B. 54.743, ‘Quaglia’).”

13) Sanción de suspensión. La Administración, al elegir entre una sanción correctiva y otra expulsiva, ponderó la más favorable para el agente.

Sup. Corte Bs. As., 8/3/2000, B. 57.575, “Gayarre, María Angélica v. Municipalidad de La Matanza. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Laborde, Pisano, Ghione, de Lázari, Hitters) (Voto del Dr. Laborde—SD—).

“En cuanto a la sanción aplicada, resulta necesario aclarar que conforme el art. 106 de la citada ordenanza, el incumplimiento de las obligaciones contempladas en el

art. 34, así como el quebrantamiento de las prohibiciones establecidas en el art. 35, pueden ser sancionados hasta con la cesantía del agente. Por lo que, habiéndose aplicado a la actora por dos faltas disciplinarias una sanción correctiva y no expulsiva, y teniendo en cuenta su condición de reincidente, cabe concluir que medió una ponderación favorable a su respecto (doct., 6/12/1988, B. 49.837, 'Issel de Falco').

14) Sanción de suspensión. No debe plantearse la potestad disciplinaria en abstracto o sus límites sino que debe analizarse su aplicación en el caso concreto.

Sup. Corte Bs. As., 14/9/2005, B. 59.084, "Ramos, Alfredo Mario v. Municipalidad de General Alvarado. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Soria, Negri, Roncoroni, Hitters) (Voto Dr. Pettigiani —SD—).

"Según ha resuelto este Tribunal, en materia disciplinaria debe analizarse en cada caso en particular si el régimen jurídico estatutario aplicable autoriza, frente a la comprobación de determinada conducta por el agente, la aplicación de la sanción de que se trate, sin plantear en abstracto la cuestión relativa a si la Administración tiene o no facultades para sancionar o, llegado el supuesto cuál sería el límite al que ésta se halla sujeta (conf. doct., 23/12/1997, B. 50.693, 'Veloso', entre otras)".

15) Sanción de suspensión. El agente de planta que ocupa un cargo político se encuentra sometido al régimen disciplinario.

Sup. Corte Bs. As., 14/9/2005, B. 59.084, "Ramos, Alfredo Mario v. Municipalidad de General Alvarado. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Soria, Negri, Roncoroni, Hitters) (Voto Dr. Pettigiani —SD—).

"Es decir, que si bien el señor Ramos con anterioridad al inicio del sumario disciplinario ya había culminado su desempeño en la función política en cuya actuación, como ya se dijo, se sucedieron los hechos que motivaron el mencionado procedimiento sumarial, y en la que actuó con retención de su cargo de planta permanente, no por ello dejó de ser un agente estatal, toda vez que se reintegró a su anterior cargo en los cuadros de la administración municipal. De los cuales, en realidad, nunca se había separado. No se produjo, pues una alteración sustancial del vínculo administrativo (conf. doct. Corte Sup., Fallos 307:1466), y por ende se mantuvo subsistente la relación de empleo público y la correlativa situación de subordinación jerárquica sobre la que se asienta el ejercicio del poder disciplinario (conf. Corte Sup., Fallos 251:368, 253:446, entre otros)".

16) Sanción de suspensión. La continuidad en el cargo de planta luego de su cese como director permite el ejercicio de la potestad disciplinaria por actos de su función precedente.

Sup. Corte Bs. As., 14/9/2005, B. 59.084, "Ramos, Alfredo Mario v. Municipalidad de General Alvarado. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Soria, Negri, Roncoroni, Hitters) (Voto Dr. Pettigiani —SD—).

"Entonces, el actor estaba alcanzado por la potestad disciplinaria de la administración comunal en tanto perduraba la especial situación jurídica que lo vinculaba con aquélla. Por ello, y sin perjuicio de su cese en el cargo de Director de Salud del Partido de General Alvarado, esa comuna se encontraba habilitada para instruir y

resolver el sumario incoado a fin de juzgar los hechos cometidos durante el ejercicio de la citada función. Reafirmandose, de ese modo, el control que debe ejercer la Administración Pública sobre sus miembros”.

17) Sanción de suspensión. La sanción correctiva se endereza al mejoramiento del servicio mediante la enmienda del agente.

Sup. Corte Bs. As., 14/9/2005, B. 59.084, “Ramos, Alfredo Mario v. Municipalidad de General Alvarado. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Soria, Negri, Roncoroni, Hitters) (Voto Dr. Pettigiani —SD—).

“Por otro lado, no se aprecia que la medida disciplinaria dispuesta por el Intendente municipal se vea privada de su finalidad esencial, ya que siendo aquélla de tipo correctiva su propósito se endereza al mejoramiento del servicio mediante la enmienda del agente (conf. 18/8/1981, B. 48.525, ‘Cataffo’), y ello resulta posible en el caso, dada la apuntada subsistencia de la vinculación del agente con la organización administrativa. De ese modo, la corrección disciplinaria no ha perdido su principal razón de ser, pues el actor continuaba perteneciendo al poder estatal al que correspondía el ejercicio de las facultades disciplinarias de que se trata”.

18) Sanción de suspensión. La relación originaria del agente público subsistente permite aplicar el régimen disciplinario a quien por su cargo estaría excluido de éste.

Sup. Corte Bs. As., 14/9/2005, B. 59.084, “Ramos, Alfredo Mario v. Municipalidad de General Alvarado. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Soria, Negri, Roncoroni, Hitters) (Voto Dr. Soria —OP—).

“Asiste razón a la demandada en cuanto a la subsunción del caso en el régimen disciplinario contenido en la ley 11.757.

”No se me escapa que el demandante por su condición de Director de Salud y en el ejercicio de sus responsabilidades funcionales se encontraba excluido del régimen de empleo público municipal aplicable en la comuna (confr. Ordenanza 312/1984 vigente al momento de su asunción; art. 2º, inc. a), segundo párrafo, ley 11.757). Mas ello, por las especiales circunstancias que rodean el *sub examine*, en modo alguno descalifica el accionar municipal cuestionado.

”Es claro que las aludidas disposiciones estatutarias no rigen para el control del ejercicio de sus competencias por aquellos funcionarios que ocupan cargos de confianza. Por la naturaleza del puesto o la índole de las funciones que desempeñan, tales auxiliares inmediatos se encuentran sujetos al escrutinio del mérito que sobre su accionar efectúe el órgano que los ha designado (doct. 27/4/1993, B. 51.828, ‘Trucco’; 5/11/2003, B. 55.867, ‘Lamacchia’).

”Empero, distinto es el caso cuando la potestad disciplinaria se ejercita respecto de funcionarios políticos que, mientras ejercen su cargo de confianza, conservan otro de revista en planta permanente al mediar la reserva habilitada por el art. 17 de la ley 11.757.

”En tales supuestos, la primigenia relación de empleo público que lo vincula con la Administración, más allá de su designación en el cargo político y/o electivo, no se extingue sino, contrariamente, perdura junto con los derechos y obligaciones

que de ella derivan (cfr. Capítulo I, Sección II, ley 11.757). Desde luego, tienen cabida ciertas adecuaciones que respecto de los alcances de unos y otras se efectúa en atención a las particulares características de la nueva prestación funcional asumida por el agente (ver como ejemplo, 3/7/2002, B. 58.965, 'Lacay de Durruty', respecto de la 'bonificación por dedicación exclusiva').

19) Sanción de suspensión. La conducta que motivó la sanción correctiva se encuentra prevista estatutariamente.

Sup. Corte Bs. As., 14/9/2005, B. 59.084, "Ramos, Alfredo Mario v. Municipalidad de General Alvarado. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Soria, Negri, Roncoroni, Hitters) (Voto Dr. Soria —OP—).

"Sentado lo anterior, advierto que en la especie el obrar municipal no versó sobre la prestación funcional encomendada al actor por la autoridad política que lo designó en el cargo de confianza. Por el contrario, la conducta que se le reprocha y que mereciera la sanción disciplinaria cuestionada, es de aquellas repudiadas estatutariamente, por resultar contrarias al deber impuesto a todo agente de planta permanente por el art. 59, inc. 'd' del régimen del empleo público municipal. La obligación de proceder con cortesía, diligencia y ecuanimidad de trato y llevar a cabo una conducta cooperativa y solidaria en el ámbito de trabajo pesaba, a no dudar, sobre el actor por continuar revistiendo al mediar la reserva del art. 17 la calidad de personal permanente del municipio demandado".

20) Sanción de suspensión. No vicia la resolución el diferente encuadre normativo de su conducta cuando en el caso implicó una ponderación favorable y más benigna para el agente sancionado.

Sup. Corte Bs. As., 14/9/2005, B. 59.084, "Ramos, Alfredo Mario v. Municipalidad de General Alvarado. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Soria, Negri, Roncoroni, Hitters) (Voto Dr. Soria —OP—).

"La deferencia que cabe brindar al órgano administrativo tanto en la calificación de las pruebas y los hechos, como en la caracterización de la falta cometida y en la determinación de la sanción adecuada, resulta ampliamente justificada en la especie, desde que la autoridad municipal aun juzgando cometidas por el actor faltas merecedoras de una sanción disciplinaria más gravosa, subsumió los hechos en otra norma que contempla una pena menor (cfr. doct. 24/4/1984, B. 48.366, 'Re'), lo que ciertamente implicó una ponderación favorable y más benigna hacia el agente sancionado (cfr. doct. 6/12/1988, B. 49.837, 'Issel de Falco'). De este modo, se descarta la configuración del agravio postulado por el reclamante".

21) Sanción de suspensión. No determina la nulidad de las actuaciones sumariales la falta de participación de los representantes sindicales en el dictamen de la Junta de Disciplina.

Sup. Corte Bs. As., 14/9/2005, B. 59.084, "Ramos, Alfredo Mario v. Municipalidad de General Alvarado. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Soria, Negri, Roncoroni, Hitters) (Voto Dr. Soria —OP—).

“Por último, la nulidad postulada respecto del trámite llevado a cabo con motivo de la intervención de la Junta de Disciplina tampoco es de recibo. Si como tiene dicho esta Suprema Corte, no puede predicarse la nulidad de las actuaciones sumariales por la falta de intervención de la Junta de Disciplina (cfr. doct. 29/4/1994, B. 53.006, ‘Montero’, voto de la mayoría), menos puede convalidarse tal efecto nulificante a su oportuna evaluación del procedimiento disciplinario, cuando el cuerpo sesionó sin la presencia de los representantes sindicales, pero con quórum suficiente para resolver”.

22) Sanción de suspensión. Resulta válida la sanción que se integra con los antecedentes reunidos en la instrucción sumarial, con su subsunción en la norma legal que tipifica la falta y se encuentra adecuadamente motivada.

Sup. Corte Bs. As., 14/9/2005, B. 59.084, “Ramos, Alfredo Mario v. Municipalidad de General Alvarado. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Soria, Negri, Roncoroni, Hitters) (Voto Dr. Soria —OP—).

“En conclusión, los actos administrativos cuestionados, integrados con los antecedentes reunidos por la instrucción sumarial y subsumidos en la norma legal que tipifica la falta, se hallan adecuadamente motivados, no incurrir en infracción alguna a la legislación aplicable, ni han desnaturalizado los antecedentes de hecho y de derecho que dieron origen a la sanción aplicada (doct. 29/12/1999, B. 56.246, ‘Raimondi’; 12/7/2000, B. 55.990, ‘Gutiérrez’; 23/4/2003, B. 59.102, ‘Correa’).”

2.2. Jurisprudencia de los Juzgados en lo Contencioso Administrativo de la provincia de Buenos Aires

1) Sanción de amonestación. Si bien un colegio profesional no debe inmiscuirse en las atribuciones disciplinarias de la autoridad administrativa, no exime al profesional de las sanciones que pudieren aplicarse por consistir los hechos faltas éticas de acuerdo con las normas de su profesión.

Juzg. Cont. Adm. Dolores, a cargo del Dr. Antonio Marcelino Escobar, 18/3/2005, “P. A. R. v. Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires s/anulación total acto administrativo”.

“Pues si bien, se dijo que ‘la esfera administrativa municipal se gobierna por un conjunto de normas de procedimientos y de organización a las cuales deben los funcionarios y empleados —como tales— sujetarse, de modo que mal puede una entidad colegial pretender inmiscuirse por vía de sus atribuciones disciplinarias, en la actuación de aquélla’, (CCESPE LP 92662B RSD-47- S 14/3/2000, Dr. Bissio S.D.). No creo que ésta pueda ser una regla absoluta que no admita excepciones, pues resultaría disvalioso que cualquier profesional amparado por el ejercicio de una función pública que se relaciona con su profesión, cuente con un privilegio especial que lo excluya de ser juzgado por faltas éticas por su respectivo colegio profesional”.

2) Sanción de amonestación. Si bien en principio un funcionario puede realizar declaraciones públicas, éstas no deben vulnerar disposiciones legales que exigen confidencialidad sobre la actividad que desarrollan.

Juzg. Cont. Adm. Dolores, a cargo del Dr. Antonio Marcelino Escobar, 18/3/2005, "P., A. R. v. Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires s/anulación total acto administrativo".

“Tal como afirmara en el considerando anterior, no existiría impedimento para que un profesional que ocupa un cargo público realice declaraciones ante los distintos medios, pues de hecho habitualmente los políticos acuden a ellos para comunicarse con la gente. Pero entiendo que estas declaraciones no deben vulnerar ninguna disposición legal que limite los términos de sus expresiones, ya que muchos estatutos que rigen la actividad pública de los funcionarios o agentes del Estado restringen la posibilidad de hacer declaraciones, y obligan a los sujetos a guardar cierta confidencialidad sobre la actividad que desarrollan”.

3) Sanción de arresto. Es verosímil la petición cautelar de suspender la evaluación de calificación y eventual jerarquización de quien ha recibido sanción de arresto sin la garantía del derecho de defensa.

Juzg. Cont. Adm. Dolores, a cargo del Dr. Antonio Marcelino Escobar, 17/8/2005, "C., P. S. v. Servicio Penitenciario de la Provincia de Buenos Aires - Unidad Penal nº 6 Dolores s/demanda contencioso administrativa".

“Que conforme surge *prima facie* del escrito de demanda y la documentación obrante en las presentes actuaciones, el acto administrativo atacado no fue emitido conforme a derecho respetando la garantía constitucional de Derecho de Defensa que precede a su emanación, al menos es lo que surge del análisis de lo obrante en autos”.

4) Sanción de suspensión. El recaudo del perjuicio se ha ampliado en el caso de las sanciones disciplinarias correctivas por el carácter alimentario de la remuneración, debiendo valorarse con un criterio diferente que las expulsivas.

Juzg. Cont. Adm. n. 1 Mar del Plata, a cargo del Dr. Simón Francisco Isacch, resolución del 20/6/2006, E-5867 "Cabarcos Carlos Enrique v. Municipalidad de General Pueyrredón s/preensión anulatoria".

“Señalo preliminarmente que tratándose de sanciones correctivas, como la del presente, o de cuestiones que afecten las remuneraciones de los agentes, los criterios jurisprudenciales se fueron ampliando en torno a la exigencia del recaudo del perjuicio, atento el carácter alimentario de la remuneración de que por ese lapso se lo priva, teniendo en cuenta además que resulta manifiestamente imposible arribar a una solución definitiva del pleito con anterioridad al vencimiento del plazo de suspensión (conf. GALLEGOS FREDIANI, Pablo, *Las medidas cautelares contra la Administración Pública*, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, p. 182).

“En este punto resulta trascendente la distinción que se realiza entre las medidas correctivas y las expulsivas. La procedencia de las cautelares en los supuestos de sanciones correctivas fija el límite en ellas ya que no es lo mismo mantener en el desempeño de su cargo al agente que fue pasible de suspensión que hacerlo con aquel

que —a criterio del órgano administrativo competente y sin perjuicio de la revisión sustancial que en la sentencia se efectúe del acto impugnado— resultó sancionado con cesantía o exoneración (conf. D'ARGENIO, Inés, “Las medidas cautelares en el proceso administrativo. La doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en materia alimentaria”, JA t. 1994, ps. 526/527, Sup. Corte Bs. As., 9/11/1993, B-55.469 ‘Nieto, Emilio v. Municipalidad de Gral. Pueyrredón’”).

5) Sanción de suspensión. En el caso, para la acción disciplinaria la solución legal dispuso la unidad de regímenes prescriptivos entre la jurisdicción disciplinaria y penal por quedar la primera supeditada al acaecimiento de la segunda.

Juzg. Cont. Adm. n. 1 La Plata, a cargo del Dr. Luis Federico Arias, 21/12/2006, “A. A. R. v. Fisco de la prov. de Bs. As. y otros s/pretensión anulatoria”.

“2.4. Considero que le asiste razón al actor. Es que la consabida independencia del derecho administrativo disciplinario respecto de los principios y garantías del derecho penal, no impide en modo alguno arribar a la conclusión expuesta.

”2.5. Si bien puede ser cierto que ‘aunque los actos juzgados ante la jurisdicción penal pudieran suponerse improbados o atípicos ello de ningún modo obliga a pareja solución en jurisdicción contencioso administrativa’ (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 6/10/1981, B. 48.340, ‘Camagro’), en lo referente a la aplicación del instituto de la prescripción de la acción disciplinaria existe unidad de regímenes, pues tal es la solución legal adoptada en la especie (art. 69 citado).

”2.6. En función de lo expuesto, la acción disciplinaria prescribió a los dos años computados desde el inicio del sumario, pues igual plazo regía para el ejercicio de la acción penal por el delito de hurto (arts. 62, inc. 2º y 162, CPen.) y así fue resuelto por el Juez competente (fs. 123 y 131)”.

6) Sanción de suspensión. La nueva imputación realizada luego de la recaratulación fue realizada ya prescripta la acción disciplinaria sin que se aprecien actos interruptivos.

Juzg. Cont. Adm. n. 1 La Plata, a cargo del Dr. Luis Federico Arias, 21/12/2006, “A. A. R. v. Fisco de la prov. de Bs. As. y otros s/pretensión anulatoria”.

“2.8.1. En efecto, la recaratulación efectuada, implicó la imputación de una nueva falta reprochada al agente sobre la base de la misma conducta, que ya no se vinculaba con el delito de hurto de una bicicleta del depósito judicial de la comisaría Octava de La Plata, sino con la utilización de un móvil policial para fines personales. Esta nueva imputación, fue realizada una vez transcurrido el plazo de tres años de cometida y conocida la falta por parte de la administración sumariante, de modo que, el plazo anual de prescripción previsto en el art. 70, inc. ‘a’ del citado decreto-ley, se hallaba perimido.

”2.8.2. Hasta esa fecha (12/9/2000), no se aprecian, en el sumario respectivo, la existencia de actos interruptivos de la prescripción. No obstante la citación a prestar declaración indagatoria (acto cumplido el día 23/7/1997), o bien los actos relacionados a la imposición de la medida de disponibilidad preventiva (fs. 29), y su posterior levantamiento (fs. 124, 125); el actor no tomó vista de las actuaciones sumariales hasta la notificación que se le efectuara para presentar su descargo, del día 20/9/2000.

Ello da cuenta que la administración sumariante no respetó ni los procedimientos ni sus plazos, aun cuando existían sobradas constancias en el sumario de la extinción por prescripción de la acción penal (fs. 123, 131)”.

7) Sanción de suspensión. La sola mención de la norma infringida no constituye un acto de imputación claro y concreto, que permita ejercer correctamente el derecho de defensa, especialmente cuando la norma citada es absolutamente abierta y cualquier conducta podría encuadrar en ella, por lo que se exige una acusación previa y fundada.

Juzg. Cont. Adm. n. 1 La Plata, a cargo del Dr. Luis Federico Arias, 21/12/2006, “A., A. R. v. Fisco de la prov. de Bs. As. y otros s/pretensión anulatoria”.

”3.1. Sin perjuicio de lo expresado, es del caso precisar que el en acto de declaración del imputado, conforme resulta del acta respectiva de fs. 56, no se hizo constar la existencia de una comunicación previa y detallada de la acusación formulada, de modo que le permita al actor conocer con anterioridad, las circunstancias fácticas y su vinculación con la norma presuntamente transgredida, para ejercer, a partir de allí, una adecuada defensa.

”3.2. Esa irregularidad en la formulación de la acusación se mantuvo a lo largo del procedimiento, y lo que es más grave aún, fue luego reiterada al momento de rearticular las actuaciones (fs. 220). En ese momento, el instructor advirtió la insuficiencia de prueba de cargo respecto de la norma presuntamente transgredida al inicio del sumario (art. 59, inc. 7°) y ordenó que el procedimiento continúe como ‘infracción al art. 54, inciso 21’, confiriéndole traslado para efectuar el descargo. Es preciso advertir que la sola mención de la norma infringida, no constituye un acto de imputación claro y concreto, que permita ejercer correctamente el derecho de defensa, especialmente cuando la norma citada es absolutamente abierta y cualquier conducta podría encuadrar en ella.

”3.3. Es que, tanto el art. 59, inc. 7°, como el art. 54, inc. 21, contienen formulaciones amplias y ambiguas, tales como: ‘todo otro acto... que afecte gravemente el prestigio de la institución o la dignidad del funcionario’, o ‘...que importe incumplimiento de los deberes generales...’. Ello no implica desconocer la existencia en el ámbito del derecho administrativo disciplinario de ‘tipos abiertos’, sino reconocer la necesaria adecuación al caso investigado, por medio de una acusación previa y fundada. Nada de ello ha sucedido en el presente sumario, de modo que la afectación al derecho de defensa es, consecuentemente, grave e invalidante (conf. art. 8°, incs. 1° y 2° del Pacto de San José de Costa Rica; art. 15 de la CPBA; y Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 17/12/2003, B- 56.626, ‘Suárez’).”.

8) Sanción de suspensión. Deben restituirse los haberes no percibidos por la disponibilidad relativa equiparando el supuesto de nulidad a los de absolución o sobreseimiento previstos en la norma.

Juzg. Cont. Adm. n. 1 La Plata, a cargo del Dr. Luis Federico Arias, 21/12/2006, “A., A. R. v. Fisco de la prov. de Bs. As. y otros s/pretensión anulatoria”.

“4.3. Si bien es cierto que en el sumario administrativo incoado contra el accionante no ha existido una resolución final que lo absuelva o sobresea definitivamente,

no es menos cierto que ello obedece a una conducta que debe ser atribuida exclusivamente a la administración sumariante, dado el carácter netamente instructorio de este procedimiento. De modo que su obrar negligente no puede ser opuesto como defensa válida al pedido de percepción de los salarios no abonados.

”Tal solución ha sido reiteradamente aplicada por la Suprema Corte de Justicia Provincial, en materia de empleo público municipal o provincial (Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 12/5/1998, B. 51.193, ‘Arriondo’; 28/10/1997, B 56.376, ‘De Cunto’; y 21/12/2005, B-57.469 ‘Tettamanti’, entre otros).

”4.4. La conclusión del sumario en tales circunstancias debe ser equiparada a aquellos casos en los que el procedimiento disciplinario finaliza con el dictado de un acto de absolución o sobreseimiento del agente imputado, por cuanto, al no existir sanción, no existe causa jurídica que legitime la retención de los haberes del actor (conf. art. 88, decreto-ley 9550/1980; Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, ‘Tettamanti’, ya citada)”.

9) Sanción de suspensión. Viola el debido proceso adjetivo la falta de anoticiamiento al sumariado de la precisa conducta que se le reprocha y la posible sanción. Vulneración que se agrava si en los distintos actos administrativos emitidos en el procedimiento sumarial se amplían conductas juzgadas y se traen a colación otros supuestos normativos de aplicación.

Juzg. Cont. Adm. Pergamino, a cargo de la Dra. María Cristina Castagno, 6/2/2007, “G., M. A. v. Ministerio de Salud s/pretensión anulatoria, empleo público”.

”XII. Pero además cuadra traer a colación que no se ha respetado el *debido proceso adjetivo* que manda anoticiar al enjuiciado con precisión cuál es la conducta que se le reprocha y cuál la posible sanción, pues de lo contrario el derecho de defensa consagrado en los arts. 18 de la Constitución Nacional y 10 y 15 de la Constitución Provincial resulta vulnerado; y se lo vulnera aún más si a través de los distintos actos administrativos, emitidos en y con motivo del procedimiento sumarial, se amplían las conductas juzgadas y se traen a colación otros supuestos normativos de aplicación (conf. CASSAGNE, Juan C., *Derecho administrativo*, 8ª ed. actual., LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2006, ps. 36/37 y 588/589).

”Nótese que a lo largo del procedimiento se han analizado distintos dichos del encartado y se le han efectuado otros reproches distintos al originario y confirmado, a más de atribuirle un reconocimiento de inconducta que en modo alguno aparece configurado”.

10) Sanción de arresto. Pese al tiempo transcurrido desde la sanción hasta su ejecución no corresponde tratar la posible prescripción de la pena por no haber sido ofrecida como defensa.

Juzg. Cont. Adm. Trenque Lauquen, a cargo del Dr. Pablo Germain, 13/6/2007, “M., L. E. v. Policía de la provincia de Buenos Aires s/proceso sumario de ilegitimidad”.

”En el caso desde la imposición de la sanción 7/9/2001 —res. 4320—, y desde la fecha en la cual se agotara la instancia administrativa, mediante la emisión de la resolución 2549, 28/5/2002, transcurrieron más de cinco años, sin que la Administración ejecutara el acto administrativo, con períodos mayores a un año sin

ninguna actividad administrativa —ver fs. 196/201—, lo cual reitera el desinterés del ente administrativo en el cumplimiento de sus deberes de celeridad y eficacia.

”Toda vez que el actor no requirió la prescripción de la pena, que dicha prescripción no invalida el acto de imposición de la sanción, sino sólo su ejecución, y atendiendo a las consideraciones que se realizarán en el punto siguiente considero que no corresponde expedirme sobre la prescripción de la pena”.

11) Sanción de arresto. El reproche a un funcionario público para que habilite una sanción no puede subsumirse en consideraciones genéricas sino que debe atender a la razonabilidad de una acción positiva específica constituida como deber para que se configure en el caso concreto una omisión antijurídica.

Juzg. Cont. Adm. Trenque Lauquen, a cargo del Dr. Pablo Germain, 13/6/2007, “M., L. E. v. Policía de la provincia de Buenos Aires s/proceso sumario de ilegitimidad”.

“Por otro lado, las omisiones de los funcionarios públicos para implicar un ejercicio irregular de las obligaciones a su cargo, y por ende un factor de atribución de responsabilidad deben estar precedidas por una obligación legal (expresa o razonablemente implícita) de actuar de una debida forma.

”En el caso, el reproche realizado a la conducta del actor, no establece en forma expresa cuál fue la conducta debida del actor para evitar que un subalterno, aceptara una comunicación por cobro revertido. Entiendo, que el reproche a un funcionario público, que habilite la imposición de una sanción por una omisión, no puede subsumirse en consideraciones genéricas (e.g., ejercer el debido control sobre el uso del aparato de telefónico —ver considerandos de la res. 4320—), sino que debe atender a la razonabilidad de la acción positiva específica que el funcionario debió realizar en el caso particular, para configurar la omisión antijurídica”.

12) Sanción de arresto. La Administración no debe seleccionar a su arbitrio los hechos y pruebas, desechando aquellos precisos que sean favorables al funcionario. La mera transcripción de artículos legales no constituye fundamentación suficiente.

Juzg. Cont. Adm. Trenque Lauquen, a cargo del Dr. Pablo Germain, 13/6/2007, “M., L. E. v. Policía de la provincia de Buenos Aires s/proceso sumario de ilegitimidad”.

“La Administración no puede seleccionar a su arbitrio los hechos y pruebas que fundamentan un acto administrativo, desechando la aplicación de aquellos que claramente no avalan la postura del funcionario actuante, pues tal accionar deviene irrazonable, la mera transcripción de artículos legales no es de por sí, un factor de fundamentación suficiente (Corte Sup. Fallos 302:1220; 302:538; 300:3), ni tampoco lo son las meras afirmaciones dogmáticas (Corte Sup. Fallos 304:583; 295:417, entre otros)”.

13) Sanción de arresto. Se encuentra viciado el procedimiento en el que se tomó declaración testimonial a quien resultó posteriormente imputado.

Juzg. Cont. Adm. Trenque Lauquen, a cargo del Dr. Pablo Germain, 13/6/2007, “M., L. E. v. Policía de la provincia de Buenos Aires s/proceso sumario de ilegitimidad”.

“Adicionalmente, se observa que en el procedimiento administrativo se tomó declaración testimonial a quien resultó en definitiva imputado de la infracción —ver fs. 66—, lo cual implica un vicio en el procedimiento —ver Sup. Corte Bs. As., *in re*, B. 56.626 ‘Suárez, Juan Carlos y otro v. Municipalidad de General Villegas’, del 17/12/2003—”.

3. Sanción de cesantía

3.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

1) La extinción de la relación de empleo público impide el ejercicio de la potestad disciplinaria.

Corte Sup., 1961, “Magallanes, Miguel Alberto”, Fallos 251:368.

La subsistencia de relación de empleo público y la correlativa situación de subordinación jerárquica constituyen presupuesto necesario para el ejercicio del poder disciplinario estatal.

2) Es nulo el acto administrativo que revoca la aceptación de la renuncia y declara la cesantía de un agente estatal.

Corte Sup., 1961, “Magallanes, Miguel Alberto”, Fallos 251:368.

Corresponde confirmar la sentencia que declaró nulo por ilegitimidad el decreto del Poder Ejecutivo que dispuso, como sanción, dejar sin efecto el decreto de aceptación de renuncia y declarar la cesantía de quien, por aquel acto, había dejado de pertenecer a la Administración.

3) Las normas que regulan la prescripción en materia disciplinaria son de interpretación estricta.

Corte Sup., 1963, “Trimarco, Alejandro Nicolás”, Fallos 256:97.

Las normas que admiten la prescripción de la acción en materia sancionatoria disciplinaria, en el caso, arts. 16 y 18 del decreto 11.353/1959, son de interpretación estricta.

4) No resultan aplicables los principios generales del Código Penal en materia disciplinaria.

Corte Sup., 1963, “Trimarco, Alejandro Nicolás”, Fallos 256:97.

Las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal propiamente dicha ni del poder ordinario de imponer penas, por lo que no se aplican, a su respecto, los principios generales del Código Penal ni sus disposiciones en materia de prescripción.

5) La mayor gravedad de la exoneración respecto de la cesantía impide su aplicación alternativa.

Corte Sup., 1964, “Nassif Eybel, Oscar”, Fallos 259:266.

Si bien la cesantía y la exoneración separan al agente de los cuadros de la Administración, las consecuencias de la segunda sobre los derechos jubilatorios y el posible reingreso del afectado impiden su aplicación alternativa según el criterio discrecional del Poder Ejecutivo.

6) Es razonable la cesantía que tuvo en cuenta la conducta del funcionario en el servicio y fuera de él.

Corte Sup., 1984, "Ramírez Aragón, Carlos Alberto v. Banco Hipotecario Nacional", Fallos 306:1792.

Corresponde confirmar la medida que declaró cesante al actor si no puede tacharse de irrazonable o violatorio de la ley, en el caso, el art. 6º, inc. b), del estatuto para el personal del Banco Hipotecario nacional a la decisión que imputa al agente el incumplimiento del deber de observar en el servicio y fuera de él, una conducta decorosa y digna de la consideración y de la confianza que su estado oficial exige, con base en la extracción de fondos de la caja de ahorro de su pertenencia, sin contar con los fondos suficientes para ello y por la participación en un incidente, ocurrido en un hotel, con motivo de la desaparición de una suma de dinero de propiedad de otro agente.

7) En materia disciplinaria no se aplican los principios generales del Código Penal.

Corte Sup., 17/2/1987, P. 116. XXI, "Pereiro de Buodo, María Mercedes v. resolución 948 MAS", Fallos 310:316 (Magistrados votantes: Augusto César Beluscio, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Jorge Antonio Bacqué).

"4º) Que de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte, las correcciones disciplinarias no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal ni del poder ordinario de imponer penas, razón por la cual no se aplican a su respecto los principios generales del Código Penal (Fallos 203:399; 256:97)".

8) No rige la regla de la ley penal más benigna en materia disciplinaria.

Corte Sup., 17/2/1987, causa P. 116. XXI, "Pereiro de Buodo, María Mercedes v. resolución 948 MAS", Fallos 310:316 (Magistrados votantes: Augusto César Beluscio, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Jorge Antonio Bacqué).

"También se ha dicho que la regla de la ley penal más benigna (art. 2º, CPen.) rige en materia penal y no cuando se controla el ejercicio del poder disciplinario (sentencia del 8/8/1985 en la causa C.783 XIX. 'Caputo, Luis Osvaldo s/resolución 612 del Consejo Nacional de Educación')...".

9) La falta de interés social por el transcurso del tiempo no rige en el ámbito disciplinario.

Corte Sup., 17/2/1987, P. 116. XXI, "Pereiro de Buodo, María Mercedes v. resolución 948 MAS", Fallos 310:316. (Magistrados votantes: Augusto César Belluscio, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Jorge Antonio Bacqué).

“...Que la falta de interés social para perseguir el esclarecimiento de un delito, después del transcurso del término que la ley prefija, fundada en la presunción de haber desaparecido los motivos de la reacción social defensiva, no rige en el ámbito disciplinario administrativo, en el que prima lo atinente a la aptitud para la correcta prestación del servicio público que conviene con el adecuado mantenimiento de la disciplina (Fallos: 256:97, considerando 3º) y que la doctrina que condujo a la jurisprudencia clásica de esta Corte a proscribir la prescripción de la acción en materia sancionatoria disciplinaria, lleva por las mismas razones a la interpretación estricta de los preceptos que la admiten”.

10) La posible sanción disciplinaria de arresto ha sido aceptada libre y voluntariamente por el agente al ingresar a las Fuerzas Armadas.

Corte Sup., 29/6/1989, G. 20. XXI, “Cnel. Horacio P. Ballester y Cnel. Augusto B. Rattenbach interponen rec. de hábeas corpus en favor del Cnel. José Luis García”, Fallos 312:1082.

La posibilidad de ser arrestado por faltas disciplinarias es consecuencia de la relación contractual que fue aceptada libre y voluntariamente al momento del ingreso a las Fuerzas Armadas, circunstancia que implica necesariamente la aceptación y sujeción a las leyes que la gobiernan a partir de ese acto jurídico con lo que se descarta que con la aplicación de dicho castigo se viola el principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional).

11) La posibilidad de aplicar sanción de arresto al personal militar tanto en actividad como retirado resulta razonable.

Corte Sup., 29/6/1989, G. 20. XXI, “Cnel. Horacio P. Ballester y Cnel. Augusto B. Rattenbach interponen rec. de hábeas corpus en favor del Cnel. José Luis García”, Fallos 312:1082.

Parece razonable que no se hagan distinciones entre el personal militar en actividad y el retirado, respecto de la posibilidad de ser arrestado por faltas disciplinarias.

12) Se encuentra limitado el derecho a la libre expresión sin necesidad de rendir cuentas a la superioridad respecto de temas vinculados a la conducción de la institución castrense.

Corte Sup., 29/6/1989, G. 20. XXI, “Cnel. Horacio P. Ballester y Cnel. Augusto B. Rattenbach interponen rec. de hábeas corpus en favor del Cnel. José Luis García”, Fallos 312:1082.

Si el militar retirado pretende ejercer el derecho a la libre expresión sin que tenga que rendir cuenta a la superioridad de sus declaraciones sobre temas vinculados a la conducción actual de las Fuerzas Armadas debe solicitar su baja.

13) El sometimiento voluntario a un régimen jurídico no obsta a la impugnación para proteger derechos vinculados directamente con la esfera de libertad del agente.

Corte Sup., 29/6/1989, G. 20. XXI, “Cnel. Horacio P. Ballester y Cnel. Augusto B. Rattenbach interponen rec. de hábeas corpus en favor del Cnel. José Luis García”,

Fallos 312:1082 (Voto en disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

La doctrina según la cual el sometimiento voluntario a un régimen jurídico sin reserva expresa obsta a su ulterior impugnación con base constitucional, no debe entenderse aplicable a aquellas garantías instituidas en resguardo de derechos vinculados directamente con el estatuto personal de la libertad.

14) El sometimiento voluntario a un régimen jurídico no obsta a la impugnación para proteger la libertad de expresión, base misma del sistema republicano de gobierno e irrenunciable.

Corte Sup., 29/6/1989, G. 20. XXI, "Cnel. Horacio P. Ballester y Cnel. Augusto B. Rattenbach interponen rec. de hábeas corpus en favor del Cnel. José Luis García", Fallos 312:1082 (Voto en disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

Es inaplicable la doctrina según la cual el sometimiento voluntario a un régimen jurídico sin reserva expresa obsta a su ulterior impugnación con base constitucional cuando se encuentran en juego los alcances de la libertad de expresión, la cual, al constituir la base misma del sistema republicano de gobierno, no puede ser renunciada por sus titulares.

15) El mantenimiento de la disciplina militar puede justificar la restricción al ejercicio de la libertad de expresión.

Corte Sup., 29/6/1989, G. 20. XXI, "Cnel. Horacio P. Ballester y Cnel. Augusto B. Rattenbach interponen rec. de hábeas corpus en favor del Cnel. José Luis García", Fallos 312:1082 (Voto en disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

El mantenimiento de la disciplina militar puede llegar a constituir el interés estatal insoslayable que autorice a restringir el ejercicio de la libertad de expresión.

16) El militar retirado no se encuentra en igual situación que quien está en actividad respecto del interés insoslayable en restringir su libertad de expresión.

Corte Sup., 29/6/1989, G. 20. XXI, "Cnel. Horacio P. Ballester y Cnel. Augusto B. Rattenbach interponen rec. de hábeas corpus en favor del Cnel. José Luis García", Fallos 312:1082 (Voto en disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

Si bien el militar retirado posee estado militar y está sujeto a la jurisdicción castrense y disciplinaria (arts. 6° y 9° de la ley 19.101) no existe a su respecto el insoslayable interés estatal en restringir sustancialmente su libertad de expresión.

17) La reglamentación de la justicia militar restringe indebidamente la libertad de expresión al castigar cualquier tipo de opinión pública sin tener en cuenta el grado de peligrosidad que pueda implicar para el orden público.

Corte Sup., 29/6/1989, G. 20. XXI, "Cnel. Horacio P. Ballester y Cnel. Augusto B. Rattenbach interponen rec. de hábeas corpus en favor del Cnel. José Luis García",

Fallos 312:1082 (Voto en disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

El nro. 332, apartado 19 de la Reglamentación de Justicia Militar restringe indebidamente la libertad de expresión, asegurada por el art. 14 de la Constitución Nacional, pues su excesiva amplitud permite castigar cualquier tipo de opinión pública, sin tener en cuenta el grado de peligrosidad que ella pueda significar al orden público.

18) Viola el derecho de igualdad ante la ley el sometimiento sin justificativo relevante a los militares retirados respecto de los demás habitantes de la república.

Corte Sup., 29/6/1989, G. 20. XXI, "Cnel. Horacio P. Ballester y Cnel. Augusto B. Rattenbach interponen rec. de hábeas corpus en favor del Cnel. José Luis García", Fallos 312:1082 (Voto en disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi y Jorge Antonio Bacqué).

Someter a un militar en situación de retiro a un régimen punitivo en materia de prensa distinto al que rige respecto de los demás habitantes de la república constituye una clara violación del principio constitucional de igualdad ante la ley, pues discrimina entre uno y otro grupo sin que exista en el caso un fundamento relevante que justifique tal procedimiento.

19) La posible sanción disciplinaria de arresto ha sido aceptada libre y voluntariamente por el agente al ingresar a las Fuerzas Armadas.

Corte Sup., 29/6/1989, G. 20. XXI, "Cnel. Horacio P. Ballester y Cnel. Augusto B. Rattenbach interponen rec. de hábeas corpus en favor del Cnel. José Luis García", Fallos 312:1082.

La posibilidad de ser arrestado por faltas disciplinarias es consecuencia de la relación contractual que fue aceptada libre y voluntariamente al momento del ingreso a las Fuerzas Armadas, circunstancia que implica necesariamente la aceptación y sujeción a las leyes que la gobiernan a partir de ese acto jurídico, con lo que se descarta que con la aplicación de dicho castigo se viola el principio de igualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución Nacional).

20) La posibilidad de aplicar sanción de arresto al personal militar, tanto en actividad como retirado, resulta razonable.

Corte Sup., 29/6/1989, G. 20. XXI, "Cnel. Horacio P. Ballester y Cnel. Augusto B. Rattenbach interponen rec. de hábeas corpus en favor del Cnel. José Luis García", Fallos 312:1082.

Parece razonable que no se hagan distinciones entre el personal militar en actividad y el retirado, respecto de la posibilidad de ser arrestado por faltas disciplinarias.

21) Ante identidad de hechos en sede penal y administrativa hace cosa juzgada el pronunciamiento absolutorio basado en la inexistencia de los presupuestos fácticos de responsabilidad del agente.

Corte Sup., 31/3/1992, G. 629. XXII, "Greco, José L. v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa", Fallos. 315:503 (Disidencia del Dr. Eduardo Moliné O'Connor) (Magistrados votantes: Levene, Barra, Petracchi. Por su voto: Fayt, Nazareno. Disidencia: Belluscio, Moliné O'Connor, Boggiano. Abstención: Cavagna Martínez).

Cuando los mismos hechos son juzgados en sede penal y administrativa, el pronunciamiento absolutorio que se funda en la inexistencia de los presupuestos fácticos de la responsabilidad del agente hace cosa juzgada con los alcances previstos en el art. 1103, CCiv., respecto de la acción administrativa, pues no puede reabrirse el debate acerca de extremos sobre los que medió decisión judicial definitiva.

22) El juzgamiento puede diferir en sede administrativa respecto de la penal cuando se han comprobado los hechos invocados como presupuesto de responsabilidad del agente.

Corte Sup., 31/3/1992, G. 629. XXII, "Greco, José L. v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa", Fallos 315:503 (Disidencia del Dr. Eduardo Moliné O'Connor) (Magistrados votantes: Levene, Barra, Petracchi. Por su voto: Fayt, Nazareno. Disidencia: Belluscio, Moliné O'Connor, Boggiano. Abstención: Cavagna Martínez).

Comprobada la existencia de los hechos invocados como presupuesto de la responsabilidad del agente, nada obsta a que su juzgamiento difiera en sede penal y en sede administrativa, en mérito a la evidente diversidad de encuadramiento de la misma conducta que corresponda a cada uno de esos ámbitos en su potestad sancionatoria.

23) El derecho disciplinario no se rige por el principio penal consagrado en el art. 18, CN.

Corte Sup., 4/5/1993, R. 63. XXIV, "Registro Nacional de la Propiedad - Seccional Capital N° 41 - s/comunica situación planteada en certificación de firmas del escribano José María Marra adscripto al Registro Notarial N° 1131 de la Capital Federal", Fallos 316:855 (Magistrados votantes: Petracchi, Nazareno, Moliné O'Connor, Levene. Por su voto: Boggiano, Fayt, Belluscio. Disidencia: Barra, Cavagna Martínez).

El derecho disciplinario no se rige por el principio penal constitucional consagrado por el art. 18, CN, en la medida en que las sanciones de este tipo no importan el ejercicio de la jurisdicción criminal propiamente dicha ni el poder ordinario de imponer penas, particularmente porque se aplican a las personas que están en una relación —jerárquica o no— de sujeción y persiguen imponer la observancia de los deberes funcionales.

24) En el derecho disciplinario existe una razonable discrecionalidad en la pena como en el carácter abierto del tipo infraccional.

Corte Sup., 4/5/1993, R. 63. XXIV, "Registro Nacional de la Propiedad - Seccional Capital N° 41 - s/comunica situación planteada en certificación de firmas del escribano José María Marra adscripto al Registro Notarial N° 1131 de la Capital Federal", Fallos 316:855 (Magistrados votantes: Petracchi, Nazareno, Moliné O'Connor, Levene. Por su voto: Boggiano, Fayt, Belluscio. Disidencia: Barra, Cavagna Martínez).

En el ámbito administrativo disciplinario existe la necesidad de una razonable discrecionalidad, tanto en la graduación de la sanción como en el carácter abierto de los tipos que describen las conductas ilícitas.

25) Los exámenes o análisis clínicos que realiza la Policía Federal para constatar la salud de su personal constituyen actividad discrecional no susceptible de revisión judicial.

Corte Sup., 17/12/1996, B. 77. XXX.B., "R. E. v. Policía Federal Argentina s/amparo". Voto mayoría (Magistrados votantes: Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Carlos S. Fayt —disidencia parcial—, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia parcial—, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert, Adolfo Roberto Vázquez).

"Los exámenes o análisis clínicos que la Policía Federal efectúe para constatar la buena salud del personal a fin de decidir su ascenso, involucran el ejercicio de una actividad discrecional que, en principio, no admite revisión judicial (Fallos 250:393; 261:12; 267:325; 272:99, considerando 11; entre otros)".

26) El examen obligatorio para detección del virus del sida no vulnera el derecho a la intimidad de los agentes policiales.

Corte Sup., 17/12/1996, B. 77. XXX.B., "R. E. v. Policía Federal Argentina s/amparo". Voto mayoría (Magistrados votantes: Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O'Connor, Carlos S. Fayt —disidencia parcial—, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia parcial—, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert, Adolfo Roberto Vázquez).

"12) Que en virtud de lo expuesto, la ley 23.798 no constituye óbice para que la demandada someta a su personal a la detección obligatoria del virus que causa el sida. Resta dilucidar si tal medida suscita reparos constitucionales vinculados con el derecho a la intimidad.

"Para ello es preciso tener en cuenta, en primer término, que la incorporación a la carrera policial supone el sometimiento voluntario a las normas que rigen la institución (Fallos 261:12 y 303:559); es decir, que quien ingresa o desea ser promovido acepta —espontáneamente— que la demandada acceda a su privacidad en la medida necesaria para evaluar sus aptitudes. Cabe agregar que la relación de sujeción especial que mantienen los agentes con la Policía Federal implica algunas restricciones al derecho a la intimidad de aquéllos en beneficio de los fines propios de la institución (vgr., arts. 535, incs. p] y u], entre otros, del decreto 1866/83). En suma, a raíz de ese

tipo de vínculo los agentes no gozan de un ámbito de privacidad equiparable en su extensión al que tiene cualquier particular”.

27) Es ilegítimo el acto que dispuso la licencia del actor sin ponderar los efectos reales de la deficiencia inmunitaria sobre la aptitud laboral del agente.

Corte Sup., 17/12/1996, B. 77. XXX.B., “R. E. v. Policía Federal Argentina s/amparo”. Voto Mayoría (Magistrados votantes: Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Carlos S. Fayt —disidencia parcial—, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia parcial—, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert, Adolfo Roberto Vázquez).

“13) Que sobre la base de las consideraciones precedentes y de que la Policía Federal Argentina decidió someter a su personal a la detección obligatoria del virus en la oportunidad prevista en el art. 312 del decreto 1866/1983 (fs. 31/31 vta. y fs. 3 del expte. número 10157230, agregado al principal), la circunstancia de que la demandada prescindiera del consentimiento del agente al efectuarle a éste la reacción de Western-Blot (fs. 25 y 26 del reclamo administrativo y fs. 3 del expediente mencionado) no acarrea, por sí sola, la invalidez del acto administrativo impugnado.

”14) Que sin perjuicio de la conclusión a la que se arriba en el considerando anterior, el acto administrativo que aprobó la licencia otorgada al actor y dispuso su pase a situación de retiro teniendo por cumplidos los extremos legales para ello es, de todas maneras, ilegítimo por no contener una ponderación de los efectos reales de la deficiencia inmunitaria sobre la aptitud laboral del agente, máxime, teniendo en cuenta el carácter de portador asintomático de éste. Ello significa que la aplicación que ha efectuado la Policía Federal Argentina de los arts. 47, inc. c; 48, inc. c; 49, inc. b; 71 inc. d y 92, inc. b de la ley 21.965, desvirtúa la finalidad de las normas, y evidencia el propósito de separar al oficial B. del servicio efectivo sin motivo que lo justifique.

”En este aspecto, cabe señalar que toda restricción o limitación al derecho del trabajo en aquellos casos en que las consecuencias de la infección del VIH no afecten concretamente las aptitudes laborales —o no se hayan agotado las posibles asignaciones de tareas acordes a la aptitud del agente— ni comprometan la salud de terceros constituye una conducta discriminatoria que el orden jurídico debe hacer cesar por medios idóneos”.

28) El examen no consentido importa exceder los límites de la autonomía individual.

Corte Sup., 17/12/1996, B. 77. XXX, “B., R. E. v. Policía Federal Argentina s/amparo”. Disidencia del Dr. Carlos S. Fayt (Magistrados votantes: Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Carlos S. Fayt —disidencia parcial—, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia parcial—, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert, Adolfo Roberto Vázquez).

“Sin embargo, aceptar que la relación de sujeción especial que mantienen los agentes con la Policía Federal, supone algunas limitaciones al derecho a la intimidad en beneficio de los fines propios de la institución, no autoriza a cohonestar la pulverización de ese derecho. No pudo pasar inadvertido para la demandada que las con-

secuencias de su indagación podían exceder de aquellos objetivos, máxime frente a la existencia de normas legales como las que más adelante se reseñarán.

”Todo ello conduce a considerar que la comprobación inconsulta de la existencia del mal que afecta al actor, cuya gravedad, a esta altura del conocimiento científico, no ha podido ser mitigada en sustancia, constituye un acto intrusivo que desconoce los límites del Estado frente a la autonomía individual. A lo que cabe agregar —lamentablemente— que gran parte de la sociedad, con base sólo emocional, suele estigmatizar y segregar a quienes se encuentran infectados por el VIH.

”La regulación normativa indicada —que no es sino una reglamentación del art. 19 de la Constitución Nacional— reconoce una esfera de inmunidad de coacción en la que el Estado no debe intervenir. Y también proscribela discriminación arbitraria, por lo que el acto impugnado —según se verá—, fruto de la violencia estatal al fuero íntimo del actor y determinante de su marginación infundada del servicio activo, se erige en la síntesis más acabada de aquellos desaciertos”.

29) La ley 23.798 impide a la Policía Federal someter a sus agentes al test de VIH sin su consentimiento.

Corte Sup., 17/12/1996, B. 77. XXX, “B., R. E. v. Policía Federal Argentina s/amparo”. Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi (Magistrados votantes: Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Carlos S. Fayt —disidencia parcial—, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia parcial—, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert, Adolfo Roberto Vázquez).

“Por las razones expuestas, corresponde concluir que la ley 23.798 impide que la Policía Federal Argentina someta la sangre del demandante al test de VIH, salvo que éste lo consienta previamente”.

30) No es válido el consentimiento implícito de los agentes policiales para realizar el test de VIH.

Corte Sup., 17/12/1996, B. 77. XXX, “B., R. E. v. Policía Federal Argentina s/amparo”. Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi (Magistrados votantes: Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Carlos S. Fayt —disidencia parcial—, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia parcial—, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert, Adolfo Roberto Vázquez).

“Por estas razones, debe concluirse que la ley 23.798 establece que la persona a ser sometida al test de VIH debe consentirlo de modo expreso. Es decir que, por regla general, no es válido el consentimiento implícito a ser sometido a dicho test. Y, por ello, debe rechazarse el agravio de la apelante reseñado en el considerando 4º, apartado ‘b’”.

31) La negativa a la realización del test de VIH, en principio, no debe acarrear consecuencia jurídica alguna para el agente policial.

Corte Sup., 17/12/1996, B. 77. XXX, “B., R. E. v. Policía Federal Argentina s/amparo”. Disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi (Magistrados votantes: Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Carlos S. Fayt —disidencia parcial—, Augusto

César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia parcial—, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert, Adolfo Roberto Vázquez).

“Sobre este punto, debe indicarse que —en principio— la negativa de un integrante de la Policía Federal Argentina a ser sometido al *test* de VIH no origina consecuencia jurídica alguna”.

32) El deber que impone a los militares requerir autorización para casarse constituye una limitación razonable de sus derechos.

Corte Sup., 5/7/1996, G. 423. XXVII, “Gabrielli, Mario Carlos v. Estado nacional s/contencioso administrativo” (Voto de la mayoría) (Magistrados votantes: Eduardo Moliné O’Connor —en disidencia parcial—, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López —en disidencia parcial—, Gustavo A. Bossert —por su voto—, Julio Victor Reboledo —por su voto—, Gabriel Chausovsky —en disidencia—, Santiago Kiernan, Alberto Mansur —en disidencia—).

“8º) Que la obligación que impone el derecho militar —exceptuando a los soldados— de solicitar autorización para contraer matrimonio —pedido que se halla regulado en el Reglamento Servicio Interno RV 200-10, Sección III, n.º 12019 a n.º 12023 y cuyo incumplimiento está sancionado en los arts. 681 del Código de Justicia Militar y 348 del Reglamento para la Justicia Militar— constituye una limitación específica para personas integrantes de una institución como el Ejército Argentino, cuyos objetivos de defensa y de seguridad son constitutivos del Estado Nacional, como se expresa en el Preámbulo de la Constitución Nacional en cuanto señala entre sus finalidades la de ‘proveer a la defensa común’”.

33) La restricción al ejercicio del derecho personalísimo a casarse se justifica en la relación de sujeción especial en la que se encuentra el personal militar.

Corte Sup., 5/7/1996, G. 423. XXVII, “Gabrielli, Mario Carlos v. Estado nacional s/contencioso administrativo” (Voto de la mayoría) (Magistrados votantes: Eduardo Moliné O’Connor —en disidencia parcial—, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López —en disidencia parcial—, Gustavo A. Bossert —por su voto—, Julio Victor Reboledo —por su voto—, Gabriel Chausovsky —en disidencia—, Santiago Kiernan, Alberto Mansur —en disidencia—).

“9º) Que esas restricciones en el ejercicio de derechos personalísimos, hallan su justificativo en la relación de sujeción especial en que se encuentran ciertas categorías de personas, y son admisibles constitucionalmente por cuanto no impiden al integrante de las Fuerzas Armadas el contraer matrimonio o elegir libremente a su cónyuge, sino que imponen la obligación de requerir autorización previa a sus superiores, exigencia que no consiste en una mera formalidad pues entraña la sumisión al régimen disciplinario previsto por la institución para el caso de que el oficial contrajese matrimonio con persona no autorizada”.

34) El ingreso del agente a las Fuerzas Armadas supone la voluntaria sujeción al régimen jurídico que las rige.

Corte Sup., 5/7/1996, G. 423. XXVII, “Gabrielli, Mario Carlos v. Estado nacional s/contencioso administrativo” (voto de la mayoría) (Magistrados votantes: Eduardo

Moliné O'Connor —en disidencia parcial—, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López —en disidencia parcial—, Gustavo A. Bossert —por su voto—, Julio Víctor Reboredo —por su voto—, Gabriel Chausovsky —en disidencia—, Santiago Kiernan, Alberto Mansur —en disidencia—.

“10) Que el ingreso del actor en las Fuerzas Armadas comportó la voluntaria sujeción al régimen jurídico propio del Estado castrense, con la aceptación necesaria de las leyes y reglamentos que lo conforman. Incluso la conducta del actor revela aceptación de la obligación que pesaba sobre él, de requerir autorización a sus superiores para contraer matrimonio (conf. pedido del 16/10/1981, fs. 69 del expediente administrativo; nueva solicitud el 21 de mayo de 1982 y presentación del 3 de junio de 1982, en la que reclamó que se le informasen las causas de la negativa)”.

35) El ejercicio abusivo del derecho a no autorizar el casamiento de un militar se encuentra sujeto a revisión.

Corte Sup., 5/7/1996, G. 423. XXVII, “Gabrielli, Mario Carlos v. Estado nacional s/contencioso administrativo.” (Voto de la mayoría) (Magistrados votantes: Eduardo Moliné O'Connor —en disidencia parcial—, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López —en disidencia parcial—, Gustavo A. Bossert —por su voto—, Julio Víctor Reboredo —por su voto—, Gabriel Chausovsky —en disidencia—, Santiago Kiernan, Alberto Mansur —en disidencia—).

“12) Que en este sentido cabe destacar que la aceptación por el actor de la particular relación de sujeción en que se hallaba conforme a su estado militar, no implica su consentimiento al ejercicio abusivo de los derechos que correspondan a sus superiores jerárquicos, el cual puede ser objeto de revisión, con el alcance que permita el derecho militar, por las vías y en las oportunidades pertinentes”.

36) La sanción fue aplicada por desobediencia al contraer matrimonio sin autorización.

Corte Sup., 5/7/1996, G. 423. XXVII, “Gabrielli, Mario Carlos v. Estado nacional s/contencioso administrativo” (Voto del Dr. Julio Víctor Reboredo) (Magistrados votantes: Eduardo Moliné O'Connor —en disidencia parcial—, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López —en disidencia parcial—, Gustavo A. Bossert —por su voto—, Julio Víctor Reboredo —por su voto—, Gabriel Chausovsky —en disidencia—, Santiago Kiernan, Alberto Mansur —en disidencia—).

“3°) Que la relación fáctica anterior pone de manifiesto que la falta sancionada por la superioridad de Gabrielli —calificada como grave— ha sido la de desobediencia, y que la sanción deriva del ejercicio de una potestad disciplinaria inherente a la estructura misma de las Fuerzas Armadas, e independiente del origen o entidad causal. La desobediencia existió, ya que solicitó la autorización reglamentaria; le fue denegada y, sin esperar resolución definitiva en el expte. DA2 N° 0418/2 contrajo matrimonio. En diciembre de 1981 Gabrielli no ejerció los medios que el ordenamiento militar le ofrecía para impugnar la irrazonabilidad de la negativa, que ahí le estaban notificando con las actuaciones del expte. 3R1-1013/13, de sólo quince fojas en cuya foja ocho (8) obraba el informe de antecedentes que no pudo pasar inadvertido en esa oportunidad”.

37) La negativa a autorizar a contraer matrimonio no puede ser abusiva, ya que el derecho de autorización es funcional y no absoluto.

Corte Sup., 5/7/1996, G. 423. XXVII, "Gabrielli, Mario Carlos v. Estado nacional s/contencioso administrativo" (Voto en disidencia del Dr. Alberto Mansur) (Magistrados votantes: Eduardo Moliné O'Connor —en disidencia parcial—, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López —en disidencia parcial—, Gustavo A. Bossert —por su voto—, Julio Víctor Reboledo —por su voto—, Gabriel Chausovsky —en disidencia—, Santiago Kiernan, Alberto Mansur —en disidencia—).

"10) Que de otro lado, si bien la contrapartida de esa obligación es el derecho de la institución militar a negar la autorización para celebrar el matrimonio, tal decisión nunca podrá fundarse en una estimación extralegal y sólo será válida en tanto no sea arbitraria ni tenga por causa o motivo un fundamento derivado de la pura subjetividad del proveyente. Ello así, por cuanto aun el legítimo ejercicio del derecho a casarse frente a una oposición abusiva, sujeta la desobediencia del militar a la eventual aplicación de severas sanciones disciplinarias, que van desde los seis meses de suspensión hasta la destitución. De ahí que es menester reiterar: tal facultad institucional no es absoluta sino funcional, es decir, adquiere justificación sólo y en cuanto atienda la protección del bien jurídico que legitima su existencia y cuando menos, obliga a que la objeción sobre la persona del futuro cónyuge se encuentre debidamente fundada sobre bases razonablemente objetivas y esté orientada a resguardar a la institución como pilar de la defensa nacional."

38) En el caso, la pertinaz negativa a autorizar a contraer matrimonio al militar no fue justificada funcionalmente y constituyó una limitación inaceptable de la libertad para elegir a su cónyuge.

Corte Sup., 5/7/1996, G. 423. XXVII, "Gabrielli, Mario Carlos v. Estado nacional s/contencioso administrativo" (Voto en disidencia del Dr. Alberto Mansur) (Magistrados votantes: Eduardo Moliné O'Connor —en disidencia parcial—, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López —en disidencia parcial—, Gustavo A. Bossert —por su voto—, Julio Víctor Reboledo —por su voto—, Gabriel Chausovsky —en disidencia—, Santiago Kiernan, Alberto Mansur —en disidencia—).

"11) Que a contrario, la pertinaz negativa dada por única respuesta a los pedidos de autorización deducidos por el actor para casarse con su novia, lo colocó injustamente ante el riesgo de sufrir la destitución del ejército si optaba por desobedecerla —como en definitiva ocurrió—, con la grave afrenta que ello le significó a su vocación castrense y en este sentido, por tratarse de una resolución adoptada sin aludir a ninguna causal que induzca a pensar que la elección habría de afectar el desempeño funcional del militar o la seguridad nacional, constituyó una limitación inaceptable de la libertad para elegir a su cónyuge".

39) La decisión de no autorizar el matrimonio violó el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Corte Sup., 5/7/1996, G. 423. XXVII, "Gabrielli, Mario Carlos v. Estado nacional s/contencioso administrativo" (Voto en disidencia del Dr. Alberto Mansur) (Magistrados votantes: Eduardo Moliné O'Connor —en disidencia parcial—, Augusto César Belluscio,

Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López —en disidencia parcial—, Gustavo A. Bossert —por su voto—, Julio Víctor Reboledo —por su voto—, Gabriel Chausovsky —en disidencia—, Santiago Kiernan, Alberto Mansur —en disidencia—.

“13) Que la protección cada vez mayor de los derechos personalísimos en nuestra Carta Magna, debe inducir a las instituciones fundamentales del Estado a actuar en concordancia con esa evolución y, por lo apuntado *ut supra*, se advierte en el presente caso la aplicación arbitraria de la norma que sanciona a ‘el militar que contrajera matrimonio contrariando las leyes orgánicas o los reglamentos...’ (art. 681, Código de Justicia Militar), dado que la decisión desacatada fundamenta la denegatoria en la más pura subjetividad y en consecuencia, afecta sin sustento legal la libertad de elección del accionante y viola el principio constitucional de igualdad ante la ley porque implica un trato diferente no avalado por la dimensión relevante de la misma circunstancia que identifica en el punto a civiles y militares (art. 16, Constitución Nacional)”.

40) La ilegalidad de la negativa justificó el acto de desobediencia del militar.

Corte Sup., 5/7/1996, G. 423. XXVII, “Gabrielli, Mario Carlos v. Estado nacional s/contencioso administrativo” (Voto en disidencia del Dr. Alberto Mansur) (Magistrados votantes: Eduardo Moliné O’Connor —en disidencia parcial—, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López —en disidencia parcial—, Gustavo A. Bossert —por su voto—, Julio Víctor Reboledo —por su voto—, Gabriel Chausovsky —en disidencia—, Santiago Kiernan, Alberto Mansur —en disidencia—).

“14) Que atento la inconstitucionalidad advertida en la aplicación de la norma impugnada, el acto administrativo determinado por el caso concreto perdió la preclusión de legitimidad y su correlativa obligatoriedad, razón por la cual se ve justificada la desobediencia en que incurriera el actor; habida cuenta de que ni siquiera es posible hablar de un ‘mandato antijurídico obligatorio’ tratándose de un acto ajeno al servicio militar, adquiriendo su mayor significación la preceptiva que descarta la subsistencia del deber de obediencia ante una orden manifiestamente ilegal. En estas condiciones y en el entendido de que los actos administrativos son siempre susceptibles de revisión cuando media violación de derechos o garantías constitucionales, no es óbice para el progreso de la acción la falta de oportuna impugnación de la resolución cuestionada; amén de que integra el orden público la noción de que ninguna omisión ritual puede implicar el consentimiento del interesado a la ilegítima limitación a su ejercicio de un derecho personalísimo. De donde se colige que el dictado del decreto 3324/1984, que dispone la destitución de autos con fundamento en haberse desobedecido aquella aplicación inconstitucional de la norma, es nulo de nulidad absoluta porque adolece de un vicio grave en uno de los elementos esenciales del acto, como es la causa que motivó su dictado (art. 14, ley 19.549)”.

41) La ausencia de límites objetivos en cuanto a las cualidades del contraente importa la violación del derecho personalísimo de contraer matrimonio.

Corte Sup., 5/7/1996, G. 423. XXVII, “Gabrielli, Mario Carlos v. Estado nacional s/contencioso administrativo” (Voto en disidencia del Dr. Gabriel Chausovsky) (Magistrados votantes: Eduardo Moliné O’Connor —en disidencia parcial—, Augusto

César Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López —en disidencia parcial—, Gustavo A. Bossert —por su voto—, Julio Víctor Reboredo —por su voto—, Gabriel Chausovsky —en disidencia—, Santiago Kiernan, Alberto Mansur —en disidencia—.

“9°) Que los argumentos que han servido de sustento al *a quo* para determinar la inconstitucionalidad de la norma impugnada para el caso concreto, no han sido rebatidos específicamente por el recurrente.

”Esto es así, toda vez que la tacha efectuada se sostiene en que las limitaciones o restricciones no están debidamente enunciadas, determinadas o delineadas; y que por ello la mentada ausencia de límites objetivos en cuanto a las cualidades del contratante importa la violación de un derecho personalísimo, como es el de contraer matrimonio”.

42) El acto se encuentra viciado en la causa si se dictó cesantía sin sustento en hecho concreto alguno luego de haberlo eximido de responsabilidad en el sumario administrativo.

Corte Sup., 25/11/1997, S 1413 XXXII, “Solá, Roberto y otros v. Estado nacional - Poder Ejecutivo s/empleo público”, Fallos 320:2509 (Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López, Vázquez. Votos: Belluscio, Petracchi, Bossert. Disidencia, abstención: Fayt).

Si con posterioridad al sumario administrativo en el que se eximió a los actores de toda responsabilidad de los cargos que se les imputaban, ponderándose que su conducta había importado el cumplimiento de un deber, se dictó el decreto de cesantía en el que no se invocó hecho concreto alguno para atribuirles “mala conducta”, corresponde descalificarlo por vicio grave en la causa (arts. 7°, inc. b], y 14, inc. b], ley 19.549).

43) La presunción de buen desempeño debe desvirtuarse mediante el correspondiente sumario previo.

Corte Sup., 25/11/1997, S 1413 XXXII, “Solá, Roberto y otros v. Estado nacional - Poder Ejecutivo s/empleo público”, Fallos 320:2509 (Voto del Dr. Belluscio) (Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López, Vázquez. Por su voto: Belluscio, Petracchi, Bossert. Disidencia, abstención: Fayt).

En el ámbito administrativo, la presunción de buen desempeño de las funciones sólo puede ser desvirtuada mediante el correspondiente sumario que respete las reglas del debido proceso adjetivo.

44) No resulta razonable que los funcionarios encargados de la fiscalización puedan ser removidos sin causa o justificación por el jefe de la administración sometida a su control.

Corte Sup., 25/11/1997, S 1413 XXXII, “Solá, Roberto y otros v. Estado nacional - Poder Ejecutivo s/empleo público”, Fallos 320:2509 (Voto del Dr. Belluscio) (Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López, Vázquez. Por su voto: Belluscio, Petracchi, Bossert. Disidencia, abstención: Fayt).

No resulta razonable que funcionarios encomendados de colaborar en la fiscalización de la actuación de la Administración puedan ser removidos sin causa, o sin la debida justificación de ella, por el jefe de la propia administración cuya fiscalización la ley les encomienda, ya que ello les quitaría toda independencia de actuación y de criterio, impidiendo el eficaz desempeño de su labor.

45) Es ilegítimo el decreto que dispuso la cesantía sin causa por violar la estabilidad del agente y por ser coetáneo a la resolución que lo eximió de responsabilidad.

Corte Sup., 25/11/1997, S 1413 XXXII, "Solá, Roberto y otros v. Estado nacional - Poder Ejecutivo s/empleo público", Fallos 320:2509 (Voto del Dr. Belluscio) (Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López, Vázquez. Por su voto: Belluscio, Petracchi, Bossert. Disidencia, abstención: Fayt).

Es ilegítimo el decreto que dispuso la cesantía sin causa, por violar la estabilidad de los funcionarios consagrada por ley, máxime cuando es coetáneo con la resolución por la cual se dio fin —eximiéndolos de responsabilidad— al sumario instruido a efectos de investigar las conductas de los fiscales adjuntos de la Fiscalía de Investigaciones Administrativas.

46) Si el funcionario debe permanecer mientras dure su buena conducta, las causales para su remoción tienen que justificarse en el incumplimiento de ello.

Corte Sup., 25/11/1997, S 1413 XXXII, "Solá, Roberto y otros v. Estado nacional - Poder Ejecutivo s/empleo público", Fallos 320:2509 (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi) (Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López, Vázquez. Por su voto: Belluscio, Petracchi, Bossert. Disidencia, abstención: Fayt).

Vigente la norma que establece la permanencia en sus funciones de los fiscales adjuntos "mientras dure su buena conducta" (art. 2º, párrafo tercero, ley 21.383), las "causas" de remoción no pueden ser sino el desarrollo específico de las modalidades que puede asumir la "mala conducta" que es el reverso lógico de aquélla.

47) La garantía de permanencia de un funcionario mientras dure su buena conducta resulta incompatible con la posibilidad discrecional de removerlo sin causa.

Corte Sup., 25/11/1997, S 1413 XXXII, "Solá, Roberto y otros v. Estado nacional - Poder Ejecutivo s/empleo público", Fallos 320:2509 (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi) (Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López, Vázquez. Por su voto: Belluscio, Petracchi, Bossert. Disidencia, abstención: Fayt).

Es absurdo sostener que la garantía de permanencia en funciones "mientras dure la buena conducta" pueda ser compatible con causales de cesantía que dependen del arbitrio discrecional de quien la ordena.

48) Los fiscales adjuntos en virtud de la garantía de permanencia mientras tengan buena conducta sólo pueden ser removidos por el incumplimiento de esta condición.

Corte Sup., 25/11/1997, S 1413 XXXII, "Solá, Roberto y otros v. Estado nNacional - Poder Ejecutivo s/empleo público", Fallos 320:2509 (Voto del Dr. Enrique Santiago Petracchi) (Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López, Vázquez. Por su voto: Belluscio, Petracchi, Bossert. Disidencia, abstención: Fayt).

Los fiscales adjuntos, por la naturaleza de sus funciones, sólo pueden cesar en su cargo a condición de que se acredite que han incurrido en "mala conducta", lo que excluye de raíz la posibilidad de que su separación reconozca otras razones.

49) El fiscal adjunto de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas tiene una estabilidad agravada respecto del empleado público regulado por el estatuto general.

Corte Sup., 25/11/1997, S 1413 XXXII, "Solá, Roberto y otros v. Estado Nacional - Poder Ejecutivo s/empleo público", Fallos 320:2509 (Voto del Dr. Gustavo A. Bossert) (Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, Boggiano, López, Vázquez. Por su voto: Belluscio, Petracchi, Bossert. Disidencia, abstención: Fayt).

El art. 2° de la ley 21.383 establece, para los fiscales adjuntos de la Fiscalía Nacional de Investigaciones Administrativas, una estabilidad que se podría denominar agravada con relación a la del empleado público dispuesta por la ley 22.140.

50) Incurrir en exceso de jurisdicción el tribunal que otorga indemnización por cesantía ilegítima cuando el actor solicitó salarios caídos.

Corte Sup., M. 230. XXXIV, "Moreno, José Enrique v. Pcia. de Córdoba —plena jurisdicción— recurso de apelación", dictamen del 29/2/2000 de la Procuración General de la Corte, Dr. Nicolás Eduardo Becerra, que hace suyo la mayoría de la Corte en sentencia del 30/5/2001 (voto de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor —en disidencia parcial—, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert, Adolfo Roberto Vázquez —según su voto—).

"Surge de las circunstancias señaladas que, en la presente causa, no se persigue el resarcimiento de daños y perjuicios a raíz de la baja dispuesta por un acto administrativo que luego fue declarado nulo —concepto que, de acreditarse los extremos necesarios, podría resultar procedente conforme a los principios de responsabilidad de la Administración— sino que se intenta obtener la declaración de nulidad de las resoluciones 39/1991 y 379/1991 del Ministro de Gobierno de la provincia demandada —cuestión que, como se dijo, ya fue resuelta y quedó firme— y el pago de los salarios caídos.

"En tales condiciones, estimo que el *a quo*, al establecer que no se trata de pagar servicios no prestados, sino de resarcir el daño ocasionado con el acto ilegítimo, se apartó de lo alegado y probado en autos por las partes, de un modo que quebró el equilibrio procesal, tal como sostiene el apelante. Máxime, cuando el Juzgador —además de incurrir en exceso de jurisdicción— endilgó a la accionada la carga de aportar las pruebas que pudieran acreditar la inexistencia o menor extensión del monto reclamado por el actor".

51) No corresponde el pago indiscriminado de salarios dejados de percibir sin perjuicio de la prueba de los daños ocasionados por la cesantía ilegítima.

Corte Sup., M. 230. XXXIV, "Moreno, José Enrique v. Pcia. de Córdoba —plena jurisdicción— recurso de apelación" (Voto del Dr. Adolfo Roberto Vázquez en sentencia del 30/5/2001) (Voto de los Dres. Eduardo Moliné O'Connor —en disidencia parcial—, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Gustavo A. Bossert, Adolfo Roberto Vázquez —según su voto—).

"7°) Que a ello se debe sumar que en reiterados precedentes esta Corte ha sostenido (Fallos 313:473; 319:2507; 321:2748 entre otros) que la promoción de un juicio ordinario no autoriza el pago indiscriminado de los salarios dejados de percibir, desde la fecha de la cesantía y hasta la reincorporación, sin perjuicio de que se invoquen y prueben los daños que se pudieron haber ocasionado por la baja ilegítima. Ello salvo especial disposición expresa y específica en contrario".

52) El voluntario sometimiento a un régimen jurídico sin reservas expresas implica su acatamiento y la improcedencia de su impugnación ulterior.

Corte Sup., 2/11/2001, G. 660. XXXIII, recurso de hecho, "Giardelli, Martín Alejandro v. Estado nacional - Secretaría de Inteligencia del Estado", dictamen de la Procuración General, Dra. María Graciela Reiriz que la Corte hace suyo en sentencia del 8/8/2002 (voto de los Dres. Julio S. Nazareno, Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Adolfo Roberto Vázquez).

"Finalmente, en relación a la alegada inconstitucionalidad de dicha norma, cabe señalar que el actor, desde el momento de su ingreso al Organismo de Inteligencia tomó conocimiento de las normas a las cuales estaba sujeto y adquirió los derechos y responsabilidades que fijan el estatuto y su reglamentación (v. art. 12 del decreto S. 4639/1973), circunstancia que torna aplicable conocida jurisprudencia que establece que el voluntario sometimiento a un régimen jurídico, sin reservas expresas, comporta un inequívoco acatamiento que determina la improcedencia de su impugnación ulterior, con base constitucional, mediante el recurso extraordinario (Fallos 310:2117). Por lo demás, contra el argumento del sentenciador acerca de la necesidad de probar que la norma que se reputa inconstitucional contraría la Ley Fundamental y causa un agravio, nada sustancial dijo el recurrente, quien se limita a reiterar las cláusulas que protegen la libertad de expresión y a esgrimir que resulta 'insólito' que se pueda 'considerar menester probar que una norma que vulnera la libertad de expresión es inconstitucional', cuando es precisamente esta violación la que requiere ser demostrada en el *sub lite*. Ello es así, en virtud de que una escueta y genérica impugnación de inconstitucionalidad no basta para que la Corte Suprema ejerza la atribución que reiteradamente ha calificado como la más delicada de las funciones que pueden encomendarse a un tribunal de justicia y acto de suma gravedad que debe considerarse como última ratio del orden jurídico (Fallos 301:904, entre otros)".

53) La discrecionalidad no habilita a calificar al personal con base en hechos indefinidos.

Corte Sup., 21/8/2003, M. 1133. XXXVI, recurso de hecho, "Medina, Julio Ernesto v. Estado nacional v. Ministerio del Interior v. Policía Federal Argentina" (Voto en disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi) (Magistrados votantes: Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia—, Eduardo Moliné O'Connor, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Adolfo Roberto Vázquez, Juan Carlos Maqueda).

"4º) Que la calificación de la aptitud del personal militar y de las fuerzas de seguridad constituye, en principio, materia discrecional y por ello exenta del control judicial, en tanto sea razonablemente formulada (Fallos 307:1821, considerando 3º; 320:147, y sus citas). Sin embargo, esa regla general no autoriza a calificar al personal en base a hechos indefinidos, porque 'discrecionalidad' significa la libertad para (una vez verificada la existencia material del presupuesto de hecho previsto en la norma que atribuye al órgano respectivo facultades de esa naturaleza) elegir entre dos o más consecuencias jurídicas, y no para constituir los antecedentes de hecho de la decisión administrativa. La exactitud material de los hechos que motivan la decisión administrativa constituye una condición general de legalidad de todo acto administrativo por lo que, como se ha dicho, los jueces están facultados para verificar la materialidad de las faltas que motivan las medidas discrecionales (es la doctrina del *arrêt 'Camino'*, del 14 de enero de 1916, Rec. 15; confr. SAINZ MORENO, Fernando, *Conceptos jurídicos; interpretación y discrecionalidad administrativa*, Civitas, Madrid, 1976, especialmente ps. 254 a 256)".

54) El uso de expresiones genéricas es insuficiente para motivar la calificación efectuada.

Corte Sup., 21/8/2003, M. 1133. XXXVI, recurso de hecho, "Medina, Julio Ernesto v. Estado nacional v. Ministerio del Interior v. Policía Federal Argentina" (Voto en disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi) (Magistrados votantes: Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia—, Eduardo Moliné O'Connor, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Adolfo Roberto Vázquez, Juan Carlos Maqueda).

"6º) Que, a la luz de tales principios, la mera alusión a una cierta cantidad de días de arresto acumulados durante la carrera del agente (sin la menor referencia a los hechos constitutivos de cada una de las faltas), o el uso de expresiones genéricas (tales como 'fallas en el factor ético', 'no inspira confianza', y otros similares), son insuficientes para motivar debidamente la calificación cuestionada, concebida en términos que eluden la descripción circunstanciada de los hechos determinantes de la decisión de poner fin a la carrera del policía en la fuerza y, en consecuencia, la tornan no susceptible de examen judicial.

"7º) Que tal descripción era aún más necesaria si se tiene en cuenta que, en el caso, la calificación de 'ineptitud' para el servicio debía haber expuesto las razones en virtud de las cuales el interesado había perdido la idoneidad que, de acuerdo con el juicio de sus propios superiores jerárquicos, hasta el momento inmediato anterior había tenido. Por otra parte, ese defecto de motivación tampoco puede ser suplido

por la compulsa directa de las constancias del legajo personal del policía, del que resultan observaciones igualmente genéricas.

”Por ejemplo, de tales antecedentes surge que el actor fue arrestado por haber omitido cumplir ‘una orden impartida por la superioridad’, sin especificar las circunstancias del asunto; que, en otra oportunidad, fue arrestado por haberse presentado ‘con cabello largo y sin utilizar la gorra del uniforme’; y en otra ocasión se lo sancionó por haber mostrado poca eficacia durante una semana en particular, al haber remitido a las dependencias policiales ‘escasísima cantidad de detenidos’ (confr. fs. 44); criterio puramente estadístico y, en cuanto tal, desdeñable para medir por la aptitud de los agentes para el servicio efectivo”.

55) La pérdida de confianza debe estar objetivamente fundada en la comisión u omisión de hechos que en sí comporten falta grave.

Corte Sup., 21/8/2003, M. 1133. XXXVI, recurso de hecho, “Medina, Julio Ernesto v. Estado Nacional v. Ministerio del Interior v. Policía Federal Argentina” (Voto en disidencia del Dr. Enrique Santiago Petracchi). (Magistrados votantes: Carlos S. Fayt, Augusto César Belluscio, Enrique Santiago Petracchi —en disidencia—, Eduardo Moliné O’Connor, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López, Adolfo Roberto Vázquez, Juan Carlos Maqueda).

“8º) Que, finalmente, cabe poner de relieve que la doctrina de la ‘pérdida de confianza’ (confr. Fallos 305:102; 311:2128 y 314:1251) justifica la separación del agente cuando esa pérdida esté objetivamente fundada en la comisión u omisión de un hecho que, en sí mismo, comporte una falta grave en los términos del art. 535 del decreto 1866 de 1983, reglamentario de la ley 21.965, y sus modificatorios. En Fallos 305:102, dicha fórmula fue usada a raíz de haberse acreditado debidamente una negligencia grave, no obstante el sobreseimiento dictado en la causa penal respectiva. En Fallos 311:2128 se la empleó relacionada con la omisión de denunciar irregularidades susceptibles de constituir delitos o causar graves perjuicios, que también constituye una falta grave y, en Fallos 314:1251, se la usó vinculada con la alteración indebida de las cláusulas de un pliego de condiciones, con grave perjuicio para el erario público. Es que, por tratarse la ‘confianza’ de un asunto de orden eminentemente subjetivo, si se desvinculara esa fórmula del concepto de “falta grave”, cualquier ‘hecho objetivo’ podría ser utilizado como pretexto para poner fin, arbitrariamente, a la carrera de los funcionarios y agentes públicos”.

56) El incumplimiento del deber de requerir autorización previa para ejercer el comercio y la incompatibilidad de formar parte de una empresa prestadora del organismo que integra en una actividad afín al área de su desempeño son causales que justifican la cesantía del agente.

Resolución 57/2005 del 15/2/2005 en expte. 4596/2003, Adm. Gral. caratulado “Investigación por convenio de prestación con OSPJN de emp. de ambulancias Cruz del Plata” (Voto de los Dres. Enrique S. Petracchi, Augusto César Belluscio, Carlos S. Fayt, Antonio Boggiano, Juan Carlos Maqueda, Elena I. Highton de Nolasco).

“En definitiva, al incumplimiento de la prescripción contenida en el art. 8º inc. j) del Reglamento para la Justicia Nacional con autorización previa para ejercer el comercio se suma la situación de incompatibilidad descrita, con sujeción a la

cual el empleado formó parte de una empresa prestadora de la Obra Social en una actividad afín al área de su desempeño”.

57) No excede el límite de su potestad jurisdiccional la sentencia que resuelve la nulidad de una cesantía cuando el agente solicitó daños derivados de la ilicitud de aquélla.

Corte Sup., P. 1498. XXXIX, recurso de hecho, “Peralta, Joaquín Alberto v. Administración Federal de Ingresos Públicos - Dirección General Impositiva”, dictamen del 28/2/2005, Dr. Ricardo O. Bausset, Procuración General de la Corte, que hace suyo por sentencia del 23/5/2006 (Voto de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti —según su voto—, Carmen M. Argibay —según su voto—).

“Circunscripto de ese modo el agravio, pienso que la sentencia impugnada no traduce un exceso en el límite de la potestad jurisdiccional del tribunal al declarar nula la resolución 132/1997, toda vez que el actor especificó en la demanda, precisamente, que ése era el acto administrativo que le había ocasionado los perjuicios cuyo resarcimiento solicitaba e identificó los vicios por los cuales lo consideraba ilegítimo, en cuanto expresó que ‘...mediante resolución 132/1997 del 3/2/1997, que en copia adjunto a la presente, fui *cesanteado sin causa alguna* y en modo injustificado por el organismo accionado. Cabe destacar que dicha resolución adolece de graves defectos y/o fallas legales... (énfasis del original) (v. fs. 11 vta.) y más adelante continuó diciendo’...la cesantía impuesta a mi persona es totalmente contraria a derecho y sin fundamentación legal alguna, ya que la misma al ser dictada lo fue con carácter provisional, quedando condicionada a la resolución a dictarse en la causa penal antes mencionada (v. fs. 12).

”Pienso que así expuestos sus argumentos, no cabe más que concluir que el objeto de la pretensión de obtener los daños y perjuicios comprendía la nulidad del acto que los había ocasionado, extremo que también puede inferirse de las impugnaciones realizadas por Peralta en sede administrativa antes de entablar la demanda. De este modo, considero que al no reputarse ajena a los planteos de las partes, la declaración por el *a quo* de la nulidad del acto generador del perjuicio no lesiona el principio de congruencia invocado, porque es privativo de los jueces calificar jurídicamente las pretensiones de los litigantes, facultad que deriva de la regla *iura curia novit*, cuyo ejercicio no comporta un agravio constitucional (Fallos 300:1074). Al respecto, ha dicho el Tribunal que no importa violación al principio de congruencia la actividad del juzgador que subsume en la regla jurídica adecuada la pretensión deducida (Fallos 321:2453)”.

58) Para optar entre cesantía y exoneración deben tenerse en cuenta los antecedentes disciplinarios del agente.

Corte Sup., resolución 1072/2006 del 11/7/2006 en expte. 1241/2005 caratulado “Trámite personal —avocación— Olivan, Alfredo s/expte. 3263 Cámara Criminal y Correccional” (Voto de los Dres. Enrique S. Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti —en disidencia—, Carmen M. Argibay —en disidencia—).

“Que para la graduación de la sanción a aplicar deben tenerse en cuenta los antecedentes disciplinarios del agente o funcionario en cuestión, considerando que en el caso examinado el peticionario no los registra y que la resolución de la cámara fue suscripta con disidencias (diez jueces votaron la exoneración y cinco la cesantía)”.

59) Viola los términos de la litis la sentencia que resuelve dar por extinguida la relación laboral por rescisión del contrato y no en virtud de la cesantía decretada por la Administración, cuestión esta objeto de la contienda.

Corte Sup., P. 2701. XXXVIII, recurso de hecho, “Pereyra, Antonio Ramón v. Municipalidad de Cerro Azul - Misiones”, dictamen del 30/3/2005, Procuración General de la Corte, Dr. Ricardo O. Bausset que la mayoría hace suyo en sentencia del 7/3/2006 (votos de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay—en disidencia—).

“Al respecto, cabe señalar que el Superior Tribunal provincial modificó los términos del litigio al fundar su fallo en un hecho que no constituía el punto de controversia entre las partes —categoría de empleado municipal— y cambió la decisión del Intendente de decretar una cesantía al asimilarla a una rescisión de contrato, situaciones que no formaban parte del objeto de la contienda ni fueron argüidas por la demandada como defensa”.

60) El tribunal no puede incorporar un asunto ajeno al proceso en una oportunidad impropia para posibilitar la discusión de su procedencia.

Corte Sup., P. 2701. XXXVIII, recurso de hecho, “Pereyra, Antonio Ramón v. Municipalidad de Cerro Azul - Misiones”, dictamen del 30/3/2005, Procuración General de la Corte, Dr. Ricardo O. Bausset, que la mayoría hace suyo en sentencia del 7/3/2006 (votos de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti, Carmen M. Argibay—en disidencia—).

“Por lo precedentemente expuesto, considero que el fallo debe ser invalidado, desde que, al haber introducido efectiva y ciertamente el Superior Tribunal local un asunto ajeno al proceso en una oportunidad impropia para posibilitar la discusión de su procedencia y al no corresponder a los jueces extender el principio de *iura novit curia* a apartarse de lo que resulte de los términos de la demanda o de las defensas planteadas por los demandados (Fallos 306:1271; 312:2504; 315:103; 317:177, entre otros), se termina reconociendo supuestos derechos no debatidos, en violación a la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional”.

61) Las decisiones en materia disciplinaria no dependen de la existencia de condenación en sede penal por perseguir ambos objetivos diferentes y no excluirse.

Corte Sup., en resolución 1161/2006 del 18/7/2006, “Pozzo Norma Susana (perito odontóloga) s/su desempeño” (Voto de los Dres. Enrique S. Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni).

“Que en tales condiciones y mas allá del acierto o error de la medida dispuesta en el expediente criminal y del resultado que en definitiva recaiga, debe recordarse que esta Corte tiene establecido que las decisiones en materia disciplinaria no dependen de la existencia de una condenación (Fallos 262:436 y 265:303, entre otros), en tanto ambas jurisdicciones persiguen objetivos diferentes y no se excluyen”.

62) Resulta válida la cesantía por una incompatibilidad sobreviniente ya que los agentes no tienen derecho adquirido a la inmutabilidad de las incompatibilidad e inhabilidades vigentes a su ingreso debiendo preverse una solución equitativa para cada tipo de situación posible.

Corte Sup., S. 1661. XLI, recurso de Hecho, “Stutz, Oscar v. PLN Cámara de Diputados”, dictamen del 29/8/2006 de la Procuración General de la Corte, Dra. Laura Mercedes Monti, al que hace suyo en sentencia del 8/5/2007 (votos de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni, Carmen M. Argibay).

“En primer lugar considero que la Cámara yerra al sostener la irrelevancia que el agente reviste en la planta transitoria. Ello es así toda vez que, justamente, al pertenecer a dicho plantel, aquél no goza del derecho a la estabilidad del empleado legislativo como lo establece específicamente el estatuto que lo rige. Por lo tanto, mal puede argüirse la violación de un derecho que no se tiene.

”Tampoco entiendo vulnerado su derecho de propiedad desde que la reglamentación no lo obliga a renunciar a su estatus de jubilado o de empleado legislativo sino que le otorga la posibilidad de optar por percibir sólo uno de los dos ingresos del erario público.

”Por otro lado, plantear la imposibilidad de imponer un nuevo régimen de incompatibilidades o de acumulación de cargos—con las soluciones equitativas para cada tipo de situación posible— a quienes ya estén cumpliendo funciones implicaría admitir la inalterabilidad de leyes o reglamentos. Sobre el particular tiene dicho V. E. que nadie tiene derecho a la inmutabilidad del ordenamiento jurídico y que las normas se aplican a las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes a partir del momento de su vigencia. Es decir que, la modificación de una ley o reglamentación por otra posterior no origina cuestión constitucional alguna porque ‘nadie tiene derecho adquirido al mantenimiento de leyes o reglamentos, ni a la inalterabilidad de los mismos’” (Fallos 325:2600 y 2875, entre muchos).

”Lo dicho me permite concluir en que, en el supuesto como el *sub examine*, no deviene irrazonable la motivación del acto de cesantía; máxime, cuando esa sanción era la establecida por la reglamentación para los casos como el del agente Stutz quien no sólo no denunció en el tiempo determinado por la norma la percepción del haber jubilatorio sino que tampoco formuló la opción a la que tenía derecho, sin que esta conclusión se altere por el hecho invocado por aquél de haber suscripto la declaración jurada ‘en blanco’ en atención a que nadie puede alegar su propia torpeza.

”En este entendimiento y ante la circunstancia de que el actor en su demanda planteó la inconstitucionalidad de la reglamentación que incluye nuevas causales de incompatibilidad para los empleados legislativos, corresponde por razones de brevedad y en lo que fuere pertinente, remitirme a las conclusiones esgrimidas en la causa ‘Saralegui’ de caracteres análogos a los aquí planteados (fallo de V. E. del 14/2/2006,

causa S.393.XXXVIII, 'Saralegui, Francisco v. Estado Nacional - Poder Ejecutivo Nacional s/amparo')".

63) Violación del derecho de defensa a través de la inaplicación del principio de formalismo moderado.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, "Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lazzari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Pettigiani).

"A ello cabe agregar que en el procedimiento administrativo rige el principio de formalismo moderado o ausencia de rigor formal, en función del cual, en pro de la verdad material y de la legalidad objetiva, se posibilita la subsanación de los defectos de forma en que puedan incurrir los administrados ante la Administración Pública (20/3/1984, B. 48.137, 'Verdún'; 1/10/1990, B. 52.262, 'Solanas', entre muchas otras). Motivo por el cual, en una razonable aplicación del mentado principio, la autoridad administrativa debió permitir que la actora corrija las deficiencias formales de sus presentaciones intimándola para que así proceda antes de vedar de efectos al escrito defectuoso (8/4/1980, doctrina causa B. 47.682, 'Construcciones Viales y Civiles SAICFIA'; Acuerdos y Sentencias 1980-I-436, entre otras)".

64) La potestad disciplinaria debe ejercerse respetando los principios del debido proceso.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, "Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lazzari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Pettigiani).

"Ello así por cuanto entiendo que la potestad disciplinaria exige que las sanciones, máxime las de mayor gravedad, sean aplicadas sobre la base del respeto a los principios del debido proceso, para lo cual es necesario contar con una adecuada oportunidad de audiencia y prueba que permita al interesado hacerse oír ante la propia autoridad administrativa en consonancia con la garantía prevista en el art. 15 de la Constitución provincial".

65) La actividad sancionatoria es de naturaleza discrecional no obstante lo cual es fiscalizable.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, "Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lazzari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Pettigiani).

"Ya que aun siendo la materia sancionatoria de contenido marcadamente discrecional, ello no implica que la Administración tenga un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que tal actividad no resulte fiscalizable (16/12/1997, doct. causa B. 55.191, 'Espilman')".

66) Principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, "Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lazzari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Pettigiani).

“Por último, siendo que el único hecho comprobado, tanto en las constancias del procedimiento sumarial como en la presente causa, es la emisión por parte de la señora Marín del recibo 45.086 por orden de la Presidente del Tribunal, el acto que dispuso su separación revela una demasía de punición que se exhibe desproporcionada en relación a los antecedentes que determinaron su emisión y en función de las normas jurídicas que confieren al órgano la potestad disciplinaria (arts. 28 y 33, CN; 15, Constitución provincial y 103, Ord. Gral. 267, cit.). Lo que también patentiza su irrazonabilidad”.

67) Las violaciones al debido proceso no pueden ser subsanadas en sede judicial cuando son de extrema gravedad.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, "Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lazzari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Hitters).

“Aun cuando soy de la opinión de que la existencia de irregularidades en el desarrollo del trámite relacionados con la efectividad del debido proceso, no necesariamente debe llevar a la declaración de nulidad del acto administrativo (por cuanto la adopción de tal solución, de manera genérica, podría importar —paradójicamente—, otra violación a dicha garantía, al imponer una trascendente dilación temporal en la adopción definitiva de la decisión de fondo [art. 15 de la Const. Bonaerense]), entiendo que cabe aplicar dicha sanción cuando la vulneración a tal principio resulte de extrema gravedad”.

68) Control judicial pleno respecto de los actos administrativos disciplinarios.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, "Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lazzari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Soria).

“a. La primera concierne al alcance de la fiscalización jurisdiccional de los actos administrativos, aun de aquellos que traducen el ejercicio de la potestad disciplinaria. Como he dicho en anteriores votos, semejante control no exhibe en principio elemento estructural alguno que conlleve un trato diferencial a la hora de establecer su impugnabilidad en sede procesal administrativa, ni, menos todavía, un acotamiento en las causales determinantes de su invalidez. Bajo la observancia de la regulación material que les sea aplicable, tales actos también se encuentran comprendidos por las normas y principios informadores de la juridicidad administrativa; ellos traducen un quehacer que, como tal, está sujeto a control y eventual invalidación judicial al comprobarse, no sólo arbitrariedad o irrazonabilidad, sino también la concurren-

cia de cualquier otra causal de nulidad prevista en el ordenamiento positivo (arg. arts. 103, 108 y conc., decreto-ley 7647/1970 —de idéntico contenido a los mismos artículos de la Ordenanza General 267/1980—; confr. mi voto en las causas B. 59.078, 28/5/2003, ‘González’; 21/5/2003, B. 58.328, ‘Millar’; 4/6/2003, B. 57.563, ‘Agliani’”).

69) Prohibición de subsanar en sede judicial los vicios graves del procedimiento administrativo.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, “Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lázzari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Soria).

“En reiterados pronunciamientos esta Suprema Corte ha sostenido que el cuestionamiento de una resolución administrativa, fundado en los vicios evidenciados en el procedimiento, en principio se halla excluido de su conocimiento, por cuanto en esta jurisdicción el afectado puede ejercer su defensa y probar las irregularidades incurridas por la entidad pública. No obstante, tal criterio cede paso cuando la irregularidad en el trámite previo al acto administrativo configura un atentado irreparable al derecho de defensa (doctr. de las causas B. 48.976, 19/6/1984, ‘Fernández’; 20/4/1999, B. 55.872, ‘Preto’; 7/3/2001, B. 53.911, ‘Moyano’; entre muchos otros).

”La posición reseñada proclamaba, a su modo, que la ilegitimidad del trámite administrativo es subsanable en sede judicial (conf. LINARES, Juan F. ‘La garantía de defensa ante la Administración’, LL 1-421-137).

”En mi opinión, y a partir del precedente ‘Caselli’ (16/2/2005, B. 59.986) para la mayoría de este Tribunal, la aludida tesis no es aceptable como regla general de la materia”.

70) El adecuado cumplimiento del procedimiento configura un elemento inherente a la legitimidad del acto administrativo.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, “Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lázzari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Soria).

“En primer lugar, por cuanto, como en dicha causa hube de puntualizar, en un Estado Constitucional de Derecho, el principio de legalidad impone a las Administraciones Públicas un obrar consistente con el ordenamiento jurídico (doctr. 10/5/2000, B. 56.364, ‘Guardiola’; 10/5/2000, B. 54.852, ‘Pérez’; 2/8/2000, B. 55.010, ‘Chaina’, entre otras).

”Desde esa perspectiva, el adecuado cumplimiento del procedimiento configura un elemento inherente a la legitimidad del acto administrativo (conf. art. 103, decreto-ley 7647/1970)”.

71) No hay relación de continuidad entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, "Marin, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lázari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Soria).

“Por otra parte, entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial no cabe predicar la existencia de una relación de continuidad, en la que la indefensión producida en el primero pueda solucionarse en el segundo; de tal suerte, es improcedente auspiciar, sin más, la posibilidad de minimizar los vicios graves acaecidos en el ámbito del actuar de la Administración por la circunstancia de que exista luego una acción impugnativa en la esfera jurisdiccional.

“La Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin mantener una postura uniforme, pues tanto ha aceptado la posibilidad de la subsanación (Fallos 290:293; 296:106; 311:56; 315:954) como la ha rechazado en otros casos (Fallos 295:726; 302:283), en un pronunciamiento más reciente, por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, se ha expedido ponderando el valor invalidante de la omisión de trámites esenciales del procedimiento administrativo (21/5/2002, ‘Adidas Argentina y otros v. Estado nacional s/amparo ley 16.986’; 28/6/2002, ED, Suplemento de Derecho Administrativo)”.

72) No resulta subsanable la inobservancia de trámites esenciales en el procedimiento administrativo.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, "Marin, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lázari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Soria).

“Por cierto, no se trata de sostener que cualquier irregularidad en el procedimiento, por intrascendente que fuere, habrá de proyectar la nulidad absoluta de toda decisión ulterior y en manera inexorable. Lo que interesa destacar, en función de las razones expuestas, apunta a otro propósito.

“Así, cuando en el caso enjuiciado se advierta la inobservancia o el quebrantamiento por la Administración Pública de trámites esenciales, la invalidez consecuente de la decisión no resultará en principio susceptible de ser sancada, si es que la anomalía resulta concretamente planteada en esos términos por el afectado (conf. causa B. 59.986, cit.)”.

73) La falta de consideración del descargo constituye una violación al derecho constitucional a ser oído.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, "Marin, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lázari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Soria).

“En el caso la Administración, al tener por no presentado el descargo por falta de rúbrica de la aquí accionante —pese a la constancia que fue ella quien lo presentó

y firmara al momento de la entrega— frustró el derecho constitucional a ser oído, por no permitir al administrado brindar sus argumentos antes del dictado del acto administrativo e impedir el ofrecimiento y la producción de la prueba”.

74) El sobreseimiento en sede penal no tiene influencia en sede administrativa por ser jurisdicciones que persiguen objetivos diferentes y no son excluyentes.

Corte Sup., B. 1234. XLII, recurso de hecho, “Belasio, Carlos Alfredo v. Administración Federal de Ingresos Públicos”, dictamen del 12/6/2007 de la Procuración General de la Corte, Dra. Laura Monti, al que hace suyo la mayoría en sentencia del 17/10/2007 (votos de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni —en disidencia—, Carmen M. Argibay —en disidencia—).

“Así lo estimo, dado que en el considerando VI se limitó a reproducir un párrafo de la sentencia recaída en sede penal sin tener en consideración que el sobreseimiento dictado no tiene influencia sobre la medida disciplinaria impuesta, fundada en irregularidades graves y comprobadas en el correspondiente sumario administrativo, pues la jurisdicción administrativa y la jurisdicción penal persiguen objetivos diferentes y no son excluyentes (doctrina de Fallos 321:637, entre muchos)”.

75) Es razonable la cesantía cuando el actuar del agente justificó objetivamente la desconfianza de sus superiores respecto de la corrección con la que presta el servicio.

Corte Sup., B. 1234. XLII, recurso de hecho, “Belasio, Carlos Alfredo v. Administración Federal de Ingresos Públicos”, dictamen del 12/6/2007 de la Procuración General de la Corte, Dra. Laura Monti, al que hace suyo la mayoría en sentencia del 17/10/2007 (votos de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni —en disidencia—, Carmen M. Argibay —en disidencia—).

“Por lo demás, entiendo que no resulta ocioso recordar que la Corte ha sostenido que, en tanto el proceder del agente sea susceptible objetivamente de justificar la desconfianza de sus superiores sobre la corrección con la que presta el servicio, la separación del cargo —mediante la debida aplicación de las normas estatutarias— no puede calificarse de manifiestamente arbitraria (Fallos 305:102, considerando 6º)”.

76) Debe reconocerse a la autoridad que ejerce facultades disciplinarias una razonable amplitud de criterio en la apreciación de los distintos factores en juego.

Corte Sup., B. 1234. XLII, recurso de hecho, “Belasio, Carlos Alfredo v. Administración Federal de Ingresos Públicos”, dictamen del 12/6/2007 de la Procuración General de la Corte, Dra. Laura Monti, al que hace suyo la mayoría en sentencia del 17/10/2007 (votos de los Dres. Ricardo Luis Lorenzetti, Elena I. Highton de Nolasco, Carlos S. Fayt, Enrique Santiago Petracchi, Juan Carlos Maqueda, E. Raúl Zaffaroni —en disidencia—, Carmen M. Argibay —en disidencia—).

“También, que el Tribunal ha declarado que en el ejercicio de esas facultades disciplinarias ha de reconocerse a la autoridad competente una razonable amplitud de criterio en la apreciación de los distintos factores en juego (Fallos 311:2128) (doctrina de Fallos 314:1251)”.

3.2. *Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires*

1) La regularidad del acto de cesantía exige que la expresión escrita coincida con los antecedentes causales documentados en el sumario previo.

Sup. Corte Bs. As., 31/8/1984, B 48840, “Moyano, Victor Zanón v. Municipalidad de Bahía Blanca s/demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Vivanco, Negri, Cavagna Martínez, Rodríguez Villar, Ghione) (Voto del Dr. Vivanco —SD—).

El acto del intendente municipal, que aplicó la sanción expulsiva de cesantía (art. 63, ap. II, inc. c], ord. gral. 207), debió fundarse detenidamente en el análisis de las pruebas producidas y los hechos configurados en su consecuencia que lo condujeron a apartarse de los actos antecedentes emanados de los órganos consultivos. La insistencia por parte del intendente municipal, en la afirmación lisa y llana de un acontecimiento cuya configuración fue desestimada por el instructor en su informe específico, compartido por el asesor letrado, resulta insuficiente fundamento del acto desde que la expresión escrita de éste debe coincidir razonablemente con los antecedentes causales documentados en el procedimiento previo a su emanación. De lo contrario, el acto sancionatorio se convierte en una mera repetición del acto de imputación con prescindencia del trámite sumarial impuesto legalmente, cuyo respeto no se limita al aspecto formal sino que, sustancialmente, supera el mero tránsito por las etapas estructurales previstas.

2) La rehabilitación de quien fue declarado cesante no implica el renacimiento del vínculo anterior, por lo que no tiene efectos retroactivos acerca de las consecuencias ya cumplidas de la conducta sancionada.

Sup. Corte Bs. As., 11/2/1986, B 49322, “Lorenzo, Manuel Enrique v. Municipalidad de La Plata s/demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Cavagna Martínez, Negri, Mercader, Rodríguez Villar, San Martín) (Voto del Dr. Cavagna Martínez —SD—).

El trámite de rehabilitación ante la Administración municipal importa la solitud de éste por parte del interesado y supone necesariamente la existencia de una cesantía anterior que torna viable el requerimiento formalizado siempre que hubiese transcurrido el plazo de un año, desde que aquélla tuviera lugar. La rehabilitación otorgada no implica el renacimiento de la vinculación jurídica anterior sino que significa el paso previo para un nuevo ingreso a la Administración, sin efectos retroactivos acerca de las consecuencias ya cumplidas de la conducta sancionada.

3) La autoridad administrativa debe dar las razones por las que se aparta de los dictámenes de los organismos asesores.

Sup. Corte Bs. As., 5/8/1986, B 49190, "Torrubia, Mario César v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Negri, Cavagna Martínez, Mercader, Vivanco, Laborde, Ghione, San Martín, Salas, Rodríguez Villar) (Voto del Dr. Rodríguez Villar —OP—).

Si los organismos asesores en materia disciplinaria —Junta de Disciplina y Asesoría General de Gobierno— se inclinan por una sanción de suspensión, la cesantía debe explicar el porqué de la elección de la pena de mayor gravedad a fin de posibilitar el posterior examen judicial de su razonabilidad.

4) La cesantía por calificaciones insuficientes no importa el ejercicio de atribuciones disciplinarias, por lo que no se requiere el cumplimiento del requisito de sumario previo.

Sup. Corte Bs. As., 16/6/1987, B 49829, "Pajón, Rogelio Salvador v. Poder Ejecutivo s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Vivanco, Cavagna Martínez, Negri, Laborde, San Martín) (Voto del Dr. Vivanco —SD—).

El art. 11 de la ley 8721, al establecer las causas de cese, prevé en forma separada la exoneración o cesantía encuadrada en el régimen disciplinario que impone el estatuto (inc. h]) de las calificaciones insuficientes reiteradas (inc. j]). La causal prevista en el inc. j) no configura una sanción encuadrada en el régimen disciplinario, razón por la cual no son aplicables los arts. 57 y 64 que establecen el requisito del previo sumario administrativo.

5) La existencia de dictámenes contradictorios exige a la autoridad administrativa dar razones para aceptar uno u otro al emitir el acto.

Sup. Corte Bs. As., 30/6/1987, B 48482, "Salinas, Nélide Beatriz v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Negri, Cavagna Martínez, Mercader, Vivanco, Laborde, Salas, Ghione, San Martín, Rodríguez Villar) (Voto del Dr. Negri —MA—).

Resulta insuficiente para decidir la cesantía de un agente por causas disciplinarias la mera cita de dictámenes antecedentes contradictorios, ya que la contradicción de opiniones impone al órgano competente precisar las razones que lo conducen a pronunciarse en uno u otro sentido.

6) Resulta insuficiente la motivación fundada en la mera invocación de las irregularidades imputadas si no se realiza la correspondiente correlación con los antecedentes documentados en el procedimiento.

Sup. Corte Bs. As., 30/6/1987, B 48482, "Salinas, Nélide Beatriz v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Negri, Cavagna Martínez, Mercader, Vivanco, Laborde, Salas, Ghione, San Martín, Rodríguez Villar) (Voto del Dr. Negri —MA—).

La mera mención de las irregularidades que se imputaron al agente no cumple el requisito de motivación suficiente del acto de cesantía, toda vez que resta la nece-

saría correlación de los antecedentes documentados en el procedimiento para tener por cierta la comisión de las faltas que se concluye.

7) Las numerosas sanciones correctivas previas y la escasa antigüedad del agente constituyen antecedentes que coadyuvan a la razonabilidad de la cesantía decretada.

Sup. Corte Bs. As., 13/10/1987, "Giarruso de Echeverría, Susana v. Municipalidad de Pinamar s/demanda Contencioso Administrativa" (Magistrados votantes: Cavagna Martínez, Negri, Mercader, Laborde, Vivanco, San Martín) (Voto del Dr. Cavagna Martínez —MA—).

Las numerosas sanciones correctivas obrantes en el legajo del agente, motivadas en incumplimientos de sus obligaciones, demuestran que no se guardó una conducta adecuada durante el curso de la relación laboral teniendo en cuenta la escasa antigüedad, elemento que en consecuencia redundaba en favor de la razonabilidad de la cesantía.

8) La cesantía por calificaciones insuficientes no importa el ejercicio de atribuciones disciplinarias, por lo que no se requiere el cumplimiento del requisito de sumario previo.

Sup. Corte Bs. As., 9/2/1988, B 50530, "Nardone, Carmen Cristina v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Laborde, Negri, Vivanco, Cavagna Martínez, San Martín) (Voto del Dr. Laborde —SD—).

La cesantía dispuesta en mérito a calificaciones insuficientes por aplicación del art. 11, inc. j), decreto-ley 8721, no importa el ejercicio de atribuciones disciplinarias toda vez que no supone la sanción por la comisión de alguna falta sino que el motivo de la separación del agente consiste en la ausencia de idoneidad para el ejercicio de las funciones que el cuerpo normativo tipifica objetivamente sin requerirse para ello el cumplimiento del requisito de sumario previo.

9) La inconducta notoria constituye un grado más acentuado de la mera inconducta.

Sup. Corte Bs. As., 13/5/1988, B 50433, "Gómez, Ricardo Héctor v. Municipalidad de La Plata s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Laborde, Negri, Cavagna Martínez, Vivanco, San Martín) (Voto del Dr. Laborde —SD—).

La inconducta notoria constituye un grado más acentuado de la mera inconducta, que se revela de manera manifiesta como un vicio moral en el modo de gobernar su vida y conducir sus acciones y, en cuanto a aquellas faltas que perjudiquen material o moralmente a la Administración, la gravedad de la sanción tiende a evitar el descrédito de la función administrativa.

10) La inconducta notoria constituye un grado más acentuado de la mera inconducta.

Sup. Corte Bs. As., 31/7/1990, B 48689, "Mendoza, José D. v. Municipalidad de San Isidro s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Vivanco,

Rodríguez Villar, Negri, Laborde, Mercader, San Martín, Ghione, Salas) (Voto del Dr. Vivanco —MA—).

La “inconducta notoria” constituye un grado más acentuado de la mera inconducta, que se revela de manera manifiesta como un vicio moral en el modo de gobernar su vida y conducir sus acciones y, en cuanto a aquellas faltas que perjudiquen, material o moralmente a la administración, la gravedad de la sanción tiende a evitar el descrédito de la función administrativa.

11) El agente debe probar que dio aviso previo de sus inasistencias, que se reintegró luego de la intimación o que sus inasistencias fueron justificadas para rebatir la cesantía.

Sup. Corte Bs. As., 12/5/1992, B 50252, “Coronel, Dionisio v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: Mercader, Laborde, Negri, Pisano, Rodríguez Villar) (Voto del Dr. Mercader —SD—).

Si el actor no alega ni prueba que ha dado aviso previo de sus inasistencias, ni demuestra que se ha reintegrado a sus tareas con posterioridad al telegrama que lo intima o justifica sus inasistencias en alguna de las causales que contempla la norma estatutaria, el acto que declaró la cesantía es ajustado a derecho.

12) La incompatibilidad de desempeño de un empleo nacional y otro provincial da lugar a opción; si ésta no se ejerce, debe disponerse el cese del agente.

Sup. Corte Bs. As., 14/7/1992, B 51960, “Bruzzzone, Héctor P. v. Municipalidad de Salto s/demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: Rodríguez Villar, Mercader, Negri, Laborde, Vivanco) (Voto del Dr. Rodríguez Villar —SD—).

No invalida la decisión administrativa de disponer el cese del actor el hecho de que la autoridad local haya tenido conocimiento del empleo nacional en oportunidad de presentarse el accionante a concurso ante ella, no sólo porque la ponderación de tal antecedente en el pronunciamiento respectivo no significó en modo alguno una autorización para continuar en su desempeño una vez designado por las autoridades municipales, sino porque, anoticiadas de tal permanencia, éstas actuaron en modo razonable posibilitando su opción y disponiendo el cese sólo frente a su renuncia a formularla. En tal sentido, obraron acorde con la doctrina del tribunal que establece como consecuencia en tales casos la cesantía del agente y no la nulidad de sus designaciones con el efecto retroactivo que esta última actitud comportaría.

13) La conducta de permanecer en su lugar de trabajo de quien tiene formación universitaria y un cargo jerárquico es mayor y sus inasistencias sin esperar la respuesta a sus reclamos justifica la medida adoptada.

Sup. Corte Bs. As., 3/8/1993, B 52116, “Arzo, Juan Carlos v. Municipalidad de Coronel Dorrego s/demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: Pisano, Laborde, Mercader, Rodríguez Villar, Vivanco) (Voto del Dr. Pisano —SD—).

La inasistencia del agente municipal a cumplir tareas encomendadas provisoriamente en una delegación municipal legítima la sanción de cesantía impuesta, máxime teniendo en cuenta que ni aun mediando una vía impugnatoria en trámite se

suspende la ejecutoriedad del acto administrativo y que su formación universitaria y ubicación jerárquica (contador con cargo de jefe del Departamento de Fiscalización Impositiva) imponían mayor cautela y responsabilidad en la adopción de la conducta de permanecer sin prestar servicios a partir del anoticiamiento de la función encomendada a la espera de que la Administración revisara sus reclamos.

14) Corresponde aplicar sanción de cesantía por abandono de cargo frente a un cargo profesional de índole universitaria vinculado al servicio esencial de salud.

Sup. Corte Bs. As., 12/10/1993, B 51477, "Filo, José Ángel v. Municipalidad de Esteban Echeverría s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Pisano, Mercader, Rodríguez Villar, Vivanco, Negri) (Voto del Dr. Pisano —SD—).

La continua resistencia del accionante a prestar servicios atingentes al cargo que ocupaba, invocando que había sido designado en otro, y las consecuentes inasistencias, convalidan el acto de la autoridad comunal que aplicó la sanción de cesantía por abandono de cargo; por lo demás, un cargo profesional de índole universitaria vinculado al servicio esencial de salud, que bajo ningún concepto podía desempeñarse irregularmente.

15) La falta de firmeza de la sanción suspende su cumplimiento pero no impide tomarla como antecedente para las próximas infracciones.

Sup. Corte Bs. As., 12/10/1993, B 51477, "Filo, José Ángel v. Municipalidad de Esteban Echeverría s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Pisano, Mercader, Rodríguez Villar, Vivanco, Negri) (Voto del Dr. Pisano —SD—).

La interposición de recursos administrativos contra una sanción correctiva aplicada por reiteradas inasistencias no impide la imposición de las restantes que se generen por nuevas inasistencias, si la disposición estatutaria pertinente —frente a la deducción del recurso— suspende el cumplimiento en la práctica de la sanción impuesta mas no su validez para considerar al acto antecedente legítimo de la próxima sanción. Otra interpretación conduciría al absurdo de que el agente podría continuar inasistiendo impunemente hasta tanto se resolvieran los recursos interpuestos contra la sanción correctiva menor y si la resolución y su notificación se operasen con posterioridad a los seis días continuos —previstos para la cesantía—, merecer directamente cesantía sin la graduación progresiva que lo beneficia y tiende a su enmienda para evitar y prevenir el cese.

16) La falta de intervención de la Junta de Disciplina no acarrea la nulidad del acto sancionatorio.

Sup. Corte Bs. As., 29/3/1994, B 53006, "Montero, Jorge v. Municipalidad de Chascomús s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Rodríguez Villar, Vivanco, Mercader, Laborde, Pisano, Ghione, Salas, San Martín) (Voto del Dr. Rodríguez Villar —MA—).

La Junta de Disciplina es un órgano que las comunas pueden crear optativamente (art. 77, ord. gral. 207), no siendo su dictamen vinculante para la Administración, y su falta de intervención no acarrea la nulidad de las actuaciones. De tal modo y

toda vez que la opinión de la junta —que es la que debe tener el legajo a la vista— es meramente de consejo y no obliga al órgano competente para decretar la sanción, la falta de remisión del legajo correspondiente no aparece como una omisión trascendente para el órgano competente encargado de decretar la cesantía.

17) No obsta a la validez del acto de cesantía la falta de acreditación de la totalidad de los cargos fundantes de la medida.

Sup. Corte Bs. As., 3/5/1994, B 51271, "Negro, Fausta Inés v. Municipalidad de Ensenada s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Rodríguez Villar, Mercader, Vivanco, Negri, Pisano) (Voto del Dr. Rodríguez Villar —SD—).

Aun en el supuesto de que no se acrediten la totalidad de los cargos fundantes de la medida de cesantía, ello no obsta la validez del acto que la dispuso (en el caso, el Tribunal analizó y consideró acreditados varios de los numerosos cargos imputados a la actora en el sumario administrativo).

18) No vulnera el derecho de defensa y no se encuentra viciada la resolución resuelta por el superior cuando el inferior no tenía competencia exclusiva y excluyente.

Sup. Corte Bs. As., 28/3/1995, B. 49.570, "Souto, Aurora v. Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Mercader, Negri, Pisano, Rodríguez Villar, Salas, Ghione) (Voto del Dr. Mercader —MA—).

"La irregularidad que apunta el accionante en razón de que el aludido recurso de revocatoria no fue resuelto por el funcionario que dictó la medida sino por el Ministro, resulta irrelevante. Ello por cuanto, sin perjuicio de destacar aquí que la ratificación de la medida oportunamente cuestionada, formulada a través de la resolución 1766 ha confirmado la decisión del funcionario inferior por lo que no media en la especie el supuesto de nulidad absoluta e insanable de dicho acto (doct. causas B. 48.976 y 48.977, 'Fernández', sents. 19VI84; MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, p. 522), no se advierte en el caso que el funcionario que dictó la medida poseyera una competencia exclusiva y excluyente de la que se le haya privado al resolver el recurso, ni que con tal decisión se hubiera vulnerado el derecho constitucional de defensa de la accionante".

19) No resulta exigible el sumario previo cuando se produce la cesantía en un cargo como consecuencia del comportamiento en otro.

Sup. Corte Bs. As., 28/3/1995, B. 49.570, "Souto, Aurora v. Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Mercader, Negri, Pisano, Rodríguez Villar, Salas, Ghione) (Voto del Dr. Mercader —MA—).

"No cabe duda que la extinción de la vinculación jurídica entre el empleado y la Administración debe tener una causa legal (conf. FIORINI, Bartolomé, *Derecho administrativo*, t. I, p. 615), y que la remoción del agente debe hallarse correctamente encuadrada en las causas de hecho existentes, cumpliéndose con la exigencia estatutaria de una previa etapa de conocimiento y defensa. Mas en algunos singulares supuestos no resulta exigible el requisito del sumario previo y es, precisamente,

cuando como en el caso, se produce la cesantía en un cargo como consecuencia del comportamiento en otro (conf. MERCADO LUNA, Ricardo, *Estabilidad del empleado público*, p. 57)".

20) La extensión de la sanción a otros cargos del agente no implica violación del principio *non bis in idem*.

Sup. Corte Bs. As., 28/3/1995, B. 49.570, "Souto, Aurora v. Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Mercader, Negri, Pisano, Rodríguez Villar, Salas, Ghione) (Voto del Dr. Mercader —MA—).

"No se trata en el caso de aplicar a la actora dos sanciones disciplinarias una en el ámbito del Ministerio de Salud y otra distinta en el régimen docente, sino de aplicar una sola sanción que conlleva como consecuencia lógica el cese en todos los cargos en los que revistare la accionante.

"No se trata, tampoco, de la vulneración de la regla *non bis in idem* pues la conducta de la reclamante que dio origen a su cese en el Ministerio de Salud ha sido la única juzgada disciplinariamente aunque haya generado también consecuencias en el cargo docente, desde que la pérdida de la estabilidad en el cargo que la accionante desempeñaba en la docencia se fundamentó en aquella disposición estatutaria, al concurrir las condiciones de hecho que contempla la norma sin que ello implique una duplicidad de sanciones como pretende afirmar la accionante.

"Es indudable, además, que razones de inhabilidad administrativa inspiran el precepto legal al impedir que un agente sancionado con una medida expulsiva permanezca en el desempeño de otro cargo dentro del régimen de la Administración Pública de la Provincia de Buenos Aires. Ello así en tanto, si el régimen estatutario en el cual se hallaba incluida la actora especifica que no podrán ingresar a la Administración aquellos agentes declarados cesantes o exonerados de la Administración nacional, provincial o municipal, mientras no estén rehabilitados en la forma que la reglamentación determine (art. 5º, ley 8721), menos aun pueden permanecer en otro cargo al incurrir en causal de cese".

21) La extensión de las consecuencias de la cesantía a otros cargos del agente hace referencia a cargos docentes por ser éstos excepción a la incompatibilidad prevista en el art. 53 de la Constitución provincial.

Sup. Corte Bs. As., 28/3/1995, B. 49.570, "Souto, Aurora v. Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Mercader, Negri, Pisano, Rodríguez Villar, Salas, Ghione) (Voto del Dr. Mercader —MA—).

"No obsta la precedente conclusión la circunstancia de que la actora haya cesado, con motivo de un sumario instruido en el Ministerio de Salud en el cargo docente que también desempeñaba. Ello por cuanto, además de las razones expresadas, resulta lógico suponer que cuando el art. 75 de la ley 8721 se refiere al cese en otros cargos como consecuencia del ocurrido en el cargo en el que el agente fue sometido a sumario lo hace principalmente en referencia a los cargos docentes pues de no ser así, el agente se encontraría en causal de incompatibilidad al desempeñar dos o más cargos de carácter distinto a los docentes en franca violación al precepto constitucional que establece la incompatibilidad de referencia (art. 53, Const. prov. de 1994)".

22) No corresponde la aplicación de una norma del régimen general para extender las consecuencias de la cesantía respecto de un régimen especial que no la contempla excepcionando la regla del sumario previo.

Sup. Corte Bs. As., 28/3/1995, B. 49.570, "Souto, Aurora v. Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Mercader, Negri, Pisano, Rodríguez Villar, Salas, Ghione) (Voto del Dr. Mercader —SD—).

“Entiendo que la especificidad del Estatuto docente, aplicable tanto para disponer el cese como para la exclusión de los registros de aspirantes a la docencia, impone límites a la norma antes citada y excluye, por ello, la posibilidad de decretar el cese en esa actividad sin que concurren las especiales circunstancias que regula tal régimen legal.

”Conforme a las disposiciones del Estatuto del Magisterio el personal comprendido en el mismo tiene derecho a la estabilidad en el cargo, (conc. art. 19) que se pierde, entre otras razones que no hacen al caso, por cesantía o exoneración que, claro está, deben ser aplicadas previo sumario”.

23) La separación de un agente con estabilidad sin que haya fundamento para no hacer sumario previo se encuentra viciada.

Sup. Corte Bs. As., 5/9/1995, B 49736, "Sahagun, José Mariano v. Municipalidad de Bahía Blanca s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Rodríguez Villar, Negri, Mercader, Laborde, Ghione, San Martín, Salas, Pisano, Hitters) (Voto del Dr. Rodríguez Villar —MA—).

Los agentes municipales se encuentran amparados estatutariamente por normas que garantizan su estabilidad, motivo por el cual, si su separación (o cesantía) se produce sin cumplirse con la etapa obligatoria del previo sumario sin fundamentación que lo justifique, la decisión debe ser revocada.

24) El acto que dispone la cesantía se encuentra viciado si los hechos no se encuentran tipificados en las normas aplicables.

Sup. Corte Bs. As., 22/4/1997, B 53291, "Álvarez, Rubén O. v. Municipalidad de Ramallo s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Hitters, Laborde, Negri, Pisano, Pettigiani, San Martín, Salas) (Voto del Dr. Hitters —MA—).

Es nulo —por estar viciado en su causa— el acto por el que se dispone la cesantía de un agente municipal si los hechos que motivaron su dictado no constituyen alguna de las conductas que aparecen tipificadas como pasibles de sanción en las normas aplicables.

25) No puede fundarse una sanción en su supuesta ejemplaridad debiendo ser proporcional a la gravedad de la falta cometida y al bien jurídico tutelado.

Sup. Corte Bs. As., 13/5/1997, B 54506, "Romero, Carlos Alberto v. Municipalidad de Lobos s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Negri, Hitters, Laborde, Pisano, Pettigiani, San Martín, Salas) (Voto del Dr. Negri —MA—).

Resulta tan insuficiente como inaceptable la pretensión de fundar la severidad de la pena aplicada en su supuesta ejemplaridad (“evitar reiteraciones en casos si-

milares”, según sostuvo la demandada), desde que ello repugnaría a los principios de derecho de un régimen republicano, específicamente el derecho a ser sancionado con una pena cuya severidad sea proporcional a la gravedad de la falta cometida y al bien jurídico tutelado y no teniendo en cuenta el “sano temor” que pudiere inspirar en terceros.

26) La desvinculación del agente con la Administración torna innecesaria la promoción del posterior sumario y consecuente sanción de cesantía.

Sup. Corte Bs. As., 17/6/1997, B. 52.649, “O’Grady, Juan Carlos v. Municipalidad de Berazategui. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Laborde, Negri, Hitters, Pettigiani, Pisano, San Martín, Salas) (Voto Dr. Laborde —MA—).

“A mi juicio, no cabe considerar la articulación de la Municipalidad acerca del consentimiento por parte del actor del referido decreto 1511 ni las consideraciones que al respecto formula la accionante al contestar el traslado (no hay, en rigor, ampliación de la demanda).

”En efecto, como se concluyó en el punto II, 1), la remoción de O’Grady del cargo de Jefe de Compras produjo su desvinculación con la Administración ya que antes de su designación no estaba en relación de empleo con la comuna (punto I, 5). Si el actor quedó separado de la Municipalidad por su remoción en el cargo de Jefe de Compras —en el que no tenía estabilidad (v. mi voto en Acuerdos y Sentencias 1988-I-683)— y consintió los respectivos actos, la Municipalidad actuó innecesaria y erróneamente al promover posteriormente un sumario y decretar su cesantía”.

27) El agente, no obstante su previa desvinculación, tenía interés en la impugnación de la sanción de cesantía ya que ésta le ocasiona consecuencias, tal el caso de la inhabilidad para el reingreso a la función pública.

Sup. Corte Bs. As., 17/6/1997, B. 52.649, “O’Grady, Juan Carlos v. Municipalidad de Berazategui. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Laborde, Negri, Hitters, Pettigiani, Pisano, San Martín, Salas) (Voto Dr. Negri —MI—).

“En primer lugar, destaco que no obstante que la relación laboral quedó disuelta por el decreto 755/1986 —insusceptible de revisión por haber quedado firme por falta de impugnación oportuna en esta sede— el actor conserva interés en el tratamiento de la pretensión de anulación del decreto 1511/1988, pues por este acto la Administración municipal decidió su cesantía por considerarlo incurso en violación de los arts. 198 y 199 de la Ley Orgánica de las Municipalidades y 61 incs. ‘a’ y ‘b’ de la ordenanza general 207. Resulta obvio que la sola modificación de la causa del cese constituye una mejora en la situación en que hoy se encuentra el actor, quien a raíz del decreto 1511/1988 se encuentra comprendido en las causales de inhabilidad para el reingreso en la función pública”.

28) El acto de cesantía se encuentra viciado por no fundar la elección por la medida más severa y por transgredir la regla *non bis in idem*.

Sup. Corte Bs. As., 30/9/1997, B. 52.530, "Freiberg, Salomón v. Municipalidad de Tres de Febrero. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Negri, Pisano, San Martín, Ghione, Salas, Laborde, Hitters, Pettigiani, de Lazzari) (Voto del Dr. Negri —SD—).

“De tal manera, dicha falta de motivación en el porqué de la elección de la sanción más severa entre otras más benignas —de suyo irrazonable—, acentúa si cabe la ilegitimidad del decreto 1048/1988 con el que la autoridad comunal dispuso la cesantía de Freiberg, ya que implicó revocar un acto sancionatorio previo —el decreto 1005/1987—, dictado como consecuencia del sumario instruido y notificado al agente. Destaco así que el procedimiento seguido, quebrantó la regla *non bis in idem*, de raigambre constitucional (doc. art. 29, Const. prov.) y desde ya aplicable al procedimiento administrativo disciplinario, pues una misma conducta, la del señor Freiberg en la especie, fue juzgada dos veces dentro de la misma esfera jurisdiccional (doct. 24/7/1979, B. 47.835, ‘Piñero’, y 24/10/1995, B. 55.062, ‘Díaz’, a contrario; conc. 24/11/1992, B. 49.330, ‘Alonso’).”

29) Resulta infundado el acto de cesantía que se limita a citar el régimen estatutario sin expresar en sus considerandos la forma en que los hechos que tiene por acreditados encuadran en sus disposiciones.

Sup. Corte Bs. As., 2/12/1997, B. 51.646, "Viera, Carlos Alberto v. Municipalidad de Zárate. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Negri, Pisano, Ghione, Salas, San Martín) (Voto del Dr. Negri —SD—).

“Sin perjuicio de lo expuesto, el acto atacado no se encuentra debidamente fundado. En primer lugar se limita a la cita del régimen estatutario que establece las obligaciones y prohibiciones impuestas al personal comunal, sin expresar en sus considerandos de qué forma los hechos que tiene por acreditados encuadran en tales disposiciones o constituyen el quebrantamiento de las normas estatutarias invocadas, requisito que le era impuesto por la norma legal aplicable (art. 68, último párrafo, ord. gral. 207)”.

30) La imputación de responsabilidad por daños y perjuicios emergentes de sus actos requiere la consideración de la existencia o extensión de éstos.

Sup. Corte Bs. As., 2/12/1997, B. 51.646, "Viera, Carlos Alberto v. Municipalidad de Zárate. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Negri, Pisano, Ghione, Salas, San Martín) (Voto del Dr. Negri —SD—).

“Por otra parte el artículo segundo del acto que dispuso la cesantía cita como fundamento de la medida adoptada el art. 241 de la Ley Orgánica de las Municipalidad, por el que se establece el principio de responsabilidad de los funcionarios y empleados municipales por los daños y perjuicios emergentes de sus actos, y que en caso de que hayan sido producidos por la inconducta del agente, se traducen en la obligación de resarcir a la comuna por los mismos. No obstante esta cita, los considerandos del acto no contienen consideración alguna en relación a la existencia o, en su caso, a la extensión de los perjuicios sufridos a raíz de la conducta del agente, ni de las

actuaciones surge que se haya iniciado el correspondiente juicio de responsabilidad conforme dispone el art. 242 de la Ley Orgánica citada en su último párrafo”.

31) La conducta del agente imputado durante el procedimiento sumarial no puede servir de antecedente de la sanción aplicada.

Sup. Corte Bs. As., 2/12/1997, B. 51.646, “Viera, Carlos Alberto v. Municipalidad de Zárate. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Negri, Pisano, Ghione, Salas, San Martín) (Voto del Dr. Negri —SD—).

“El acto atacado tampoco resulta suficientemente fundado en cuanto a las razones por las que la Administración comunal resolvió aplicar la sanción de cesantía —la mayor entre las previstas por los arts. 64 y 65—, recaudo establecido por los arts. 68 ya citado y 85 de la ordenanza general 207. Aquéllas deben referirse a las circunstancias atenuantes y agravantes de la infracción que se encuentra en juzgamiento en el procedimiento (art. 85, 2do. párrafo citado) y no a aquellas otras faltas en que el agente incurra, aun cuando se cometan en el transcurso del procedimiento disciplinario, como se hizo en el caso, en que se consideró que el actor resultaba perjudicial para la Administración por la forma en que se había expresado en relación a sus superiores en la declaraciones formuladas en el sumario y en sus presentaciones escritas (v. considerando 10 del decreto 262, fs. 164, fotoc. act. adm.)”.

32) La posibilidad de aplicar una sanción menor exige la fundamentación por la elección de la más grave.

Sup. Corte Bs. As., 2/12/1997, B. 51.646, “Viera, Carlos Alberto v. Municipalidad de Zárate. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Negri, Pisano, Ghione, Salas, San Martín) (Voto del Dr. Negri —SD—).

“Si conforme las circunstancias del caso y la normativa aplicable, el actor pudo haber sido sancionado con una pena menor, resulta indispensable para la validez del acto que se expusieran en forma concreta las razones por las que se optó por la sanción expulsiva. De forma tal que la ausencia de motivación suficiente convierte al acto atacado y a su posterior confirmatoria en un acto arbitrario (doctr. 11/11/980, B. 48.119; 13/7/1982, B. 48.114; 1/11/1983, B. 48.952; 15/8/1989, B. 51.319, ‘Tribiño’; 31/7/1990, B. 48.689, ‘Mendoza’)”.

33) Carece de fundamentación el acto que dispuso la cesantía sin fundar porque aplicó el criterio más severo de los expuestos por la Junta de Disciplina, para lo cual tuvo en cuenta la asignación de doble voto a su presidente para adoptar dicho criterio.

Sup. Corte Bs. As., 16/12/1997, B. 55.191, “Espilman, Epifanio Héctor v. Municipalidad de Chivilcoy. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Negri, Hitters, Laborde, Pisano, Pettigiani, San Martín, Ghione, Salas, de Lázzari) (Voto Dr. Negri —MI—).

“En efecto, la autoridad competente (el Intendente municipal) debió especificar en todo caso cuáles fueron los motivos para atribuir a los hechos investigados —aun admitidos por el propio Espilman y corroborados a tenor de los testimonios recibidos en el sumario administrativo (cfr. fs. 38/43 y 46/51, exp. adm. cit.)— una magnitud

tal como para proceder a la cesantía del nombrado. Asimismo, debió extremar la exigencia de fundamentación, explicando por qué, si la supuesta conducta infractora era susceptible de dos sanciones —una correctiva y la otra expulsiva (cf. arts. 111 a 113, ord. cit.)— se la encuadró en la de mayor gravedad (cf. doct. causas B. 48.657, 'Iribarne'; 14/12/1984, B. 48.987, 'Linares'; y B. 48.901, B. 50.218, B. 53.483 citadas). En cambio —lejos de ponderar los antecedentes y circunstancias del caso y el comportamiento del empleado Espilman— el órgano decisor se limitó a averiguar quién era el presidente de la Junta de Disciplina (órgano asesor) para asignar doble valor a su voto y, de tal modo, no sólo desempatar el dictamen dividido sino repetir el criterio más severo resultante, dictando en igual fecha (1/2/1993) la resolución de cesantía cuestionada (v. fs. 71 y 72/74 exp. adm.)”.

34) La decisión adoptada se ajusta razonablemente a los hechos investigados, resultando ajustada la decisión de precisar el voto del presidente de la Junta de Disciplina para desempatar el dictamen por su doble valor.

Sup. Corte Bs. As., 16/12/1997, B. 55.191, “Espilman, Epifanio Héctor v. Municipalidad de Chivilcoy. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Negri, Hitters, Laborde, Pisano, Pettigiani, San Martín, Ghione, Salas, de Lázari) (Voto Dr. Hitters —MA—).

“A mérito de lo expuesto y del análisis de los elementos probatorios agregados en autos, la actora no ha demostrado que se configure en el caso, el supuesto de arbitrariedad o irrazonabilidad en el ejercicio de la potestad disciplinaria que posibilite la revisión judicial de la medida disciplinaria aplicada por el órgano administrativo. Antes bien, interpreto que el acto de cesantía fue dictado en el marco de las previsiones de la ordenanza 2330/1986 (arts. 93, 113 inc. 5°, 172 y concordantes). Ello así por cuanto los hechos investigados —admitidos por el propio agente Espilman y corroborados en virtud de los testimonios recibidos en el sumario administrativo (cfr. fs. 38/43 y 46/51, exp. adm. cit.)—, se inscriben en la magnitud de la sanción contemplada por la citada normativa. Por lo demás, encuentro ajustada a ésta la averiguación practicada por el órgano decisor sobre quien era el presidente de la Junta de Disciplina (órgano asesor) a fin de asignar doble valor a su voto y posibilitar así el desempate del dictamen hasta entonces dividido”.

35) La exigencia de fundamentación para elegir entre una sanción correctiva y una expulsiva rige también cuando se desplaza una norma específica con una sanción menos grave por otra genérica.

Sup. Corte Bs. As., 16/12/1997, “Pintor, Ángel Alberto v. Provincia de Buenos Aires (Policía) s/dDemanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: Negri, Laborde, Hitters, San Martín, Ghione, Pisano, Salas, de Lázari) (Voto del Dr. Negri —MA—).

Cuando una falta es susceptible de dos sanciones —una correctiva y otra expulsiva— y se aplica la más grave, la exigencia de fundamentación comprende la expresión de las razones que llevan al órgano a imponer esa medida más severa. El principio es igualmente aplicable cuando, como en el caso, al encuadrarse la conducta en una norma que contemple una figura genérica susceptible de sanción expulsiva, se desplaza la aplicación de otra norma que contiene una descripción específica del

hecho previendo una sanción menos grave. Mas en los actos mediante los cuales se aplicó la cesantía del actor, se omitió toda consideración al respecto.

36) La resolución del sumario determina el derecho al reintegro de salarios y no el levantamiento de la disponibilidad preventiva que es una medida de tipo cautelar.

Sup. Corte Bs. As., 14/7/1998, B. 51.616, "Pippo, Esteban Ramón v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Hitters, Laborde, Negri, Pettigiani, Salas, San Martín, Ghione, de Lázari, Pisano) (Voto Dr. Hitters —SD—).

"En efecto, el único sentido jurídico de la disponibilidad preventiva es de tipo cautelar: impedir que el agente preste servicios en tanto se resuelve su situación. Por tanto es una medida excepcional y, en principio, sólo puede decretarse por tiempo determinado (conf. arts. 82 y 85, decreto-ley 9550/1980 y 465 a 467, esp. 466 inc. 2º, decreto reglamentario 1675/1980).

"En ese orden de ideas, no es el levantamiento de la disponibilidad preventiva sino la resolución del sumario la que realmente determina el derecho al reintegro de los sueldos retenidos en su consecuencia (cf. art. 467 cit.). En efecto, tal levantamiento no importa adelantar juicio sobre tal resolución como tampoco derecho a dicho reintegro (en la inteligencia que la resolución fuere negativa para el personal afectado). A contrario, si fuere positiva (aun mediando una sanción menor, como en el caso) la resolución puede y debe disponer el reintegro de los sueldos retenidos. Refuerzan esta inferencia las facultades atribuidas al Jefe de Policía: a) por el art. 44 del decreto-ley 9550/1980, para dar por cumplida la suspensión de empleo dispuesta en cuanto al tiempo para su reintegro al servicio, con la disponibilidad preventiva que hubiere sufrido el causante (revelando que ésta puede ser igual o menor que la suspensión de empleo, nunca superior); b) por el art. 49 del citado cuerpo legal —mediando razones de servicio—, para disminuir o dejar sin efecto el cumplimiento de sanciones, entre ellas la suspensión de empleo cuando sea menor de cuarenta y cinco días una vez cumplida la cuarta parte de la misma.

"Concluyo en este punto: sería tan inequitativo como paradójico que —propias de un mismo sumario— la medida 'preventiva' durase más (casi dos años, en la especie) que la 'sancionatoria'".

37) La autoridad para la cual presta servicios bajo la modalidad de "adscripción" en otra dependencia resulta un tercero en la relación laboral entre la Administración dentro de la cual reviste el agente.

Sup. Corte Bs. As., 20/4/1999, B. 55.872, "Pretto, Miguel Eugenio v. Municipalidad de La Matanza. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores de Lázari, Hitters, Pettigiani, Laborde, Pisano) (Voto del Dr. de Lázari).

"Por otra parte, el decreto en cuestión claramente indica que la denominada 'adscripción' fue de carácter provisorio y hasta tanto se dispusiere lo contrario (ver considerando y art. 1º del acto citado). Revocada la autorización para prestar servicios fuera de su sede habitual, el actor debió reintegrarse a sus funciones en forma inmediata. No obsta a ello la falta de notificación del decreto 386/1992 al Diputado

tal como para proceder a la cesantía del nombrado. Asimismo, debió extremar la exigencia de fundamentación, explicando por qué, si la supuesta conducta infractora era susceptible de dos sanciones —una correctiva y la otra expulsiva (cf. arts. 111 a 113, ord. cit.)— se la encuadró en la de mayor gravedad (cf. doct. causas B. 48.657, 'Iribarne'; 14/12/1984, B. 48.987, 'Linares'; y B. 48.901, B. 50.218, B. 53.483 citadas). En cambio —lejos de ponderar los antecedentes y circunstancias del caso y el comportamiento del empleado Espilman— el órgano decisor se limitó a averiguar quién era el presidente de la Junta de Disciplina (órgano asesor) para asignar doble valor a su voto y, de tal modo, no sólo desempatar el dictamen dividido sino repetir el criterio más severo resultante, dictando en igual fecha (1/2/1993) la resolución de cesantía cuestionada (v. fs. 71 y 72/74 exp. adm.)”.

34) La decisión adoptada se ajusta razonablemente a los hechos investigados, resultando ajustada la decisión de precisar el voto del presidente de la Junta de Disciplina para desempatar el dictamen por su doble valor.

Sup. Corte Bs. As., 16/12/1997, B. 55.191, “Espilman, Epifanio Héctor v. Municipalidad de Chivilcoy. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Negri, Hitters, Laborde, Pisano, Pettigiani, San Martín, Ghione, Salas, de Lazzari) (Voto Dr. Hitters —MA—).

“A mérito de lo expuesto y del análisis de los elementos probatorios agregados en autos, la actora no ha demostrado que se configure en el caso, el supuesto de arbitrariedad o irrazonabilidad en el ejercicio de la potestad disciplinaria que posibilite la revisión judicial de la medida disciplinaria aplicada por el órgano administrativo. Antes bien, interpreto que el acto de cesantía fue dictado en el marco de las previsiones de la ordenanza 2330/1986 (arts. 93, 113 inc. 5º, 172 y concordantes). Ello así por cuanto los hechos investigados —admitidos por el propio agente Espilman y corroborados en virtud de los testimonios recibidos en el sumario administrativo (cfr. fs. 38/43 y 46/51, exp. adm. cit.)—, se inscriben en la magnitud de la sanción contemplada por la citada normativa. Por lo demás, encuentro ajustada a ésta la averiguación practicada por el órgano decisor sobre quien era el presidente de la Junta de Disciplina (órgano asesor) a fin de asignar doble valor a su voto y posibilitar así el desempate del dictamen hasta entonces dividido”.

35) La exigencia de fundamentación para elegir entre una sanción correctiva y una expulsiva rige también cuando se desplaza una norma específica con una sanción menos grave por otra genérica.

Sup. Corte Bs. As., 16/12/1997, “Pintor, Ángel Alberto v. Provincia de Buenos Aires (Policía) s/d Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: Negri, Laborde, Hitters, San Martín, Ghione, Pisano, Salas, de Lazzari) (Voto del Dr. Negri —MA—).

Cuando una falta es susceptible de dos sanciones —una correctiva y otra expulsiva— y se aplica la más grave, la exigencia de fundamentación comprende la expresión de las razones que llevan al órgano a imponer esa medida más severa. El principio es igualmente aplicable cuando, como en el caso, al encuadrarse la conducta en una norma que contemple una figura genérica susceptible de sanción expulsiva, se desplaza la aplicación de otra norma que contiene una descripción específica del

hecho previendo una sanción menos grave. Mas en los actos mediante los cuales se aplicó la cesantía del actor, se omitió toda consideración al respecto.

36) La resolución del sumario determina el derecho al reintegro de salarios y no el levantamiento de la disponibilidad preventiva que es una medida de tipo cautelar.

Sup. Corte Bs. As., 14/7/1998, B. 51.616, "Pippo, Esteban Ramón v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Hitters, Laborde, Negri, Pettigiani, Salas, San Martín, Ghione, de Lázari, Pisano) (Voto Dr. Hitters —SD—).

"En efecto, el único sentido jurídico de la disponibilidad preventiva es de tipo cautelar: impedir que el agente preste servicios en tanto se resuelve su situación. Por tanto es una medida excepcional y, en principio, sólo puede decretarse por tiempo determinado (conf. arts. 82 y 85, decreto-ley 9550/1980 y 465 a 467, esp. 466 inc. 2º, decreto reglamentario 1675/1980).

"En ese orden de ideas, no es el levantamiento de la disponibilidad preventiva sino la resolución del sumario la que realmente determina el derecho al reintegro de los sueldos retenidos en su consecuencia (cf. art. 467 cit.). En efecto, tal levantamiento no importa adelantar juicio sobre tal resolución como tampoco derecho a dicho reintegro (en la inteligencia que la resolución fuere negativa para el personal afectado). A contrario, si fuere positiva (aun mediando una sanción menor, como en el caso) la resolución puede y debe disponer el reintegro de los sueldos retenidos. Refuerzan esta inferencia las facultades atribuidas al Jefe de Policía: a) por el art. 44 del decreto-ley 9550/1980, para dar por cumplida la suspensión de empleo dispuesta en cuanto al tiempo para su reintegro al servicio, con la disponibilidad preventiva que hubiere sufrido el causante (revelando que ésta puede ser igual o menor que la suspensión de empleo, nunca superior); b) por el art. 49 del citado cuerpo legal —mediando razones de servicio—, para disminuir o dejar sin efecto el cumplimiento de sanciones, entre ellas la suspensión de empleo cuando sea menor de cuarenta y cinco días una vez cumplida la cuarta parte de la misma.

"Concluyo en este punto: sería tan inequitativo como paradójico que —propias de un mismo sumario— la medida 'preventiva' durase más (casi dos años, en la especie) que la 'sancionatoria'".

37) La autoridad para la cual presta servicios bajo la modalidad de "adscripción" en otra dependencia resulta un tercero en la relación laboral entre la Administración dentro de la cual reviste el agente.

Sup. Corte Bs. As., 20/4/1999, B. 55.872, "Pretto, Miguel Eugenio v. Municipalidad de La Matanza. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores de Lázari, Hitters, Pettigiani, Laborde, Pisano) (Voto del Dr. de Lázari).

"Por otra parte, el decreto en cuestión claramente indica que la denominada 'adscripción' fue de carácter provisorio y hasta tanto se dispusiere lo contrario (ver considerando y art. 1º del acto citado). Revocada la autorización para prestar servicios fuera de su sede habitual, el actor debió reintegrarse a sus funciones en forma inmediata. No obsta a ello la falta de notificación del decreto 386/1992 al Diputado

do no existen constancias de que el proceder que se le imputa haya tenido por objeto obtener un beneficio particular.

”Y, sin perjuicio de tener presente que el dolor producido por la muerte de un familiar podría verse incrementado al advertir la ausencia de las ofrendas florales en el lugar de inhumación como sucedió en la especie, también cabe tener presente que la propia actividad de limpieza y mantenimiento y hasta la costumbre de dejar en condiciones el lugar los días viernes, como señalaron los testigos, para facilitar el acceso de los visitantes que en mayor medida concurren los fines de semana, no puede calificarse como una afrenta a la memoria del fallecido que justifique disponer una medida expulsiva de quien cumple precisamente con las pautas dadas para el desempeño de sus funciones”.

43) El comportamiento correcto y diligente debe ser acorde a su profesión y cargo.

Sup. Corte Bs. As., 25/10/1999, B. 50.082, “Pilomeno de Qüesta, Marta Susana v. Municipalidad de Morón. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Laborde, Negri, San Martín, Salas, Hitters, Ghione, Pisano, Pettigiani, de Lazzari) (Voto Dr. Laborde —MA—).

“Sobre tales bases entiendo que la demanda debe ser desestimada en cuanto la accionante no ha logrado demostrar (más allá de los testimonios vertidos sobre su correcto desempeño: fs. 92/94 de su cuaderno de pruebas arts. 25, CPCA; 375, CPCC) la existencia de una maniobra tendiente a desplazarla del cargo como aduce ni que los hechos acreditados evidencien como irrazonable la sanción impuesta. La cesantía se sustenta en las disposiciones de los arts. 60, inc. ‘a’ (‘los agentes deben cumplir estricta e ineludiblemente entre otras obligaciones la prestación de los servicios en forma regular y continua... de acuerdo con la naturaleza y necesidades de ellos, con toda su capacidad, dedicación, contracción al trabajo y diligencia, conducentes a su mejor desempeño y a la eficiencia de la Administración municipal’) y conc. 65, inc. 2º (que contempla la aplicación de la sanción de cesantía en el supuesto de ‘faltas reiteradas en el cumplimiento de sus tareas...’), ambos de la citada Ordenanza General 207.

”Tales preceptos resultan aplicables al comportamiento de la actora quien no guardó estrictamente los recaudos propios del procedimiento sumarial minimizando tales deficiencias en algunos casos e intentando justificar su inacción en la investigación en otros. El cumplimiento de sus obligaciones laborales no fue el correcto y diligente que es dable exigir a quien ostenta a la vez la condición de abogada e instructora de sumarios administrativos (doc. art. 902, CCiv.)”.

44) La decisión que dispone la separación de los agentes amparados con la garantía de estabilidad, sin cumplirse con el previo sumario, sin fundamentación que lo justifique, se encuentra viciada.

Sup. Corte Bs. As., 7/12/1999, B. 53.040, “Buján, Carlos Héctor v. Municipalidad de Tigre. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pisano, de Lazzari, Hitters, Pettigiani, Laborde) (Voto Dr. Pisano —SD—).

“Sin abrir juicio sobre la regularidad o no del ingreso a los planteles municipales del actor, pienso que en las condiciones en que ha sido vertido el planteo de la deman-

dada, éste no puede ser atendido como fundante de la legitimidad del obrar comunal. En efecto, esta Corte ha sostenido que los agentes municipales se encuentran amparados estatutariamente por normas que garantizan su estabilidad, motivo por el cual, si su separación (o cesantía) se produce sin cumplirse con la etapa obligatoria del previo sumario sin fundamentación que lo justifique, la decisión debe ser revocada (Acuerdos y Sentencias 1965555; 4/11/1969, B. 45.467; 18/2/1986, B. 48.384).

2. La potestad anulatoria de la Administración se halla necesariamente vinculada a la dilucidación de la regularidad del acto administrativo objeto de la misma (doct. arts. 5º, CPCA; 113, 114, 117, decreto-ley 7647/1970; causas 5/10/1993, B. 53.726, 'Lauria'; 30/10/1990, B. 49.638, 'Freidenberg', y las allí citadas), habiendo entendido que el vicio que torna al acto irregular sometiéndolo a la anulación oficiosa, radica en la afectación grave de todos o algunos de los elementos esenciales, entre los que se destaca el vicio grave en el contenido u objeto del acto, o en la causa del acto en tanto inexistencia de un presupuesto de hecho esencial para su validez (v. causa B. 49.638 y sus citas)".

45) La sanción de cesantía dictada sin esperar el vencimiento del plazo de intimación no viola el derecho de defensa al poder ser subsanada por su intervención en juicio pleno en sede judicial.

Sup. Corte Bs. As., 7/12/1999, B. 53.040, "Buján, Carlos Héctor v. Municipalidad de Tigre. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pisano, de Lázari, Hitters, Pettigiani, Laborde) (Voto Dr. Pisano —SD—).

"A partir de la reseña efectuada, surge que la Municipalidad de Tigre, hubo de dictar la sanción antes del vencimiento del plazo de intimación, dado al actor para su reintegro al servicio.

"Sin perjuicio de que la misiva que éste enviara a la accionada insistiendo en su padecimiento no fue ponderada o integró el acto administrativo sancionatorio, corresponde abordar el tratamiento de la cuestión sustancial de la presente controversia. Es decir el *thema decidendum* consiste en determinar si se ha configurado o no el abandono de servicio endilgado al señor Buján.

"2. A tal respecto diré que la competencia revisora en materia contencioso administrativa no se extiende a los procedimientos cumplidos en el ámbito administrativo, salvo circunstancias excepcionales (11/3/1997, B. 54.851, 'Solari' y sus remisiones) que se configuran cuando ha mediado un flagrante atentado al derecho de defensa determinado genéricamente por la comprobación de deficiencias insusceptibles de corregirse en la oportunidad que la actora tiene de defenderse, probar y alegar en juicio pleno ante el Tribunal (doc. prec. cit.).

"3. En el caso no se advierte la trascendencia de la omisión apuntada pues, a pesar de ello, la accionante tuvo oportunidad de articular al menos un recurso frente a la comuna, y de reponer dichas defensas para alegar y probar la inexistencia de los supuestos caracterizantes de la falta motivo de expulsión, en esta instancia contencioso administrativa".

46) No corresponde la solicitud de pedido de intervención de la Subsecretaría de Trabajo para evaluar su incapacidad por no estar reglado en el procedimiento estatutario municipal.

Sup. Corte Bs. As., 7/12/1999, B. 53.040, "Buján, Carlos Héctor v. Municipalidad de Tigre. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pisano, de Lázari, Hitters, Pettigiani, Laborde) (Voto Dr. Pisano —SD—).

“Por último, resulta insustancial el pedido de arbitraje del actor a la Subsecretaría de Trabajo provincial, con el fin de restar efectos a la intimación cursada, pues tal detalle no responde a un procedimiento reglado por la ordenanza 380/86, ni se inscribe en el marco del procedimiento seguido por la accionada”.

47) La no instrucción de sumario administrativo se encuentra justificada en el caso por el tipo de falta cometida.

Sup. Corte Bs. As., 7/12/1999, B. 53.040, "Buján, Carlos Héctor v. Municipalidad de Tigre. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pisano, de Lázari, Hitters, Pettigiani, Laborde) (Voto Dr. Pisano —SD—).

“Tampoco conmueve las conclusiones expuestas, la circunstancia de que la comuna no instruyera un sumario disciplinario, pues su sustanciación que ofrece al particular la posibilidad de formular descargo y probar en contrario la imputación resulta lógicamente vinculada a supuestos en que la falta disciplinaria no se verifique por la mera comprobación objetiva (6/5/1997, B. 54.743, ‘Quaglia’). Encontrándose objetivamente comprobada la falta disciplinaria, deviene estéril la sustanciación de sumario administrativo previo (causa B. 54.743 cit.)”.

48) El impulso de oficio en sede administrativa no se contrapone con la decisión de la Administración de no celebrar nuevas audiencias testimoniales por el fracaso de las notificaciones.

Sup. Corte Bs. As., 29/12/1999, B. 56.246, "Raimondi, Carlos Alberto v. Municipalidad de General Pueyrredón. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Hitters, Pettigiani, Laborde, Pisano, Ghione) (Voto Dr. Hitters —SD—).

“Si bien no cabe olvidar que en dicho ámbito el impulso instructorio es de oficio, no puede concluirse sin más que, ante el fracaso de las citaciones a los testigos propuestos por el actor, la negativa implícita a celebrar nuevas audiencias sea violatoria del debido proceso.

”Ello por cuanto, en primer lugar, la competencia revisora en materia contencioso administrativa, como ha señalado esta Corte, no se extiende a los trámites cumplidos en el ámbito de la Administración salvo circunstancias excepcionales que se configuran, genéricamente, por la comprobación de deficiencias insusceptibles de corregirse en la oportunidad que el actor tiene de defenderse y alegar ante el Tribunal (conc. entre muchas 23/12/1986, B. 48.969; 27/6/1989, B. 50.633; 30/4/1991, B. 50.789; 9/2/1993, B. 49.482)”.

49) De acuerdo con la reglamentación es válido el testimonio de un menor mayor de 12 años.

Sup. Corte Bs. As., 16/2/2000, B. 57.584, "De Santis, Benedicto v. Provincia de Buenos Aires (Consejo Provincial del Menor). Demanda contencioso administrativo" (Magistrados votantes: doctores Hitters, Pettigiani, Laborde, Pisano, de Lazzari) (Voto del Dr. Hitters —SD—).

“Por lo demás, la norma que reglamenta la tramitación de los sumarios habilita expresamente el testimonio de personas mayores de 12 años (art. 92, inc. 8°, ‘c’, ap. XL, del decreto 4161/1996). Por ello, la declaración que M. ha prestado ante la instrucción sumarial merece ser tenido en cuenta, porque la lógica contrapartida de la citación a declarar no puede ser otra que la de ponderar lo que de ello emerge”.

50) La gravedad de los hechos torna justificable no considerar los buenos antecedentes invocados por el interesado.

Sup. Corte Bs. As., 16/2/2000, B. 57.584, "De Santis, Benedicto v. Provincia de Buenos Aires (Consejo Provincial del Menor). Demanda contencioso administrativo" (Magistrados votantes: doctores Hitters, Pettigiani, Laborde, Pisano, de Lazzari) (Voto del Dr. Hitters —SD—).

“Tampoco obsta a la legalidad de la sanción aplicada la falta de consideración de los antecedentes invocados por el interesado, ya que dada la gravedad de los hechos resulta justificable que los buenos antecedentes, así como el respeto que el actor se ganó en la consideración de la comunidad, no hayan sido tenidos en cuenta como atenuantes. Y es que el primer deber de quien tiene a su cargo un instituto en el que se alojan menores que atraviesan situaciones tan penosas como las vividas por los internos M. y F. (ver al respecto las causas agregadas por cuerda a ésta) es velar por su integridad psíquica y física y cuidar que restauren las heridas sufridas, hasta la llegada del momento en que puedan volver junto a los suyos. Objetivos que no se cumplen si como forma de corregir la indisciplina de los mismos, los responsables de su cuidado optan por golpearlos. Nada justifica tal proceder ni puede atenuar el reproche que una conducta semejante merece”.

51) La responsabilidad penal y disciplinaria constituyen dos esferas de responsabilidad distintas.

Sup. Corte Bs. As., 16/2/2000, B. 51.897, "Parra de Presto, Stella Maris v. Municipalidad de Escobar. Suspensión preventiva en sumario disciplinario y cesantía. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Laborde, Pisano, Ghione, de Lazzari, Hitters, Pettigiani) (Voto del Dr. Laborde —SD—).

“b) La responsabilidad penal y la disciplinaria constituyen dos esferas de responsabilidad distintas y no existe *a priori* ningún impedimento en considerar que una misma conducta no merece reproche desde el punto de vista penal pero sí en el marco en el que se juzga la conducta de un empleado público, puesto que en el ámbito administrativo se lo hace a través de un prisma distinto, el de la responsabilidad disciplinaria, prevista y reglada en las normas estatutarias que rigen la relación de empleo público. De allí que, en este caso, la sentencia absolutoria dictada en sede penal que tuvo por demostrado el hecho que dio motivo a la sanción no resulte vin-

culante para la Administración (art. 88, Ord. Gral. 207; doctr. Acuerdos y Sentencias 1985-III-581 y 1990-IV-613, entre otros precedentes)”.

52) El deber de obediencia no rige respecto de las órdenes manifiestamente ilícitas.

Sup. Corte Bs. As., 16/2/2000, B. 51.897, “Parra de Presto, Stella Maris v. Municipalidad de Escobar. Suspensión preventiva en sumario disciplinario y cesantía. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Laborde, Pisano, Ghione, de Lazzari, Hitters, Pettigiani) (Voto del Dr. Laborde —SD—).

“c) De ningún modo puede la actora ampararse en el deber de obediencia puesto que, como acertadamente ha señalado la doctrina y específicamente está normado en la ordenanza aplicable al caso, las órdenes emanadas de un superior jerárquico que el agente tiene obligación de cumplir son aquellas que no sean manifiestamente ilícitas. Y en caso de recibir una orden de esta naturaleza su obligación estriba en denunciar el hecho ante las autoridades competentes, dado que el deber de obediencia jerárquica tiene carácter específicamente administrativo y la orden ilícita o delictiva no es orden jerárquica (Ord. Gral. 207, art. 60 inc. ‘a’, ap. 3; ver FIORINI, Bartolomé, *Manual de Derecho administrativo*, t. I, ps. 573 y ss.). En el supuesto de autos, resulta indudable que la orden de insertar en los asientos contables de la Municipalidad una suma menor a la efectivamente ingresada es ostensiblemente ilegítima y, como tal, su ilicitud debió ser advertida por la señora de Presto, quien al momento del hecho desempeñaba un cargo para cuyo desempeño se requiere, como mínimo, la idoneidad necesaria como para efectuar la pertinente distinción entre lo que es lícito e ilícito (arts. 16, Const. Nac.; 103 inc. 12, Const. prov.)”.

53) El procedimiento disciplinario que viola el derecho de defensa es nulo. Se transgredió esta garantía al tomarle declaración bajo juramento de decir verdad a la agente sumariada.

Sup. Corte Bs. As., 16/2/2000, B. 51.897, “Parra de Presto, Stella Maris v. Municipalidad de Escobar. Suspensión preventiva en sumario disciplinario y cesantía. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Laborde, Pisano, Ghione, de Lazzari, Hitters, Pettigiani) (Voto del Dr. Laborde —SD—).

“d) Ahora bien, no obstante todo ello, en el procedimiento administrativo seguido en este caso no se ha respetado, siquiera mínimamente, el derecho de defensa de la accionante.

”La actora y sus compañeras de oficina presentaron la nota que inició el procedimiento el día 9/8/1982 (fs. 1, expte. adm.). El 27 de ese mismo mes y año el Intendente Municipal resolvió suspender por tiempo indeterminado a la señora Parra (fs. 32, exp. cit.). Luego se agregó su legajo personal e inmediatamente se procedió a tomarle declaración. Aquí se materializa el primer menoscabo de la garantía de la defensa: la demandante había sido suspendida preventivamente, lo que importa que se encontraba sumariada cuando se la citó a prestar declaración en rigor, en este caso la Municipalidad la ‘invitó a concurrir a la oficina de Asesoría Legal sin especificar el motivo’ (fs. 59, expte. adm.), no obstante lo cual se la interrogó bajo juramento de decir verdad (fs. 64, expte. adm.), hecho que viola el más elemental principio en esta

materia, cual es que nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo (arts. 18, Const. Nac.; 29, Const. prov.).

”Esa declaración, que por lo señalado es absolutamente nula, es la única prueba en la que se basó el decreto por el que se declaró cesante a la actora. Si se examina el expediente administrativo, se advierte que no se dio cumplimiento a ninguna de las disposiciones de la Ordenanza General 207: no se ordenó instruir el sumario (art. 73); no se designó instructor sumariante (art. 75); finalizada la prueba de cargo, no se dio vista a la inculpada para que efectúe su defensa y proponga las medidas de prueba pertinentes (art. 76); tampoco se dio traslado a la sumariada para que alegue sobre el mérito de las actuaciones, una vez concluidas (art. 76). En suma: puede afirmarse que no se instruyó, en verdad, un sumario administrativo”.

54) No corresponde aplicar el procedimiento para conflictos individuales cuando se trata de un conflicto colectivo.

Sup. Corte Bs. As., 22/3/2000, B. 52.931, “Rocha, Laurindo Darío v. Municipalidad de Esteban Echeverría. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Negri, Laborde, Pisano, Salas, Ghione, Hitters, Pettigiani, de Lazzari) (Voto del Dr. Negri —MA—).

“En esas condiciones, cobra operatividad la doctrina que establece que la huelga es un derecho constitucional que no causa la ruptura del contrato de trabajo sino que suspende alguno de sus efectos, cualidad que determina que el empleador se vea obligado, mientras se ejercite legalmente, a mantener indemne la relación en el caso de empleo público y por lo tanto no puede obligarse en tal supuesto a los que ejercen tal derecho a que acaten los requerimientos del empleador a que retornen a sus tareas que cumplan con la efectiva prestación del contrato (conf. doct. 22/12/1987, L. 38.010, Acuerdos y Sentencias 1987-V-423; 22/12/1987, L. 38.127, Acuerdos y Sentencias 1987-V-423).

”Es por ello que no pudo el Municipio demandado aplicar el art. 99 del Estatuto Escalafón al agente Rocha porque dicha norma opera en el supuesto de los conflictos individuales y no cuando como sucede en la causa se trata de un conflicto colectivo cuyos efectos en la relación de empleo son como se vio diferentes. Por consecuencia, atento que el actor notificó a la Municipalidad el motivo de sus ausencias en ejercicio del derecho de huelga el que no fue negado por la comuna demandada no se configuró el abandono del cargo con arreglo a lo dispuesto por el Estatuto para los empleados de Esteban Echeverría (art. 94 inc. 1º, conc. art. 99)”.

55) El abandono de trabajo se configura cuando no medie justificación alguna, no cuando el trabajador expresa motivos que a su parecer son justificados anoticiando al principal.

Sup. Corte Bs. As., 22/3/2000, B. 52.931, “Rocha, Laurindo Darío v. Municipalidad de Esteban Echeverría. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Negri, Laborde, Pisano, Salas, Ghione, Hitters, Pettigiani, de Lazzari) (Voto del Dr. Negri —MA—).

“Desde otro punto de vista, cabe señalar que la solución que propugno encuentra sustento también en la doctrina del Tribunal que pondera la eficacia de la consti-

tución en mora impuesta al empleador con carácter previo a la rescisión del vínculo por abandono de servicio y no cabe distinguir cuando se trate de empleo público en directa relación con la posibilidad del empleado de expedirse sobre las razones o causas que pudiera tener para no concurrir a prestar sus tareas (doct. causas L. 35.327; L. 37.003; L. 44.506; entre otras). En esa inteligencia se ha dicho que la cesantía por abandono de trabajo se configura con la actitud del dependiente que sin motivo deja de concurrir al empleo con el propósito expreso o presunto de no cumplir en lo sucesivo con su prestación de servicios, sin que medie justificación alguna (conf. causa L. 43.045); razón por la cual no se puede concluir en la existencia de tal abandono a trabajar porque tenía motivos a su parecer justificados para no hacerlo y el principal estaba anoticiado de ello al disponer la cesantía (conf. causa L. 50.303)".

56) La dispensa del procedimiento sumarial es excepcional y deben darse los requisitos esenciales para ello.

Sup. Corte Bs. As., 22/3/2000, B. 52.931, "Rocha, Laurindo Darío v. Municipalidad de Esteban Echeverría. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Negri, Laborde, Pisano, Salas, Ghione, Hitters, Pettigiani, de Lazzari) (Voto del Dr. Laborde —OP—).

"Ello así por cuanto, impuesto el sumario previo como regla general (conf. art. 96, Estatuto municipal cit., conc. art. 68, Ord. Gral. 207), la dispensa del mismo, de suyo excepcional, no autoriza al dictado de actos que no reúnan los requisitos esenciales al efecto, entre los que se cuenta la ausencia de justificación alguna por parte del agente tanto del presunto abandono del cargo como de las inasistencias en cuestión (6/8/1996, B. 53.483, 'Gómez', y sus citas)".

57) No puede obviarse el sumario cuando el agente presenta justificación dentro del plazo de intimación previsto en el art. 85 de la Ley de Empleo Público.

Sup. Corte Bs. As., 4/4/2000, B. 59.013, "Meza, Pablo Estanislao v. Provincia de Bs. As. (Consejo del Menor y la Flia.). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Hitters, Pisano, Negri, San Martín, Pettigiani, de Lazzari, Salas, Ghione) (Voto Dr. Hitters).

"La dispensa de la sustanciación del sumario administrativo en la aplicación de cesantía prevista en el art. 85 antes citado, sólo procede cuando, notificado el agente del reproche que se le formula esto es hallarse incurso en abandono de cargo no justifica dentro de las cuarenta y ocho horas la falta de aviso previo de sus inasistencias. Mas no, como en el caso, cuando la autoridad desconoce la justificación del actor. Ello así por cuanto, impuesto el sumario previo como regla general, la dispensa del mismo, de suyo excepcional, no autoriza al dictado de actos que no reúnen los requisitos esenciales al efecto, entre los que se cuenta la posibilidad del agente de poder explicar su comportamiento, en un todo de acuerdo con la doctrina del tribunal que pondera la eficacia de la constitución en mora impuesta al empleador con carácter previo a la rescisión del vínculo laboral por abandono de servicio, en directa relación con la posibilidad del empleado de expedirse sobre las razones o causas que pudiera tener para no concurrir a cumplir con sus tareas (doc. 4/8/1998, B. 53.139, 'Barrios'; 20/4/1999, B. 52.937, 'Gualati')".

58) La cesantía por abandono de trabajo se produce cuando el agente deja de concurrir con el propósito de no cumplir con sus tareas sin justificación alguna.

Sup. Corte Bs. As., 4/4/2000, B. 59.013, "Meza, Pablo Estanislao v. Provincia de Bs. As. (Consejo del Menor y la Flia.). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Hitters, Pisano, Negri, San Martín, Pettigiani, de Lazzari, Salas, Ghione) (Voto Dr. Hitters).

"En esa inteligencia se ha dicho que la cesantía por abandono de trabajo se configura con la actitud del dependiente que sin motivo deja de concurrir al empleo con el propósito expreso o presunto de no cumplir en lo sucesivo con su prestación de servicios, sin que medie justificación alguna (30/4/1996, B. 54.086, 'Pourtalé')".

59) La formación universitaria y la condición de jefe de guardia de un hospital público imponen al agente máxima cautela y responsabilidad en la adopción de determinadas conductas.

Sup. Corte Bs. As., 5/4/2000, B. 56.456, "López, Horacio Guillermo v. Municipalidad de Ensenada. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pisano, Ghione, de Lazzari, Hitters, Laborde) (Voto Dr. Pisano —SD—).

"Cierto es que la formación universitaria y la condición de jefe de guardia de un hospital público imponían correlativamente al agente máxima cautela y responsabilidad en la adopción de determinadas conductas (cf. art. 12, ley 10.471, Carrera Profesional Hospitalaria: 'Entiéndase por función de nivel de jefe de guardia aquella que resulta de organizar y administrar las actividades que se cumplen en forma ininterrumpida para la atención de emergencia') y, por ende, una estimación más estricta si cabe de sus responsabilidades disciplinarias por la autoridad administrativa al juzgarlas (doct. art. 902, CCiv.). Pero, también lo es que su comportamiento se enderezó a poner en conocimiento del problema familiar a su superior y a lograr autorización para retirarse, así como a delegar su cometido durante el lapso que demandara su ausencia".

60) La elección de una medida más gravosa frente a dos opciones exige especificar los motivos de esta decisión.

Sup. Corte Bs. As., 5/4/2000, B. 56.456, "López, Horacio Guillermo v. Municipalidad de Ensenada. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pisano, Ghione, de Lazzari, Hitters, Laborde) (Voto Dr. Pisano —SD—).

"En ese contexto la medida expulsiva dictada parece por lo menos excesiva. El órgano decisor debió especificar en todo caso cuáles fueron los motivos para atribuir a tales hechos una magnitud tal como para proceder a la cesantía del agente. Asimismo, debió extremar la exigencia de fundamentación, explicando por qué, si la supuesta conducta infractora era susceptible de dos sanciones una correctiva y la otra expulsiva (arts. 70, inc. 3° y 71 inc. 1°, ley 10.430) se la encuadró en la de mayor gravedad (doct. 14/9/1982, B. 48.657, 'Iribarne'; B. 48.952, 'Gianotti', cit.; 14/12/1984, B. 48.987, 'Linares'; 24/4/1987, B. 48.901, 'Ortiz'; 28/2/1995, B. 50.218, 'Pereyra', por mayoría)".

61) El director del hospital no puede obligar a un profesional a realizar una práctica médica si éste afirma que no están dadas las condiciones, estando en su derecho de desobedecer la orden impartida.

Sup. Corte Bs. As., 5/4/2000, B. 56.758, "Neustadt, Enrique Germán v. Municipalidad de General Alvarado. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Hitters, Pettigiani, Laborde, Pisano, Ghione, de Lazzari, Salas, Negri) (Voto del Dr. Hitters).

"Frente a ello, si el cargo consistente en incumplimiento de órdenes impartidas por sus superiores se refiere a una orden de practicar la anestesia (circunstancia que se deduce de lo actuado a fs. 4, orden de instrucción del sumario de fs. 6 de las act. adm.) está claro en primer lugar que no hubo una negativa a ello, sino la postergación hasta que se contara con los estudios solicitados. Dada la índole de la cuestión está claro que ni aun el Director del Hospital puede obligar a un profesional a realizar una práctica médica para la que éste afirma que no están dadas las condiciones. Si el objeto de la evaluación prequirúrgica es la reducción de los riesgos de morbilidad asociados con una cirugía (ver informe remitido por la Federación Argentina de Asociaciones de Anestesiología, fs. 212 de la causa) y la situación de la paciente presentaba riesgos conforme lo expuesto en la pericia médica y lo declarado por el médico Carranza, está claro que el actor obró con prudencia al no practicar la anestesia y, entiendo, estaba en su derecho de 'desobedecer' la orden impartida".

62) El pronunciamiento en sede administrativa debe distinguirse del dictado en sede penal en caso de sobreseimiento o absolución.

Sup. Corte Bs. As., 17/5/2000, B. 57.618, "Makaruk, Elena v. Provincia de Buenos Aires (Dirección General de Cultura y Educación). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pisano, Hitters, de Lazzari, Laborde, Ghione) (Voto del Dr. Pisano —SD—).

"En primer lugar abordaré la incidencia en el caso del sobreseimiento dictado en sede criminal alegado por la actora y el recaído en el sumario investigativo. En efecto, este Tribunal ha distinguido el pronunciamiento administrativo del dictado en el ámbito penal, en los casos de sobreseimiento o absolución, ya que los fueros administrativos y el judicial tutelan bienes jurídicos de diferente naturaleza (27/9/1988, B. 48.954, 'Chau'; Acuerdos y Sentencias 1988-III-79). Dicha doctrina atiende a las diferencias existentes entre las responsabilidades comprometidas, consagrando una absoluta independencia en el juzgamiento de la conducta de un funcionario en sede administrativa, con respecto a la valoración que podría merecer dentro de otros ordenamientos jurídicos. Los elementos de convicción que bastan para imponer una sanción disciplinaria, dentro de la potestad propia del poder administrador, difieren respecto del grado de prueba indispensable para condenar en sede penal por un delito (19/4/1988, B. 49.364, 'Horvitz'). Con tal motivo, aunque juzgados los actos ante la jurisdicción penal o civil, puedan suponerse improbados, atípicos o irrelevantes, ello de ningún modo obliga a pareja solución en jurisdicción administrativa (25/4/1989, B. 48.633, 'Greco'; 30/10/1990, B. 51.793, 'Destasio'; 20/11/1985, B. 48.985, 'Morales')".

63) El órgano decisor debe fundar por qué eligió entre una sanción correctiva y expulsiva, esta última.

Sup. Corte Bs. As., 17/5/2000, B. 57.618, "Makaruk, Elena v. Provincia de Buenos Aires (Dirección General de Cultura y Educación). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pisano, Hitters, de Lazzari, Laborde, Ghione) (Voto del Dr. Pisano —SD—).

"La ilegitimidad de su ejercicio quedó configurada toda vez que los actos impugnados se apartaron de los datos causales documentados en el expediente, en especial, los referidos en el punto anterior tendientes a justificar la imposibilidad de producirse la incompatibilidad horaria de los cargos en ejercicio con aquel que renunciara la actora o respecto del cual se hallaba en uso de licencia. Ello cuanto más, desde que el Tribunal de Disciplina ha determinado la incompatibilidad horaria motivo de la sanción en exceso a los cargos docentes tenidos en cuenta por la Instrucción al tiempo de formular la imputación. 4. En ese contexto la medida expulsiva dictada parece por lo menos excesiva. El órgano decisor debió especificar en todo caso cuáles fueron los motivos para atribuir a tales hechos una magnitud tal como para proceder a la cesantía de la docente. Asimismo, debió extremar la exigencia de fundamentación, explicando por qué, si la supuesta conducta infractora era susceptible de diversas sanciones correctivas o expulsivas (cf. art. 132 ap. II d, e, f, g y h) se la encuadró en la de mayor gravedad (cf. doct. causas B. 48.657, 'Iribarne'; B. 48.952, 'Gianotti'; 14/12/1984, 48.987, 'Linares'; 24/4/1987, B. 48.901, 'Ortiz'; 28/2/1995, B. 50.218, 'Pereyra', por mayoría)".

64) Si la extinción del vínculo fue por el ejercicio de la potestad disciplinaria cabe tratar esta impugnación prioritariamente y no el planteo respecto de la forma de acceso al cargo que detentaba el agente.

Sup. Corte Bs. As., 6/6/2000, B. 51.624, "Gemetti, Luis v. Municipalidad de Lomas de Zamora. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Negri, de Lazzari, Pisano, Hitters, San Martín) (Voto Dr. Negri —SD—).

"La invocación de la norma estatutaria en el acto de cese impugnado en esta causa desplaza la argumentación traída al contestar la demanda en el sentido de que Gemetti fue designado en calidad de 'interino' en razón de que no accedió a su situación de agente público por la categoría inicial del agrupamiento administrativo pertinente.

"La circunstancia de que el cese se haya dispuesto con la invocación de una causal prevista para los empleados con situación estatutaria obliga al tratamiento prioritario de la impugnación específica, sin perjuicio de la argumentación apuntada con sustento en el modo de acceso de Gemetti al cargo (doctr. 28/6/1988, B. 50.577; 25/10/1988, B. 50.484; 17/9/1991, B. 52.700, sus citas y concordantes)".

65) Los procedimientos de excepción al sumario deben cumplir con un procedimiento previo mínimo indispensable.

Sup. Corte Bs. As., 6/6/2000, B. 51.624, "Gemetti, Luis v. Municipalidad de Lomas de Zamora. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Negri, de Lazzari, Pisano, Hitters, San Martín) (Voto Dr. Negri —SD—).

“El Tribunal se ha expresado sobre la juridicidad de normas de este tipo en cuanto autorizan la cesantía de empleados con estabilidad exceptuando la sustanciación del procedimiento sumarial disciplinario sentado como principio, en virtud de la especial configuración de la falta que le sirve de antecedente (doctr. 18/2/1986, B. 48.821, ‘Bailheres’ y sus citas), aunque exigiendo como lo pretende el accionante en el caso el cumplimiento de un procedimiento previo mínimo indispensable que implica el modo de encausar la exteriorización de la actividad del órgano (24/7/1984, B. 49.109, ‘Klygo’, DJBA 127-121) y que en otros regímenes se configura esencialmente con la previa intimación de reintegro a la funciones (12/5/1992, B. 50.252, ‘Coronel’), no exigida en el que nos ocupa”.

66) El procedimiento para sancionar el abandono de servicio sin causa justificada es una excepción válida respecto del procedimiento sumarial general.

Sup. Corte Bs. As., 6/6/2000, B. 51.624, “Gemetti, Luis v. Municipalidad de Lomas de Zamora. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Negri, de Lazzari, Pisano, Hitters, San Martín) (Voto Dr. Negri —SD—).

“Desde ya, con lo que llevo dicho, desestimo la argumentación actora referida a su interpretación del art. 65 de la Ordenanza aplicable al caso (fs. 21 vta. y 22). La circunstancia de que el abandono del servicio sin causa justificada esté enunciada como falta en general en el inc. 1º del art. 65 y que su correlación con el art. 68 indique que, por principio, corresponde para su aplicación la sustanciación de sumario, no impide la aplicación prioritaria del art. 66 en su primera parte en cuanto es una disposición específica y cuyo carácter de excepción a la regla se confirma por la ratificación expresa de ello en el mismo art. 68. El incurrir en tres inasistencias consecutivas sin previo aviso es uno de los supuestos de configuración de la falta tipificada en el art. 65 inc. 1º que, por ende, puede comprender muchos supuestos más”.

67) Rige en el procedimiento disciplinario el principio *non bis in idem* dentro de su propia esfera.

Sup. Corte Bs. As., 14/11/2000, B. 54.043, “Yampolsky, Daniel Alfredo v. Municipalidad de Ensenada. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Laborde, Negri, Pisano, Pettigiani, Ghione, Salas, Hitters, de Lazzari, San Martín) (Voto Dr. Laborde —SD—).

“No resulta necesario empero abordar sus agravios acerca de la falta de intervención previa de la Junta de Disciplina ni la incidencia de dicha omisión en la cesantía dispuesta. Tampoco los relacionados con la contradictoria expresión del art. 112 del Estatuto para el Personal Municipal, que establece la independencia de la sustanciación del sumario y la aplicación de sanciones administrativas respecto de la causa criminal y que ‘no podrá dictarse resolución en sede administrativa’. Resulta bastante, a mi juicio, observar que el procedimiento seguido quebrantó la regla *non bis in idem* (explicitado asimismo por el aforismo latino *nemo debet bis vexari pro una et eadem causa*: nadie debe ser castigado dos veces por una misma causa), de raigambre constitucional (doc. art. 29, Const. prov.) y desde ya aplicable al procedimiento administrativo disciplinario, pues, una misma conducta, la del señor

Daniel Alfredo Yampolsky en la especie, fue juzgada dos veces dentro de la misma esfera jurisdiccional (doct. 24/11/1992, causas B. 49.330, 'Alonso' y 30/9/1997, B. 52.530, 'Freiberg'; a contrario, 24/7/1979, 47.835, 'Piñero' y 24/10/1995, B. 55.062, 'Díaz').

"Como no es difícil apreciar, tanto la suspensión impuesta por el decreto 209/1990 así como la cesantía dispuesta por su similar 574/1991 sancionaron con distinta severidad la misma conducta del señor Yampolsky a través de los hechos investigados, los que originaran la denuncia de la Juez de Faltas de la comuna y el sumario instruido, así como la causa penal en trámite".

68) El principio *non bis in idem* es extensivo a quien es sometido a un nuevo procedimiento o juicio por el mismo hecho.

Sup. Corte Bs. As., 14/11/2000, B. 54.043, "Yampolsky, Daniel Alfredo v. Municipalidad de Ensenada. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Laborde, Negri, Pisano, Pettigiani, Ghione, Salas, Hitters, de Lazzari, San Martín) (Voto Dr. Laborde —SD—).

"Otra grave irregularidad se desprende de la circunstancia de que la medida aquí impugnada se dispuso *inaudita pars* en claro menoscabo de la garantía de defensa en juicio (art. 10, Const. cit.).

"Según ha resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la garantía del *non bis in idem* no sólo veda la aplicación de la segunda pena por un mismo hecho ya penado, sino también la exposición al riesgo de que ello ocurra mediante un nuevo sometimiento a juicio de quien ya lo ha sufrido por el mismo hecho (Fallos 229:221; 315:2680, consid. 4; recientemente, 15/10/1998, 'Polak', JA 1999-I-334)".

69) Las desprolijidades del procedimiento sumarial no importan su nulidad si no se violó el derecho de defensa del agente.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2000, B. 50.101, "Spina, Domingo Vicente v. Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Hitters, Pettigiani, Hortel, Dellepiane, Alerito) (Voto del Dr. Hitters —SD—).

"A los fines de resolver la controversia planteada he de referirme, en primer lugar, al procedimiento seguido por el Jefe del Cuerpo de Inspección de este Tribunal, que muestra ciertas desprolijidades.

"El hecho de haber calificado la falta como el delito tipificado en el art. 256 del Código Penal, la detención de Spina en la delegación de Policía del Palacio de Tribunales, la realización de un procedimiento que luego de practicado se comunica al señor Presidente, son algunas de aquellas.

"Sin embargo, ello por sí solo no da lugar a la nulidad de las actuaciones, desde que —intervención del señor Procurador General mediante— se estuvo al derecho de defensa del agente".

70) Los vicios de procedimiento pueden corregirse en sede judicial salvo que se atente de manera irreparable contra el derecho de defensa o cuando del examen de las pruebas producidas y denegadas en sede administrativa surjan elementos cuya omisión haya menoscabado la recta apreciación de hechos en ejercicio de facultades discrecionales insusceptibles de revisión judicial plena.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2000, B. 50.101, "Spina, Domingo Vicente v. Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Hitters, Pettigiani, Hortel, Dellepiane, Alerito) (Voto del Dr. Hitters —SD—).

“Los vicios de procedimiento no constituyen por sí argumentos suficientes para la anulación del acto, ya que las supuestas irregularidades no operan sin más como circunstancias constitutivas de una lesión irreparable al derecho de defensa, toda vez que el afectado posee la vía del juicio pleno contencioso para ejercitarlo con amplitud (conf. doctr. 22/4/1997, B. 53.625, ‘Marello’).

”Ello desde que tales vicios en el ámbito administrativo están en principio excluidos de la competencia de esta Corte, en tanto pueden corregirse mediante la oportunidad que el afectado tiene de defenderse, probar y alegar en juicio pleno ante el tribunal, principio que ha recibido excepción en los siguientes casos: a) cuando con violación de principios o normas claras, se haya configurado un atentado irreparable al derecho de defensa; b) cuando del examen de las pruebas producidas en el juicio y denegadas por autoridad administrativa surjan elementos cuya omisión haya menoscabado la recta apreciación de los hechos por parte de ésta en el ejercicio de facultades discrecionales insusceptibles de revisión judicial plena (conf. 24/7/1984, B. 49.109, ‘Klygo’; 19/6/1984, B. 48.976, ‘Fernández’; 23/6/1987, B. 49.131, ‘Parente’; 31/7/1990, B. 48.689, ‘Soto’; 30/7/1991, B. 51.977, ‘Ghys’; 9/2/1993, B. 52.219, ‘López’; 8/8/1996, B. 55.704, ‘Mastandrea’; 11/3/1997, B. 54.851, ‘Solari’).”

71) La interpretación de los hechos determinantes del sumario ha sido razonable conforme al sistema de valoración de la prueba “de las libres convicciones razonadas”.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2000, B. 50.101, "Spina, Domingo Vicente v. Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Hitters, Pettigiani, Hortel, Dellepiane, Alerito) (Voto del Dr. Hitters —SD—).

“En efecto, si bien en instancia administrativa los hechos determinantes del sumario instruido fueron apreciados mediante el sistema de valoración de la prueba denominado ‘de las libres convicciones razonadas’, en el caso no se ha acreditado la irrazonabilidad de que tal apreciación o que la misma lo haya sido en forma fragmentaria.

”El contenido de la decisión administrativa impugnada resulta de la combinación del dictamen del Procurador General de fs. 81 y 89, la resolución 1317 del Tribunal (fs. 86/87, exp. adm.) y su confirmatoria 1584 (fs. 97, expte. adm.). Tales actos se basan en los hechos sustanciados en el sumario administrativo que no fueron desvirtuados en esta Sede por prueba en contrario, y tal conclusión ha de sellar definitivamente la suerte de la demanda”.

72) Es independiente el juzgamiento en sede administrativa respecto de la decisión adoptada en sede penal.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2000, B. 50.101, "Spina, Domingo Vicente v. Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Hitters, Pettigiani, Hortel, Dellepiane, Alerito) (Voto del Dr. Hitters —SD—).

"3. Para dar acabado tratamiento al asunto y en procura de una debida justicia del caso, no puedo dejar de referirme a lo atinente a la sentencia dictada por los señores jueces de la Sala Segunda de la Cámara Tercera de Apelación en lo Penal del Departamento Judicial de La Plata (fs. 122/129, expte. jud.). Tal decisorio absolvió de responsabilidad criminal al señor Spina por la imputación del delito de cohecho, situación motivo del inicio de ambas investigaciones: penal y administrativa.

"El debido examen del fallo apuntado pone de relieve una situación de duda que fue resuelta con la utilización del criterio previsto por el art. 443 del Código Penal. Mas tales conclusiones no pueden enervar la responsabilidad administrativa del agente Spina, atento la absoluta independencia en el juzgamiento de la conducta de un funcionario en este ámbito, con respecto a la valoración que podría merecer dentro de otros ordenamientos jurídicos. Los elementos de convicción que bastan para imponer una sanción disciplinaria, dentro de la potestad propia del poder administrador, difieren —reitero— respecto del grado de prueba indispensable para condenar en sede penal por un delito (19/4/1988, B. 49.364, 'Horvitz').

"Con tal motivo, aunque juzgados los actos ante la jurisdicción penal o civil, puedan suponerse improbados, atípicos o irrelevantes, ello de ningún modo obliga a pareja solución en jurisdicción administrativa (25/4/1989, B. 48.633, 'Greco'; 30/10/1990, B. 51.793, 'Destasio'; 20/11/1985, B. 48.985, 'Morales')".

73) El proceder del agente justificó objetivamente la desconfianza de sus superiores y configuró una falta que afectó el prestigio de la institución.

Sup. Corte Bs. As., 27/12/2000, B. 50.101, "Spina, Domingo Vicente v. Provincia de Buenos Aires (Poder Judicial). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Hitters, Pettigiani, Hortel, Dellepiane, Alerito) (Voto del Dr. Hitters —SD—).

"La particular naturaleza del servicio prestado que impone el estricto cumplimiento de las funciones asignadas, en el tiempo y forma expresamente regulados, determina que, en tanto el proceder del agente sea susceptible objetivamente de justificar la desconfianza de sus superiores, se configura una falta que afecta el prestigio de la institución involucrada, por lo cual la sanción aplicada a Spina se formalizó mediante una razonable aplicación de las normas estatutarias vigentes, por lo que la decisión no puede clasificarse de manifiestamente arbitraria.

"La reseña de la conducta seguida por el actor, acompañada con consideraciones idóneas para que, atendidas las circunstancias del caso, se haya considerado que el señor Spina excedió los límites de sus funciones incurriendo en una inconducta notoria que importa ausencia de dignidad, es demostrativo de la configuración de causa suficiente en el acto que dispuso su cese".

74) El motivo de la extinción de la relación no fue la prescindibilidad invocada sino la nota de censura acerca de su conducta como agente.

Sup. Corte Bs. As., 9/5/2001, B. 55.537, "Buceta, Mario César v. Municipalidad de Lincoln. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Hitters, Negri, de Lazzari, Pisano) (Voto del Dr. Pettigiani —SD—).

“Asimismo, el decreto 1113 alude a la conducta del profesional que podría perjudicar la seriedad e imagen tanto del hospital como de su personal por lo cual surge evidente que aquel acto ha implicado una descalificación de la conducta del actor, utilizando para fundar su decisión la ley 11.184 cuyo fin es totalmente diverso. Resulta evidente que, aunque se invoque la ley 11.184 y los objetivos tenidos en mira por ésta en punto a la optimización del servicio y la jerarquización de la función pública, lo cierto es que a través de lo actuado y aun explicitado en el decreto 1113 la causa de la prescindibilidad demuestra estar alejada de aquellas metas desde que ha habido un claro comportamiento de la Administración tendiente a excluir al actor en resguardo de la ‘imagen y seriedad del hospital’, motivo éste que arroja una nota de censura acerca de su conducta como agente”.

75) La prescindibilidad importó una sanción de cesantía encubierta.

Sup. Corte Bs. As., 9/5/2001, B. 55.537, "Buceta, Mario César v. Municipalidad de Lincoln. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Hitters, Negri, de Lazzari, Pisano) (Voto del Dr. Pettigiani —SD—).

“La prescindibilidad decretada en contra del actor implica una desviación de la finalidad tenida en mira por aquella norma importando la decisión una sanción de cesantía encubierta (conf. DJBA 126-16).

”Es indudable que, como señala el actor, la Administración debió continuar el trámite del sumario administrativo para disponer en consecuencia y no acudir a una disposición legal que nada tiene que ver con el derecho disciplinario administrativo”.

76) La anulación del acto que dispuso la prescindibilidad exige ordenar a la Administración que resuelva el sumario administrativo.

Sup. Corte Bs. As., 9/5/2001, B. 55.537, "Buceta, Mario César v. Municipalidad de Lincoln. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Hitters, Negri, de Lazzari, Pisano) (Voto del Dr. Pettigiani —SD—).

“Conforme lo antes expuesto considero que corresponde anular el decreto 1113 al disponer la prescindibilidad del actor fundada en motivos ajenos a los establecidos en esa norma y ordenar a la Administración comunal un expreso pronunciamiento en el sumario incoado al doctor Buceta a fin de dilucidar la situación de hecho en que ha colocado al actor a partir de la omisión de tramitar y resolver el sumario administrativo, sin que ello importe pronunciamiento sobre la configuración de los hechos alegados por las partes sobre cuya base deberá resolverse aquél”.

77) La interpretación de la Administración en perjuicio del agente sin considerar la posterior subsanación anterior al auto de imputación evidencia exceso de punición.

Sup. Corte Bs. As., 9/5/2001, B. 58.590, "Lommo, Gabriel v. Municipalidad de Patagonas. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Negri, Laborde, Ghione, de Lazzari, Hitters, Pisano, San Martín, Salas, Pettigiani) (Voto del Dr. Negri).

"A mi juicio, y a la luz del panorama descripto, el hecho imputado al accionante carece de la relevancia que se le asignó como causa eficiente para la aplicación de una medida extrema que implica la extinción de la relación de empleo público, sobre todo cuando el accionante cumplió, aunque en forma extemporánea, el requisito pedido. La Administración interpretó tal conducta en perjuicio del agente sin dar adecuado sustento a la medida dispuesta obviando el hecho de la subsanación y que ésta tuvo lugar con anterioridad al dictado del auto de imputación (conf. fs. 25 vta. y 35 de las actuaciones administrativas agregadas), lo cual evidencia exceso de punición, ya que no existe una adecuada proporcionalidad entre la sanción impuesta y el comportamiento observado por el agente".

78) El actor no demostró el mérito que tendría el careo en sede administrativa para modificar la decisión de la causa, ni tampoco solicitó la realización del careo en sede judicial.

Sup. Corte Bs. As., 12/9/2001, B. 57.503, "Brigante, Juan Carlos v. Municipalidad de Bahía Blanca. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Hitters, Pisano, Negri, San Martín, Pettigiani) (Voto Dr. Hitters).

"En el caso, si bien el actor menciona la defensa de la cual se vio privado interrogando acerca de los resultados que a partir del careo podrían haber surgido, no demuestra el mérito que aquél tendría para modificar la decisión en la causa (causa B. 49.482 y sus citas; Fallos 288:160; 289:122; 295:701), a lo que cabe agregar que en esta instancia judicial no propuso medida alguna más que la testimonial. De tal modo, no insistió con la prueba que pidió en sede administrativa y cuya producción judicial, atento el carácter de juicio pleno que reviste el proceso contencioso administrativo, hubiese permitido apreciar su trascendencia a los efectos de variar la sanción impuesta".

79) Es válido el criterio de aceptar la motivación en dos momentos al considerar innecesario reproducir dictámenes anteriores.

Sup. Corte Bs. As., 12/9/2001, B. 57.503, "Brigante, Juan Carlos v. Municipalidad de Bahía Blanca. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Hitters, Pisano, Negri, San Martín, Pettigiani) (Voto Dr. Hitters).

"Siendo ello así, resulta aplicable el criterio de que la motivación puede tener dos momentos en cuanto considera innecesario reproducir los fundamentos de dictámenes anteriores. En esa inteligencia el Tribunal decidió que 'el acto administrativo no adolece de falta de motivación si se apoyó en las conclusiones del instructor sumariante y de la Junta de Disciplina, las que por consiguiente, deben tenerse por integrantes de aquél' (8/9/1981, B. 48.294, 'Pan', Acuerdos y Sentencias 1981-II-

616), así como también que ‘la motivación del acto administrativo debe reputarse integrada con los dictámenes que menciona’ (27/4/1982, B. 48.264, ‘García Leis’, Acuerdos y Sentencias 1982-I-284; 14/9/1999, B. 55.237, ‘Pignataro’).

80) La función ejercida exige mayor cautela y responsabilidad en determinadas conductas.

Sup. Corte Bs. As., 19/2/2003, B. 53.763, “Sotelo, Roque v. Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Negri, Hitters, Roncoroni, Salas) (Voto Dr. Pettigiani —SD—).

“Anticipo que en mi criterio ninguna de las circunstancias aducidas alcanza para borrar su responsabilidad en los hechos investigados. Por lo contrario, resulta evidente que las funciones que ejercía le imponían mayor cautela y responsabilidad en la adopción de determinadas conductas”.

81) El deber de adoptar los recaudos propios para el manejo de dineros públicos no exige que se le hubiere imputado la distracción o malversación de fondos públicos.

Sup. Corte Bs. As., 19/2/2003, B. 53.763, “Sotelo, Roque v. Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Negri, Hitters, Roncoroni, Salas) (Voto Dr. Pettigiani —SD—).

“La cesantía se sustenta en las disposiciones del art. 58, inc. 15, del decreto-ley 9550/1980 que contempla la aplicación de esa sanción ante la comisión ‘de todo otro acto que afecte gravemente la disciplina o responsabilidad de la institución’, debiéndose entender encuadrado en la conducta referida todo incumplimiento grave a normas legales o reglamentarias a las que se encuentre sujeto el agente y que en el caso era dable exigir a quien ostentaba a la vez la condición de Contador Público y Director de Administración (doc. art. 902, CCiv.).

”La norma estatutaria citada resulta aplicable al comportamiento del actor quien no cumplió con los recaudos propios del manejo de dineros públicos y generó con su conducta negligente en la organización de las labores a su cargo calificación que él mismo reconoce serios trastornos a la Caja policial y a la gran cantidad de afiliados que debió reclamar por la devolución de importes indebidamente descontados de sus haberes. Sin que obste a lo expuesto la circunstancia de que el actor no hubiere sido encuadrado en los términos del art. 68 del decreto-ley 9550/1989 o no se le hubiere imputado por la distracción o malversación de fondos públicos, pues ello no constituye un recaudo exigible en la conducta contemplada en la norma aplicada al caso”.

82) Ante testimonios contradictorios no cabe otorgar mayor valor a los testigos de cargo.

Sup. Corte Bs. As., 23/4/2003, B. 57.205, “Natta, Néstor Horacio v. Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Negri, de Lazzari, Salas, Hitters) (Voto Dr. Pettigiani).

“De acuerdo a lo establecido por el art. 264 del decreto reglamentario de la ley del personal policial 1675/1980 las declaraciones testimoniales deben tomarse a las personas que puedan tener noticias o datos que sirvan para la comprobación de los hechos y sus circunstancias pero ello no implica que, ante testimonios contradictorios, se otorgue mayor valor probatorio a las declaraciones de los testigos de cargo para fundar la sanción expulsiva, debiendo advertirse que los aludidos testigos no sólo manifestaron que el ex agente Natta recibió la cédula de notificación profiriendo improprios sino que, además, sostuvieron que las frases injuriosas estaban destinadas a la Institución policial realizando un juicio de valor respecto de la conducta del señor Natta, lo que resulta impropio de una declaración testimonial”.

83) El proceder del agente no resultó acorde con la responsabilidad correspondiente a su función.

Sup. Corte Bs. As., 28/5/2003, B. 59.078, “González, Eduardo v. Municipio Presidente Perón. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Soria, Negri, Roncoroni, Salas) (Voto Dr. Pettigiani —SD—).

“La ponderación de los antecedentes del caso me convencen que el accionante incurrió en la falta que se le imputa, guardando el acto impugnado correspondencia con los datos reunidos pues, el proceder de González no resulta acorde con la responsabilidad que por su función le incumbía”.

84) La experiencia previa exige que actúe con mayor diligencia en tareas similares.

Sup. Corte Bs. As., 23/4/2003, B. 59.102, “Correa, Pedro Mario v. Banco Municipal de La Plata. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Negri, de Lazzari, Salas, Hitters) (Voto Dr. Pettigiani —SD—).

“Sin perjuicio de que evidentemente la Resolución 182 no lo incluye, es indudable que el señor Correa contando con conocimiento y solvencia de la actividad bancaria, como dice en su escrito de demanda y sabiendo que las facultades crediticias correspondientes a cada tipo de riesgo no pueden ser adicionadas atento la experiencia obtenida por haber trabajado en otra entidad similar (fs. 125) por el lapso de veintiséis años, debió haber actuado con mayor diligencia al disponer el otorgamiento de créditos”.

85) La responsabilidad del cargo exige extremar los recaudos en su función.

Sup. Corte Bs. As., 23/4/2003, B. 59.102, “Correa, Pedro Mario v. Banco Municipal de La Plata. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Negri, de Lazzari, Salas, Hitters) (Voto Dr. Pettigiani —SD—).

“Del análisis de lo actuado surge sin duda alguna que el actor efectuó las operaciones mediante las cuales se incrementó considerablemente el saldo deudor de las empresas al recibir asistencia crediticia, sin que tal conducta resulte atenuada por la circunstancia de no estar incluido en la Resolución 182 pues, por la responsabilidad del cargo, el propio accionante debió extremar los recaudos necesarios para el correcto desenvolvimiento de la actividad crediticia”.

86) La medida disciplinaria de cesantía resulta razonable aun cuando no se acrediten todos sus cargos fundantes.

Sup. Corte Bs. As., 23/4/2003, B. 59.102, "Correa, Pedro Mario v. Banco Municipal de La Plata. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Negri, de Lazzari, Salas, Hitters) (Voto Dr. Pettigiani —SD—).

“En concordancia con lo expuesto y ante la falta de acreditación idónea de los dichos en que el actor funda su pretensión, no cabe sino concluir que la medida dispuesta se ajusta a derecho aun en el supuesto de que no se acrediten la totalidad de los cargos fundantes de la medida de cesantía (Acuerdos y Sentencias 1970-II-528; 16/12/1980, B. 47.668; 28/7/1987, B. 48.642)”.

87) Es incompatible la percepción simultánea de indemnización tendiente a cubrir el período no trabajado y un haber previsional.

Sup. Corte Bs. As., 28/5/2003, B. 54.852, "Pérez, Estela Adriana v. Municipalidad de Tigre. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, de Lazzari, Roncoroni, Soria, Hitters) (Voto Dr. Pettigiani —SD—).

“Esta Corte ha señalado ponderando casos de similar configuración que es incompatible la percepción simultánea de la indemnización por cesantía determinada en la sentencia con el cobro de haberes previsionales cuando comprenden el mismo período (res. del 11/12/1990, B. 49.495; 13/4/1999, B. 49.950, ‘Asociación del Personal de la Dirección de la Provincia de Buenos Aires’)”.

88) La incompatibilidad o inhabilidad son impedimentos para el ingreso o permanencia en el cargo, no previendo las normas invocadas que éstos constituyan falta pasible de sanción disciplinaria.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2003, B. 59.122, "Huertas Díaz, Carlos Alberto v. Municipalidad de Chascomús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Soria, Negri, de Lazzari, Salas, Roncoroni) (Voto Dr. Soria —SD—).

“Con referencia a la ‘incompatibilidad o inhabilidad’ invocada por la Administración, es dable señalar que los actos impugnados, no sólo no califican en cuál de los dos impedimentos mencionados incurre el actor, sino que encuadran la sanción en los arts. 10, inc. ‘e’, de la ley 10.471 y 11, inc. ‘f’, de la ley 11.757, los cuales regulan el régimen de ingreso y permanencia en la función, pero no prevén que los mismos hechos configuren ‘falta’ pasible de sanción disciplinaria.

”En el caso, al resultar superada la causa que pudiera originar el cese en su tarea —en autos, el habersele otorgado el alta en la inscripción con fecha 13/11/1997 según consta a fs. 20 del expte. 4030-37.061/1997— no existe hecho, al menos fundado en una inhabilidad y muchos menos que dé lugar a la aplicación de una sanción separativa en ejercicio de la potestad disciplinaria. El expuesto es el parecer que mantuvo en sede administrativa la Asesoría Letrada del municipio, cuya opinión fue dejada de lado por el acto sancionatorio sin explicitación de razón alguna (ver fs. 23, expte. adm.)”.

89) La Administración demandada debe explicar de qué modo se ha afectado su buen nombre con la conducta reprochada.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2003, B. 59.122, "Huertas Díaz, Carlos Alberto v. Municipalidad de Chascomús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Soria, Negri, de Lazzari, Salas, Roncoroni) (Voto Dr. Soria—SD—).

“Centrado el análisis en el segundo de los motivos expresados en los considerandos de los actos impugnados, el cual refiere que la conducta del agente —cancelación de inscripción profesional en el Distrito IX del Colegio de Médicos de la Provincia de Buenos Aires por falta de pago— ha afectado el prestigio de la institución a la cual él pertenecía, se advierte que dicha afirmación no se halla corroborada por ningún elemento de juicio que permita inferir tal menoscabo (Cuaderno de Prueba de la parte demandada, obrante a fs. 165/177).

”De existir tal perjuicio, la demandada debió explicar por qué y de qué modo el buen nombre del Hospital Municipal de Chascomús fue afectado por la cancelación de la inscripción en el Colegio Médico de un profesional por falta de pago, de modo tal que el fundamento del acto de cese responda a un comportamiento contrario al orden disciplinario y funcional de la repartición pública donde aquél prestaba tareas”.

90) La falta de pago de derechos de inscripción puede importar la violación del deber de diligencia pero no ejercicio ilegítimo de la profesión de medicina.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2003, B. 59.122, "Huertas Díaz, Carlos Alberto v. Municipalidad de Chascomús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Soria, Negri, de Lazzari, Salas, Roncoroni) (Voto Dr. Soria—SD—).

“La falta de pago de los derechos de inscripción, en que hubo de incurrir el demandante, en todo caso ha importado la violación del deber de diligencia, en orden a la observancia de las cargas requeridas para el mantenimiento de las condiciones exigidas por el municipio para el desempeño de su cargo, mas en modo alguno supone tener por demostrado que aquél haya ejercido ilegítimamente la profesión médica o que con ello haya afectado el buen nombre del hospital donde laboraba. Es que, como se dijo, su matrícula se encontraba habilitada por el Colegio de Médicos del Distrito I, lo cual evidenciaba que el actor mantenía todas las facultades que tal inscripción suponía”.

91) El apartamiento inmotivado del dictamen de la asesoría letrada nulifica el acto expulsivo.

Sup. Corte Bs. As., 22/10/2003, B. 59.122, "Huertas Díaz, Carlos Alberto v. Municipalidad de Chascomús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Soria, Negri, de Lazzari, Salas, Roncoroni) (Voto Dr. Soria—SD—).

“La conducta desplegada por el Intendente municipal, al separarse inmotivadamente en su decisión del parecer legal expuesto por la Asesoría letrada (v. fs. 23, expte. adm. 4030-37.731/1998), nulifica la determinación expulsiva (31/8/1984, B. 48.840, ‘Moyano’; DJBA 128-106) y vulnera lo prescripto en el art. 108, inc. c) de la Ordenanza General 267/1980. La mecánica repetición del criterio mantenido por la Junta de Disciplina (v. Acta 5, fs. 24, expte. adm. cit.), que tampoco se hizo cargo del dictamen jurídico previo, carece de la mínima ponderación de —ni, menos aun,

refuta— una circunstancia especialmente valorada en la pieza que el acto sancionador ignora: el cese del factor determinante del inicio del sumario (la baja en la matrícula del Colegio de Médicos). Tal obrar, reflejado en el decreto 1646/1997 (fs. 25, expte. cit.) lejos de abastecer el recaudo que emerge del citado art. 108 de la norma procedimental, lo transgrede, en cuanto omite exponer las razones que condujeron al apartamiento de la referida opinión legal”.

92) El deber de concurrir diariamente al trabajo sólo puede excepcionarse por razones justificadas que lo impidan. No corresponde aplicar la figura de despido indirecto.

Sup. Corte Bs. As., 3/12/2003, B. 57.206, “Baggio, Adriana v. Municipalidad de Tandil. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Soria, Negri, Roncoroni, Salas, de Lazzari) (Voto Dr. Soria —SD—).

“Los agentes públicos se hallan vinculados a la Administración por una relación de empleo público y este vínculo les impone derechos y obligaciones. Entre estas últimas figura la de concurrir diariamente a su lugar de trabajo, excepto cuando razones justificadas lo impidan”.

93) No corresponde aplicar la figura de despido indirecto. Al no dar razón que justifique las inasistencias, resulta razonable la cesantía por abandono de cargo.

Sup. Corte Bs. As., 3/12/2003, B. 57.206, “Baggio, Adriana v. Municipalidad de Tandil. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Soria, Negri, Roncoroni, Salas, de Lazzari) (Voto Dr. Soria —SD—).

“No hay elemento alguno en autos que afecte la legitimidad de tal decisión. Más aún: en el recurso de revocatoria interpuesto, la actora se limitó a desarrollar sus argumentos impropios, basándose en la erróneamente alegada situación de despido indirecto, sin dar razón alguna que justificase su inasistencia (fs. 163/166, exp. judicial)”.

94) El abandono de trabajo como causal de cesantía se configura cuando el dependiente deja de concurrir sin justificación alguna a su empleo.

Sup. Corte Bs. As., 8/9/2004, B. 56.214, “Romeo de Marín, Beatriz Leonor v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Soria, Negri, Pettigiani, Roncoroni, Kogan, Genoud) (Voto Dr. Soria —MA—).

“Tiene dicho esta Corte que el abandono de trabajo, habilitante para la aplicación de una sanción de cesantía, se configura con la actitud del dependiente que sin motivo deja de concurrir al empleo con el propósito expreso o presunto de no cumplir en lo sucesivo con su prestación de servicios, sin que medie justificación alguna (doct. 4/4/2001, B. 59.013, ‘Meza’). No acreditado por la demandante imposibilidad absoluta de concurrir (cfr. doct. 12/5/1992, B. 50.252, ‘Coronel’) u otros extremos exculpatorios que le hubieran permitido repeler la requisitoria a prestar servicios (cfr. doct. 7/12/1999, B. 53.040, ‘Buján’), juzgo configurado en el caso el abandono de cargo, pues la obligación esencial de la relación de empleo público no fue presta-

da (doct. 9/2/1988, B. 49.591, 'Fernández Roma'; 28/2/1989, B. 48.807, 'Imbelloni de Sotelo'; 14/8/1990, B. 50.572, 'Díaz'), a pesar de las reiteradas intimaciones cursadas por la Administración (doct. 20/4/1999, B. 55.872, 'Pretto')".

95) Control judicial pleno respecto de los actos administrativos disciplinarios.

Sup. Corte Bs. As., 16/2/2005, B. 59.986, "Caselli, Juan Carlos v. Provincia de Buenos Aires (Inst. de Loterías y Casinos). Demanda contencioso administrativa". (Magistrados votantes: Soria, Negri, Roncoroni, de Lázzari, Pettigiani, Hitters, Genoud) (voto Dr. Soria —MA—)

"Liminarmente corresponde señalar que la fiscalización jurisdiccional de los actos administrativos, aun de aquellos que traducen el ejercicio de la potestad disciplinaria, no exhibe en principio, elemento estructural alguno que conlleve un trato diferencial a la hora de establecer su impugnabilidad en sede procesal administrativa, ni menos todavía, un acotamiento en las causales determinantes de su invalidez. Bajo la observancia de la regulación material que les sea aplicable, tales actos también se encuentran comprendidos por las normas y principios informadores de la juridicidad administrativa; ellos traducen un quehacer que, como tal, está sujeto a control y eventual invalidación judicial al comprobarse, no sólo arbitrariedad o irrazonabilidad, sino también la concurrencia de cualquier otra causal de nulidad prevista en el ordenamiento positivo (arg. arts. 103, 108 y conc., decreto-ley 7647/1970; confr. mi voto en las causas 28/5/2003, B. 59.078, 'González'; 21/5/2003, B. 58.328, 'Millar'; 4/6/2003, B. 57.563, 'Agliani')".

96) La falta de cuestionamiento oportuno y eficaz de los medios probatorios imposibilita invalidar la decisión administrativa por su cuestionamiento tardío.

Sup. Corte Bs. As., 16/2/2005, B. 59.986, "Caselli, Juan Carlos v. Provincia de Buenos Aires (Inst. de Loterías y Casinos). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Soria, Negri, Roncoroni, de Lázzari, Pettigiani, Hitters, Genoud) (Voto Dr. Soria —MA—).

"En consecuencia, considero que la mera invocación de violación del derecho de defensa en el procedimiento administrativo, no habilita, sin más, a invalidar la decisión de la autoridad, si el recurrente —como ocurre en el *sub lite*—, no ha cuestionado en forma oportuna y eficaz la validez de la prueba en que se fundó la imputación, y ha omitido el uso de los medios probatorios que el ordenamiento ponía a su alcance para desplegar su actividad defensiva".

97) La mayor transparencia que exigía la función del agente justifica la sanción de cesantía.

Sup. Corte Bs. As., 16/2/2005, B. 59.986, "Caselli, Juan Carlos v. Provincia de Buenos Aires (Inst. de Loterías y Casinos). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Soria, Negri, Roncoroni, de Lázzari, Pettigiani, Hitters, Genoud) (Voto Dr. Soria —MA—).

En tales condiciones, las particularidades de la función desarrollada por el impugnante, que imponían un máximo de transparencia en su proceder, han podido

justificar la subsunción de los hechos investigados en las disposiciones del art. 32, inc. "F", del citado cuerpo legal, sin que se aprecie al respecto una extralimitación de las atribuciones o un exceso de punición de parte de la autoridad administrativa al dictar la resolución controvertida en autos.

98) La nulidad del procedimiento administrativo puede violar el debido proceso al dilatar temporalmente en forma trascendente la decisión de fondo.

Sup. Corte Bs. As., 16/2/2005, B. 59.986, "Caselli, Juan Carlos v. Provincia de Buenos Aires (Inst. de Loterías y Casinos). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Soria, Negri, Roncoroni, de Lázari, Pettigiani, Hitters, Genoud) (Voto Dr. Hitters —OP—).

"Según mi criterio, la existencia de irregularidades en el desarrollo del trámite relacionadas con la efectividad del debido proceso, no necesariamente debe llevar a la declaración de nulidad del acto administrativo, por cuanto la adopción de tal solución, de manera genérica, podría importar —paradójicamente—, otra violación a dicha garantía, al imponer una trascendente dilación temporal en la adopción definitiva de la decisión de fondo (art. 15 de la Const. bonaerense)".

99) Los vicios en el procedimiento administrativo son subsanables por regla, salvo que resulte imposible por su extrema gravedad.

Sup. Corte Bs. As., 16/2/2005, B. 59.986, "Caselli, Juan Carlos v. Provincia de Buenos Aires (Inst. de Loterías y Casinos). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Soria, Negri, Roncoroni, de Lázari, Pettigiani, Hitters, Genoud) (Voto Dr. Hitters —OP—).

"En síntesis —y permídeseme la hipérbole— en mi criterio esta Corte puede sanear —por regla— los defectos en el andar administrativo precedente, salvo que por extrema gravedad ello resulte imposible".

100) Relatividad del principio de tipicidad. La potestad disciplinada no reviste inflexibilidad absoluta, la falta puede no responder con exactitud al tipo descripto por la norma.

Sup. Corte Bs. As., 8/2/2006, B. 59.188, "Perrone, María Susana v. Municipalidad de Bahía Blanca. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Kogan, Genoud, Hitters, Soria) (Voto Dr. Pettigiani —SD—).

"En segundo lugar, considero que si bien existe acuerdo entre las partes respecto a que la gestión ofrecida por la accionante no se concretó, dicha circunstancia resulta, a mi juicio, insuficiente a fin de tachar de ilegítimo al obrar de la autoridad comunal. Pues, en este supuesto, el mero ofrecimiento para diligenciar e influir con éxito en el trámite de análisis e inscripción de la mercadería en cuestión hecho comprobado y reconocido por la actora consume en sí misma la falta que se le imputa, aunque no responda con rigurosa exactitud al tipo descripto por la norma que le sirve de sustento. En el ámbito administrativo disciplinario se presenta una multiplicidad de posibles conductas ilícitas de los agentes públicos cuya represión, mediante la imposición de sanciones, corresponde a la autoridad administrativa. Y donde la potestad correspondiente no reviste, en atención a los fundamentos y finalidades propias de la

materia, una inflexibilidad de grado absoluto. Mas exige en cada caso, y a partir de una realidad fáctica, la concreción mediante resolución fundada del comportamiento referido por la norma”.

101) El agente no podía ignorar las eventuales consecuencias de la conducta reprochada.

Sup. Corte Bs. As., 8/2/2006, B. 59.188, “Perrone, María Susana v. Municipalidad de Bahía Blanca. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Kogan, Genoud, Hitters, Soria) (Voto Dr. Pettigiani —SD—).

“En el presente, y dada la íntima conexión que existe entre la conducta aludida en el régimen legal aplicable y la efectivamente cumplida por la actora, no se vislumbra que ella pudiera ignorar, o al menos que no se encontrara en condiciones de prever con cierto grado de certeza, cuáles serían las eventuales consecuencias disvaliosas que acarrearía su comportamiento. Es decir, que mal podría argüirse ausencia de certidumbre sobre la conducta pasible de sanción, y ello como antes se destacó con total independencia de la obtención de un beneficio económico derivado de su accionar, pues lo que interesa en este supuesto es la transgresión a la prohibición legal descrita por el ordenamiento jurídico y no su resultado”.

102) Es ilegítimo el acto de cesantía que no se encuentra fehacientemente fundado en los antecedentes causales documentados en la causa.

Sup. Corte Bs. As., 15/3/2006, B. 56.550, “Gamboa, María Elva v. Municipalidad de Moreno. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Soria, Roncoroni, Negri, Pettigiani, Kogan, Genoud, Hitters, de Lazzari) (Voto Dr. Soria —MA—).

“Tiene dicho esta Suprema Corte que sólo es legítimo el acto administrativo que impuso cesantía al agente municipal, si surge fehacientemente fundado y su motivación se ajusta a los antecedentes causales documentados en las actuaciones administrativas ofrecidas como prueba (cfr. doct. 17/12/2003, B. 58.359, ‘Suárez’)

103) La consecuencia jurídica del acto administrativo inmotivado es su nulidad.

Sup. Corte Bs. As., 15/3/2006, B. 56.550, “Gamboa, María Elva v. Municipalidad de Moreno. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Soria, Roncoroni, Negri, Pettigiani, Kogan, Genoud, Hitters, de Lazzari) (Voto Dr. Soria —MA—).

“La consecuencia jurídica de la ausencia de motivación del acto administrativo, 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 concs., decreto-ley 7647/1970), pues 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 (cfr. doct. 3/12/2003, B. 62.308, ‘Clemeno’)

104) Sin perjuicio de la independencia entre la responsabilidad penal y disciplinaria no puede ignorarse la decisión penal que determinó la falta de responsabilidad en el hecho investigado en dicha sede.

Sup. Corte Bs. As., 4/10/2006, B. 55.497, "M., E. M. v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Roncoroni, Kogan, Genoud, Hitters, Soria, Negri, de Lazzari) (Voto Dr. Roncoroni —MA—).

“Lo cierto es que sin dejar de compartir el criterio por el cual se sostiene que no siempre la absolución o el sobreseimiento definitivo en sede penal conducen a igual resultado en sede administrativa, atento la distinta naturaleza de la materia que informa la investigación y el modo de apreciar la prueba, no menos cierto es que aun con la libertad de apreciación en el sumario disciplinario no se pudo llegar a una conclusión diversa sobre la falta de responsabilidad del Agente en el deplorable hecho investigado atento que la circunstancia apuntada en el párrafo precedente descarta su participación en el hecho investigado (arts. 66 y 67, decreto-ley 9550/1980)”.

105) La desaparición de la imputación del hecho ilícito al agente genera el restablecimiento de la situación anterior.

Sup. Corte Bs. As., 4/10/2006, B. 55.497, "M., E. M. v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Roncoroni, Kogan, Genoud, Hitters, Soria, Negri, de Lazzari) (Voto Dr. Roncoroni —MA—).

“De tal modo, aquella imputación que de acreditarse tenía entidad más que suficiente para apartar al autor responsable de la misma de la institución por el desprestigio que acarrearía para la misma, sin perjuicio de su responsabilidad penal, al ser desestimada restablece la situación al estado anterior, en la cual el numerario gozaba de muy buen concepto funcional y privado, sin que existiera en el sumario disciplinario otra imputación (ver. fs. 65, exp. citado)”.

106) La elección entre dos tipos de sanción exige la fundamentación en caso de aplicación de la medida más severa.

Sup. Corte Bs. As., 15/11/2006, B. 52.891, "De Olazábal Cabrera, Jaime v. Municipalidad de Vicente López. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Soria, Roncoroni, Negri, Pettigiani, Hitters, de Lazzari) (Voto Dr. Soria —MA—).

“Cabe hacer notar que el art. 65 de la Ord. Gral. 207 dispone que la autoridad comunal podrá sancionar ‘...hasta con cesantía’, las faltas que enumera en sus distintos incisos.

”Ello implica admitir que dicho órgano, sin estar compelido a decretar la sanción separativa, contaba con un margen de apreciación y valorativo, cuya explicitación, de adoptarse la medida más severa, sólo pudo válidamente disponer en modo fundado, para poder, así, relegar la aplicación de la medida menos gravosa (cfr. 31/7/1990, B. 48.689, ‘Mendoza’; 16/12/1997, B. 55.790, ‘Pintor’; 5/4/2000, B. 56.456, ‘López’).

”Así las cosas, al margen de la equívoca valoración de la conducta atribuida al actor, la irrazonabilidad del actuar censurado se deriva, también, de su desmesura o falta de proporción adecuada entre los hechos constatados y la sanción aplicada, lo cual importa una violación en el fin de la resolución administrativa (art. 103, Ord. Gral. 267/1980)”.

107) La opción por la sanción de mayor gravedad exige extremar la fundamentación del acto que dispuso la medida.

Sup. Corte Bs. As., 15/11/2006, B. 52.891, “De Olazábal Cabrera, Jaime v. Municipalidad de Vicente López. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Soria, Roncoroni, Negri, Pettigiani, Hitters, de Lazzari) (Voto Dr. Negri —OP—).

“En ese contexto la medida expulsiva dictada parece por lo menos excesiva. El órgano decisor debió especificar en todo caso cuáles fueron los motivos para atribuir a tales hechos una magnitud tal como para proceder a la cesantía del agente. En numerosos precedentes he sostenido que, cuando la normativa prevé para una misma conducta infractora la aplicación de sanciones tanto de índole correctiva como expulsiva (en el caso el art. 65 de la Ord. Gral. 207 establece que las faltas enumeradas se podrán sancionar ‘...hasta con cesantía’) y se encuadra finalmente en la de mayor gravedad, la Administración debe extremar la exigencia de fundamentación (cf. doct. causas B. 48.657, ‘Iribarne’; B. 48.952, ‘Gianotti’; 14/12/1984, B. 48.987, ‘Linares’; 24/4/1987, B. 48.901, ‘Ortiz’; 28/2/1995, B. 50.218, ‘Pereyra’, por mayoría; 6/8/1996, B. 53.483, ‘Gómez’)”.

108) El incumplimiento del procedimiento ante la Dirección de Reconocimientos Médicos para otorgar licencia por enfermedades torna injustificadas las ausencias por enfermedad y justifica la causal de abandono de cargo.

Sup. Corte Bs. As., 9/5/2007, B. 56.538, “Landaburu, José Benito v. Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Roncoroni, Kogan, Genoud, Hitters, Soria, Negri) (Dr. Roncoroni —MA—).

“La concesión de licencia por enfermedad por parte de la Dirección de Reconocimientos Médicos resultaba imprescindible a los fines de eximir al accionante de prestar servicios por las razones de salud que alega, debiendo agregarse que el procedimiento idóneo no era desconocido por el ex agente en tanto se advierte que esta licencia especial le fue concedida en anteriores oportunidades (ver detalle de fs. 183/184, expte. adm.)”.

109) No invalida el procedimiento sumarial la defensa a cargo de un lego.

Sup. Corte Bs. As., 9/5/2007, B. 56.538, “Landaburu, José Benito v. Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Roncoroni, Kogan, Genoud, Hitters, Soria, Negri) (Dr. Roncoroni —MA—).

“...Carecen de fuerza de convicción las argumentaciones esgrimidas por el demandante en alusión a la falta de asistencia letrada, desde que, insisto, de los antecedentes y documentación aportados a la presente causa, el trámite por ante el organismo policial no exhibió menoscabo al derecho de defensa, enmarcándose el mismo dentro del régimen jurídico aplicable al que adhirió voluntariamente el propio accionante”.

110) Violación del derecho de defensa a través de la inaplicación del principio de formalismo moderado.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, "Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lazzari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Pettigiani).

“A ello cabe agregar que en el procedimiento administrativo rige el principio de formalismo moderado o ausencia de rigor formal, en función del cual, en pro de la verdad material y de la legalidad objetiva, se posibilita la subsanación de los defectos de forma en que puedan incurrir los administrados ante la Administración Pública (causas 20/3/1984, B. 48.137, ‘Verdún’; 1/10/1990, B. 52.262, ‘Solanas’, entre muchas otras). Motivo por el cual, en una razonable aplicación del mentado principio, la autoridad administrativa debió permitir que la actora cofrija las deficiencias formales de sus presentaciones intimándola para que así proceda antes de vedar de efectos al escrito defectuoso (doctrina causa, 8/4/1980, B. 47.682, ‘Construcciones Viales y Civiles SAICFIA’, Acuerdos y Sentencias 1980-I-436, entre otras)”.

111) La potestad disciplinaria debe ejercerse respetando los principios del debido proceso.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, "Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lazzari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Pettigiani).

“Ello así por cuanto entiendo que la potestad disciplinaria exige que las sanciones, máxime las de mayor gravedad, sean aplicadas sobre la base del respeto a los principios del debido proceso, para lo cual es necesario contar con una adecuada oportunidad de audiencia y prueba que permita al interesado hacerse oír ante la propia autoridad administrativa en consonancia con la garantía prevista en el art. 15 de la Constitución provincial”.

112) La actividad sancionatoria es de naturaleza discrecional no obstante lo cual es fiscalizable.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, "Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lazzari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Pettigiani).

“Ya que aun siendo la materia sancionatoria de contenido marcadamente discrecional, ello no implica que la Administración tenga un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que tal actividad no resulte fiscalizable (doct. 16/12/1997, B. 55.191, ‘Espilman’)”.

113) Principio de proporcionalidad en la aplicación de la sanción.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, causa B. 58.622, "Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votan-

tes: doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lazzari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Pettigiani).

“Por último, siendo que el único hecho comprobado, tanto en las constancias del procedimiento sumarial como en la presente causa, es la emisión por parte de la señora Marín del recibo 45.086 por orden de la Presidente del Tribunal, el acto que dispuso su separación revela una demasía de punición que se exhibe desproporcionada en relación a los antecedentes que determinaron su emisión y en función de las normas jurídicas que confieren al órgano la potestad disciplinaria (arts. 28 y 33, CN; 15, Constitución provincial y 103, Ord. Gral. 267, cit.). Lo que también patentiza su irrazonabilidad”.

114) Las violaciones al debido proceso no pueden ser subsanadas en sede judicial cuando son de extrema gravedad.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, “Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lazzari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Hitters).

“Aun cuando soy de la opinión de que la existencia de irregularidades en el desarrollo del trámite relacionados con la efectividad del debido proceso, no necesariamente debe llevar a la declaración de nulidad del acto administrativo (por cuanto la adopción de tal solución, de manera genérica, podría importar —paradójicamente—, otra violación a dicha garantía, al imponer una trascendente dilación temporal en la adopción definitiva de la decisión de fondo [art. 15 de la Const. Bonaerense]), entiendo que cabe aplicar dicha sanción cuando la vulneración a tal principio resulte de extrema gravedad”.

115) Control judicial pleno respecto de los actos administrativos disciplinarios.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, “Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lazzari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Soria).

“a. La primera concierne al alcance de la fiscalización jurisdiccional de los actos administrativos, aun de aquellos que traducen el ejercicio de la potestad disciplinaria. Como he dicho en anteriores votos, semejante control no exhibe en principio elemento estructural alguno que conlleve un trato diferencial a la hora de establecer su impugnabilidad en sede procesal administrativa, ni, menos todavía, un acotamiento en las causales determinantes de su invalidez. Bajo la observancia de la regulación material que les sea aplicable, tales actos también se encuentran comprendidos por las normas y principios informadores de la juridicidad administrativa; ellos traducen un quehacer que, como tal, está sujeto a control y eventual invalidación judicial al comprobarse, no sólo arbitrariedad o irrazonabilidad, sino también la concurrencia de cualquier otra causal de nulidad prevista en el ordenamiento positivo (arg. arts. 103, 108 y conc., decreto-ley 7647/1970 —de idéntico contenido a los mismos artículos de la ordenanza general 267/1980—; confr. mi voto en las

causas 28/5/2003, B. 59.078, 'González'; 21/5/2003, B. 58.328, 'Millar'; 4/6/2003, B. 57.563, 'Agliani')".

116) Prohibición de subsanar en sede judicial los vicios graves del procedimiento administrativo.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, "Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lázari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Soria).

"En reiterados pronunciamientos esta Suprema Corte ha sostenido que el cuestionamiento de una resolución administrativa, fundado en los vicios evidenciados en el procedimiento, en principio se halla excluido de su conocimiento, por cuanto en esta jurisdicción el afectado puede ejercer su defensa y probar las irregularidades incurridas por la entidad pública. No obstante, tal criterio cede paso cuando la irregularidad en el trámite previo al acto administrativo configura un atentado irreparable al derecho de defensa (doctr. 19/6/1984, B. 48.976, 'Fernández'; 20/4/1999, B. 55.872, 'Pretto'; 7/3/2001, B. 53.911, 'Moyano'; entre muchos otros).

"La posición reseñada proclamaba, a su modo, que la ilegitimidad del trámite administrativo es subsanable en sede judicial (conf. LINARES, Juan F., 'La garantía de defensa ante la Administración', LL 1-421-137).

"En mi opinión, y a partir del precedente 'Caselli' (16/2/2005, B. 59.986) para la mayoría de este Tribunal, la aludida tesis no es aceptable como regla general de la materia".

117) El adecuado cumplimiento del procedimiento configura un elemento inherente a la legitimidad del acto administrativo.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, "Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lázari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Soria).

"En primer lugar, por cuanto, como en dicha causa hube de puntualizar, en un Estado Constitucional de Derecho, el principio de legalidad impone a las Administraciones Públicas un obrar consistente con el ordenamiento jurídico (doctr. 10/5/2000, B. 56.364, 'Guardiola'; 10/5/2000, B. 54.852, 'Pérez'; 2/8/2000, B. 55.010, 'Chaina', entre otras).

"Desde esa perspectiva, el adecuado cumplimiento del procedimiento configura un elemento inherente a la legitimidad del acto administrativo (conf. art. 103, decreto-ley 7647/1970)".

118) No hay relación de continuidad entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, "Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lázari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Soria).

“Por otra parte, entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial no cabe predicar la existencia de una relación de continuidad, en la que la indefensión producida en el primero pueda solucionarse en el segundo; de tal suerte, es improcedente auspiciar, sin más, la posibilidad de minimizar los vicios graves acaecidos en el ámbito del actuar de la Administración por la circunstancia de que exista luego una acción impugnativa en la esfera jurisdiccional.

“La Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin mantener una postura uniforme, pues tanto ha aceptado la posibilidad de la subsanación (Fallos 290:293; 296:106; 311:56; 315:954) como la ha rechazado en otros casos (Fallos 295:726; 302:283), en un pronunciamiento más reciente, por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, se ha expedido ponderando el valor invalidante de la omisión de trámites esenciales del procedimiento administrativo (21/5/2002, ‘Adidas Argentina y otros v. Estado nacional s/amparo ley 16.986’; ED, Suplemento de Derecho Administrativo, del 28/6/2002)”.

119) No resulta subsanable la inobservancia de trámites esenciales en el procedimiento administrativo.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, “Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lazzari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Soria).

“Por cierto, no se trata de sostener que cualquier irregularidad en el procedimiento, por intrascendente que fuere, habrá de proyectar la nulidad absoluta de toda decisión ulterior y en manera inexorable. Lo que interesa destacar, en función de las razones expuestas, apunta a otro propósito.

“Así, cuando en el caso enjuiciado se advierta la inobservancia o el quebrantamiento por la Administración Pública de trámites esenciales, la invalidez consecuente de la decisión no resultará en principio susceptible de ser saneada, si es que la anomalía resulta concretamente planteada en esos términos por el afectado (conf. causa B. 59.986, cit.)”.

120) La falta de consideración del descargo constituye una violación al derecho constitucional a ser oído.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.622, “Marín, Verónica Elizabeth v. Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Kogan, Hitters, Genoud, Soria, Negri, de Lazzari, Roncoroni, Domínguez) (Voto Dr. Soria).

“En el caso la Administración, al tener por no presentado el descargo por falta de rúbrica de la aquí accionante —pese a la constancia que fue ella quien lo presentó y firmara al momento de la entrega— frustró el derecho constitucional a ser oído, por no permitir al administrado brindar sus argumentos antes del dictado del acto administrativo e impedir el ofrecimiento y la producción de la prueba”.

121) El acogimiento a retiro luego de dictada la prescindibilidad no es un hecho enteramente voluntario.

Sup. Corte Bs. As., 20/6/2007, B. 59.399, "Navarro, Héctor Diego v. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Justicia y Seguridad). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Soria, Roncoroni, Negri, Pettigiani, Kogan, Hitters, Sal Llargués) (Voto Dr. Roncoroni —MI—).

“Concuerdo con el doctor Soria en que no se encuentra consentida la resolución cuya nulidad se pretende en esta causa, por la circunstancia de que el actor se hubiera acogido al beneficio del retiro dispuesto en la misma, ya que al mismo no puede considerarse un hecho enteramente voluntario toda vez que aparece claramente viciado el elemento libertad, ya que fue ejecutado por el sujeto luego de haber sido colocado coactivamente en la situación de tener que elegir un mal menor, al verse privado repentinamente de los ingresos que el cargo del que lo retiraban le proporcionaba, tal como lo ha sostenido este Tribunal en casos análogos de cobro de indemnización por despido de empleados públicos (2/6/1992, B. 49.959)”.

122) Es ilegítima la cesantía que se aparta de los alcances de incompatibilidad del art. 53 de la Constitución provincial.

Sup. Corte Bs. As., 20/6/2007, B. 57.624, "Michard Joaquín, Juan Edmundo René v. Municipalidad de Cañuelas. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Soria, Roncoroni, Negri, Pettigiani, Kogan, Genoud, Hitters, de Lázzari, Domínguez) (Dr. Soria —MA—).

“En la interpretación de tal norma, si bien debe ponderarse que el precepto se encuentra incardinado en un régimen orientado a organizar eficientemente las estructuras administrativas y los recursos humanos de las municipalidades de la Provincia, con la finalidad de mejorar la gestión municipal (conf. arts. 1º y 2º, ley cit.), en modo alguno ello habilita a brindarle un alcance tan vasto que sobrepase los límites fijados en el orden constitucional. Por tanto, la preeminencia jerárquica del art. 53 de la Constitución provincial, sobre la aludida norma legislativa mal puede ser puesta en debate”.

123) La limitación contenida en el art. 10 de la ley 11.685 resulta irrazonable.

Sup. Corte Bs. As., 20/6/2007, B. 57.624, "Michard Joaquín, Juan Edmundo René v. Municipalidad de Cañuelas. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Soria, Roncoroni, Negri, Pettigiani, Kogan, Genoud, Hitters, de Lázzari, Domínguez) (Dr. Soria —MA—).

“En tal orden de ideas, esta Suprema Corte ha entendido que la limitación contenida en el art. 10 de la ley 11.685 resulta irrazonable y violatoria de la garantía de la estabilidad del empleado público reconocida por los arts. 103, inc. 12 y 194 de la Constitución provincial y 14 bis de la nacional, pues el fin que se persigue con la racionalización administrativa, esto es el mejoramiento de la organización municipal y el logro de la mayor eficiencia de su personal, no aparece proporcionado o adecuado con el medio empleado, presentándose como arbitraria la cesantía por la causal de incompatibilidad debido al ejercicio de la docencia en los casos distintos a los expresamente normados en la aludida norma, pues no se visualiza de qué modo el ejercicio

de la docencia en tales supuestos, puede afectar el rendimiento de las tareas ejercidas por el docente en su cargo administrativo municipal. Así, al utilizar un mecanismo destinado a definir la condición de idoneidad que requiere la Administración para sus agentes, como instrumento para racionalizar la propia Administración, la norma resulta irrazonable desde el punto de vista constitucional (cfr. doct. 10/5/2000, I. 2026, 'Busada'; 21/6/2000, I. 1896, 'Marino').

124) Es ilegítima la norma que dispone la extinción del vínculo por considerar incompatible el desempeño de tareas docentes.

Sup. Corte Bs. As., 20/6/2007, B. 57.624, "Michard Joaquín, Juan Edmundo René v. Municipalidad de Cañuelas. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Soria, Roncoroni, Negri, Pettigiani, Kogan, Genoud, Hitters, de Lazzari, Domínguez) (Dr. Roncoroni —OP—).

"Probada la prestación por el actor de tareas docentes, planteada por el accionante la inconstitucionalidad de la norma en que se fundara su baja, y resultando la interpretación que la demandada efectúa de tal precepto para justificar el cese atacado, contraria a la doctrina de este Tribunal en cuanto al alcance que constitucionalmente corresponde darle al art. 10 de la ley 11.685 y a la incompatibilidad establecida en el art. 53 de la Constitución provincial, el cuestionamiento contra la legitimidad del decreto 197/1996 resulta atendible.

"Advirtiendo que los restantes agravios expuestos por el impugnante como fundamentos de su pretensión anulatoria en nada modifican la conclusión a la que se arriba *supra*, su tratamiento a estos fines deviene inoficioso".

125) El legislador viola el subprincipio de necesidad al establecer una solución más gravosa para unos agentes respecto de otros, importando una desigualdad ante la ley.

Sup. Corte Bs. As., 20/6/2007, B. 57.624, "Michard Joaquín, Juan Edmundo René v. Municipalidad de Cañuelas. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Soria, Roncoroni, Negri, Pettigiani, Kogan, Genoud, Hitters, de Lazzari, Domínguez) (Dr. Roncoroni —OP—).

"De lo expuesto se desprende que el legislador provincial ha violentado el subprincipio de necesidad, al establecer una solución más gravosa para algunos agentes por el solo título con que ejercen el magisterio, lo que importa una desigualdad ante la ley (art. 16 de la Constitución nacional y 11 de la local).

"Va de suyo que frente a lo que consideraba una emergencia debió en su caso fijar pautas que contemplaran la carga horaria y no la denominación estatutaria del desempeño, pues al así hacerlo entró en colisión directa con el art. 53 de la Constitución, discriminando donde el mismo no lo hace".

126) Incumbe a la parte demandada demostrar la realidad fáctica en que sustentó su pretensión, tanto por su posición en el proceso como por la presunción de legitimidad de la actividad administrativa.

Sup. Corte Bs. As., 12/9/2007, B. 56.480, "J., G. A. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Negri, Pettigiani, Kogan, Genoud, Hitters) (voto Dr. Negri).

“Teniendo en cuenta el carácter de juicio pleno en que se desenvuelve la acción contencioso administrativa, en la que las facultades con que cuentan las partes para probar los hechos justificativos de la pretensión son particularmente amplias, incumbía al actor la carga de demostrar la realidad de la situación fáctica en que sustentó su pretensión, no sólo por revestir tal calidad en el proceso (arg. art. 375, CPCC y conf. art. 77, CPCA), sino también en virtud de la presunción de legitimidad que distingue a la actividad de la Administración Pública (doctr. 13/10/1987, B. 49.793, ‘Bianco’, Acuerdos y Sentencias 1987-IV-315; 15/3/1988, B. 49.170, ‘Carlos H. E. Rasch Constructora SRL’, Acuerdos y Sentencias 1988-I-332; 31/5/1988, B. 49.784, ‘Banco Español del Río de la Plata’, Acuerdos y Sentencias 1988-II-307; 27/12/1988, B. 48.463, ‘Scheverin’, Acuerdos y Sentencias 1988-IV-760; 12/4/1989, B. 49.255, ‘Vázquez’, Acuerdos y Sentencias 1989-I-664; 25/7/1989, B. 49.858, ‘Brave Construcciones SA’, Acuerdos y Sentencias 1989-II-746; 8/9/1992, B. 50.087, ‘Playa Grande’, Acuerdos y Sentencias 1992-III-373; 2/9/1997, B. 51.667, ‘Terrerí’; 6/4/1999, B. 57.150, ‘Humbertmann’, DJBA 156-243; 21/6/2000, B. 55.353, ‘Cobos’; 16/2/2005, B. 59.986, ‘Caselli’; 15/3/2006, B. 59.610, ‘Matwijow’).”

127) El control judicial en materia disciplinaria abarca la legitimidad y razonabilidad de los actos sancionatorios.

Sup. Corte Bs. As., 12/9/2007, B. 56.480, “J., G. A. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Negri, Pettigiani, Kogan, Genoud, Hitters) (voto Dr. Negri).

“Cabe recordar que este Tribunal ha reconocido en innumerables oportunidades —como no podía ser de otra manera— la facultad que posee la autoridad administrativa en materia disciplinaria para sancionar a sus agentes dependientes, ajustando su actuar a los límites impuestos por la reglamentación respectiva, sin incurrir en patentes desvíos lógicos, permitiendo de tal modo el contralor judicial de la legitimidad y razonabilidad de la decisión (doctr. 14/12/1982, B. 48.600, ‘González’; 24/4/1984, B. 48.366, ‘Re’; 4/10/1988, B. 50.469, ‘Benítez’).”

128) La función desempeñada por el agente exige mayor cautela y responsabilidad en su actuar.

Sup. Corte Bs. As., 12/9/2007, B. 56.480, “J., G. A. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Negri, Pettigiani, Kogan, Genoud, Hitters) (voto Dr. Negri).

“Encontrándose pues, acreditados los antecedentes fácticos de la sanción aplicada y ponderando que las funciones que el accionante ejercía en la institución bancaria le imponían una mayor cautela y responsabilidad en la adopción de determinadas conductas (Acuerdos y Sentencias 1977-I-516; 29/9/1981, B. 48.159, ‘Schavinsky’; DJBA 121-367 y sus citas 24/4/1984, B. 48.366, ‘Re’, DJBA 126-353), juzgo razonable lo actuado y decidido por la demandada”.

129) La elección entre dos medidas disciplinarias exige que se justifique la aplicación de la más severa.

Sup. Corte Bs. As., 8/8/2007, B. 62.837, "C., L. E. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Kogan, Genoud, de Lázari, Soria, Roncoroni) (Dra. Kogan—MA—).

“Este Tribunal ha decidido que cuando una falta es susceptible de dos sanciones una correctiva y otra expulsiva y se aplica la más grave, la exigencia de fundamentación comprende la expresión de las razones que llevan al órgano a imponer esa medida más severa (conf. doct. 14/9/1982, B. 48.657, ‘Iribarne’; 16/8/1983, B. 48.740, ‘Amendolará’; 1/11/1983, B. 48.952, ‘Gianotti’; 14/12/1984, B. 48.987, ‘Linares’; 24/4/1987, B. 48.901, ‘Ortiz’; 20/10/1992, B. 49.193, ‘Fabiano’; 18/7/2001, B. 57.944, ‘Samaja’; 3/12/2003, B. 59.009, ‘Allo’”.

130) No conculca el derecho de defensa el secreto del sumario cuando levantado éste se le confirió vista de las actuaciones, pudiendo realizar el descargo y aportar prueba.

Sup. Corte Bs. As., 8/8/2007, B. 62.837, "C., L. E. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Kogan, Genoud, de Lázari, Soria, Roncoroni) (Dra. Soria—OP—).

“Respecto de los hechos que se le endilgaron, al momento de presentarse a indagatoria el aquí reclamante fue impuesto del contenido —mediante su exhibición— de las referidas planillas AG. Nº 3, en las cuales constaban las conductas objetadas. Por lo demás, entiendo —conforme lo manifesté con anterioridad en la causa B. 57.907, ‘Von Ortel’, sent. de 4/8/2004, adhiriendo al voto de mi colega doctor Hitters— que no resulta atendible el argumento relativo a la conculcación del derecho de defensa del interesado, cuando levantado el secreto del sumario se le confirió vista de las actuaciones, para que efectuara su descargo y aportara prueba hasta la última impugnación que presentara en sede administrativa. Basta con reparar en que el actor fue oído en más de una ocasión (pues prestó distintas declaraciones indagatorias) y que contó con otras tres oportunidades para hacerse —mediante la toma de vista y extracción de fotocopias— de todo el material que considerare necesario, para así aclarar, ampliar o rectificar cualquier declaración anterior.

“Así, el secreto de sumario impuesto no impidió al sumariado el adecuado ejercicio del derecho de defensa (arts. 15 de la Const. pcial. y 18 de la Const. nacional), con lo que su pretensión carece de sostén”.

131) Los vicios en el procedimiento no lo invalidan si no se traduce en perjuicio para alguna de las partes o lo coloca en estado de indefensión.

Sup. Corte Bs. As., 8/8/2007, B. 62.837, "C., L. E. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Kogan, Genoud, de Lázari, Soria, Roncoroni) (Dra. Soria—OP—).

“Las nulidades por vicios del procedimiento procuran evitar que el incumplimiento de las formas o trámites esenciales se traduzca en perjuicio para alguna de las

partes o las coloque en estado de indefensión. Si, como sucede en el caso de autos, no se ha invocado ni acreditado la existencia de un perjuicio concreto, ni puesto en evidencia la infracción a la garantía de defensa en juicio, no hay motivo para predicar la invalidez del acto (arg. art. 103, decreto-ley 7647/1970; 3/3/2004, B. 58.506, 'Giatti')

132) No puede alegarse violación de derecho de defensa si no se cuestionó válidamente la prueba de cargo y se utilizaron los medios probatorios a su alcance.

Sup. Corte Bs. As., 8/8/2007, B. 62.837, "C., L. E. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Kogan, Genoud, de Lazzari, Soria, Roncoroni) (Dra. Soria —OP—).

"Como he sostenido con anterioridad, la mera invocación de violación del derecho de defensa en el procedimiento administrativo no habilita, sin más, a invalidar la decisión de la autoridad, si el impugnante —tal cual ocurre en el *sub lite*— no ha cuestionado en forma eficaz la validez de la prueba en que se fundó su imputación, y ha omitido el uso de los medios probatorios que el ordenamiento ponía a su alcance para desplegar su actividad defensiva (16/2/2005, B. 59.986, 'Caselli')

133) Las faltas disciplinarias no se rigen estrictamente por conceptos del derecho penal.

Sup. Corte Bs. As., 8/8/2007, B. 62.837, "C., L. E. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Kogan, Genoud, de Lazzari, Soria, Roncoroni) (Dra. Soria —OP—).

"A mayor abundamiento, recuerdo que la configuración de la falta imputada en el ámbito disciplinario no se rige estrictamente por los conceptos del derecho penal, razón por la cual los elementos de convicción acumulados en el sumario administrativo deben apreciarse en función de un criterio de responsabilidad administrativa, teniendo en cuenta que ésta, por su propia finalidad, carece del rigor exigido para el reproche de un ilícito criminal (doctr. 26/4/1994, B. 53.264, 'Pereda de Giovanelli'; B 60.535, 'A.V., D.', cit.)"

134) La solicitud de otorgamiento de la prestación provisional por retiro no enerva el derecho de promover la acción judicial para impugnar el acto de cese.

Sup. Corte Bs. As., 28/11/2007, B. 59.979, "M., H. A. v. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Soria, Hitters, Pettigiani, Kogan) (Dr. Soria —SD—).

"Siendo ello así, no considero ajustado a derecho entender que la solicitud de otorgamiento de la prestación previsional por retiro pueda tener el efecto que le asigna la demandada acarrear el consentimiento de la decisión del empleador en relación a su situación de revista pues ello implicaría tanto como pretender que el interesado renuncie a la prestación previsional o sobrelleve el tiempo que insuma la decisión final de su litigio sin percibir suma alguna que permita subvenir a sus necesidades,

para no incurrir en una conducta que ocasione la pérdida del derecho a promover la acción contencioso administrativa.

”Este Tribunal se ha pronunciado en un caso análogo al presente en el cual la demandada opuso idéntica defensa (3/12/2003, B. 59.260, ‘Carballo’). En esa oportunidad, destacó que el acto por el cual se reclamó el otorgamiento de la prestación previsional no fue enteramente voluntario pues aparece claramente condicionado el elemento libertad, ya que fue ejecutado por el interesado luego de haber sido coactivamente colocado en la situación de retiro de la fuerza”.

135) Los alcances de la motivación del acto dependen de las características de éste.

Sup. Corte Bs. As., 28/11/2007, B. 59.979, “M., H. A. v. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Seguridad). Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Soria, Hitters, Pettigiani, Kogan) (Dr. Soria —SD—).

“Expuse también en dicho voto, que ‘si bien es cierto que la observancia de este requisito esencial no puede desvincularse del alcance de las potestades atribuidas a la autoridad administrativa por el ordenamiento (doct. Corte Sup., Fallos 308:132), no lo es menos que su modo de concreción depende en cada caso del contenido de la atribución involucrada y, por ende, del objeto del acto que la ejercita o expresa’. En otros términos, el recaudo de suficiente motivación debe adecuarse, en cuanto a la modalidad de su configuración, a la índole particular de cada acto administrativo (Corte Sup., Fallos 324:1860)”.

3.3. Jurisprudencia de las Cámaras en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires

1) La falta de intervención de la Junta de Disciplina constituye una vulneración al derecho de defensa viciando el procedimiento sumarial sin que pueda corregirse ulteriormente con la posibilidad de defenderse en juicio pleno.

C. Cont. Adm. San Martín, 6/10/2005, “Cassano, Osvaldo Omar v. Municipalidad de General San Martín s/medida cautelar autónoma o anticipada” (Magistrados votantes: Bezzi, Monti).

“Es que la falta de intervención de la Junta de Disciplina en el trámite del sumario, aun cuando ella emitiera una opinión no vinculante para el órgano decisor, u omitiera hacerlo, implica un vicio en el procedimiento de formación del acto.

”En efecto, la alegada falta de reglamentación de la Junta que refiere la comuna, no constituye un argumento válido para obviar *su intervención*, pues, en los términos en que se encuentra legislada la cuestión, en principio su invocada ‘no operatividad’ obedecería a una omisión imputable a la propia demandada.

”Así, corresponde señalar que *prima facie* se advierte una vulneración al derecho de defensa, genéricamente, determinado por la comprobación de deficiencias en el procedimiento sumarial insusceptibles de corregirse en la oportunidad que el actor tiene de defenderse y alegar en juicio pleno (arg. art. 15, CPen.)”.

2) La secuela del sumario tiene entidad para interrumpir el curso de la prescripción durante el trámite del mismo.

C. Cont. Adm. San Martín, 19/12/2006, "V. G. M. v. Municipalidad de General San Martín s/materia a categorizar" (Magistrados votantes: Saulquin, Bezzi).

"En tales términos, advierto que la potestad disciplinaria de la comuna no se hallaba prescripta, en la medida en que la orden de instrucción del sumario correspondiente tuvo por efecto interrumpir el término referido (art. 91 ap. I del decr. reglamentario citado).

"Cabe destacar que en el caso, también se configura la 'secuela del sumario' como causal interruptiva de la prescripción, en tanto se observa que la Administración ha realizado actos que tendieron a su prosecución y que, en definitiva, exteriorizan la voluntad de perseguir al eventual responsable de la falta (conf. doctrina Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 18/6/1991, B 51839, *a contrario sensu in re* 'Montalvo, Libertad Argentina v. Municipalidad de General Pueyrredón s/demanda contencioso administrativa'; 24/2/1998, B 56090, *in re* 'Quatromano, Guillermo Raúl v. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa'). En efecto, no ha transcurrido durante la tramitación del sumario administrativo, entre una y otra actuación, un plazo mayor a tres años. De hecho, el procedimiento concluyó en agosto de 2004".

3) El supuesto vicio de no haber puesto en conocimiento del actor al momento de celebrarse la audiencia indagatoria la posibilidad de ser asistido por un letrado queda saneado si al realizar el descargo con patrocinio no ha hecho ninguna observación al respecto.

C. Cont. Adm. San Martín, 19/12/2006, "V. G. M. v. Municipalidad de General San Martín s/materia a categorizar" (Magistrados votantes: Saulquin, Bezzi).

"IX. En primer término, me centraré en el análisis de la queja destinada a que se revoque lo afirmado por el *a quo* en cuanto a la existencia de un vicio debido a que no se puso en conocimiento del actor, al momento de celebrarse la audiencia indagatoria (fs.60), que gozaba de la garantía de ser asistido por un letrado (conf. ap. IV.1).

"Más allá de que la alegada nulidad se encontrare consentida o no —como afirma el recurrente—, lo cierto es que en la oportunidad en que el actor produjo su descargo (fs. 81/84), *con patrocinio letrado*, no hizo consideración alguna acerca de que se hubiese violado su derecho de defensa por haberse omitido informarle que contaba con la mentada garantía".

4) No se encuentra viciado el acto de declaración indagatoria por no haber hecho referencia al hecho concreto de la imputación, cuando se aseveró en el acta que se han explicado los motivos de la citación y con posterioridad al realizar el descargo con patrocinio no se hace observación alguna a ello.

C. Cont. Adm. San Martín, 19/12/2006, "V. G. M. v. Municipalidad de General San Martín s/materia a categorizar" (Magistrados votantes: Saulquin, Bezzi).

“A continuación, me abocaré al examen de la queja del apelante con relación a la aseveración del juez con relación a la falta de referencia *al hecho concreto de la imputación en la declaración indagatoria de fs. 60*.

”Entiendo que la cuestión merece un tratamiento similar al agravio tratado en el considerando que antecede. En efecto, este aspecto tampoco fue impugnado en sede administrativa al efectuar el descargo con asistencia letrada y, menos aún, en sede judicial.

”Más allá de lo expuesto, considero que asiste razón al apelante en tanto parece suficiente la aseveración volcada en el acta acerca de que se le explicaron al inculgado los ‘motivos de la citación’. A su vez, como sostiene el recurrente, el interrogatorio se refirió a los hechos investigados y que luego formaron parte del auto de imputación”.

5) El procedimiento sumarial que no contó con dictamen de la Junta de Disciplina se encuentra viciado y viola el derecho de defensa.

C. Cont. Adm. San Martín, 19/12/2006, “V. G. M. v. Municipalidad de General San Martín s/materia a categorizar” (Magistrados votantes: Saulquin, Bezzi).

“En definitiva, a mi juicio, el argumento empleado por la apelante en el sentido de que la creación de la Junta de Disciplina es optativa, resulta inatendible. Como destacó precedentemente, la ley 11.757 de empleo público municipal —aplicable en el *sub lite*—, contiene una directiva de cumplimiento inexcusable para los municipios, tanto en lo relativo a la creación de ese órgano como a su necesaria participación en el ámbito del procedimiento sumarial.

”A su vez, como sostuvo este tribunal en el citado fallo, la afectación del derecho de defensa es de índole genérica e insusceptible de ser subsanada con posterioridad; máxime si se tiene en cuenta que se ha previsto dentro de la composición de la Junta, la representación de los trabajadores (conf. art. 103, ley 11.757).

”Por lo tanto, estimo que el reproche de la comuna en tal sentido no puede tener favorable acogimiento en esta alzada”.

6) La falta de acompañamiento del legajo del agente para su elevación a la Junta de Disciplina resulta trascendente para determinar la graduación de la sanción.

C. Cont. Adm. San Martín, 19/12/2006, “V. G. M. v. Municipalidad de General San Martín s/materia a categorizar” (Magistrados votantes: Saulquin, Bezzi).

“Por otra parte, adelanto que el reproche contra el argumento del sentenciante relativo a la falta de acompañamiento del legajo personal del agente —una vez concluido el sumario y a efectos de su elevación a la Junta de Disciplina—, debe ser desestimado.

”A mi juicio, tal omisión dista de ser intrascendente si se tiene en cuenta que en el legajo personal se consignan tanto las sanciones como los reconocimientos del agente, circunstancias susceptibles de ser consideradas como agravantes o atenuantes por la Junta de Disciplina al emitir su dictamen y, ciertamente, por el Intendente al momento del dictado de la resolución definitiva.

”En ese sentido, es dable advertir que la deficiencia apuntada posee una indudable proyección en la graduación de la sanción, en caso de que ésta correspondiere (arg. art. 102, ley 10.430)”.

7) Siendo el procedimiento para decretar cesantía por abandono de cargo de excepción, la causa que lo habilita debe surgir en forma ostensible y manifiesta.

C. Cont. Adm. San Martín, 28/12/2006, 777/06, “Mendoza, Norma Isabel v. Municipalidad de La Matanza s/proceso sumario contra sanc. en mat. de empleo” (Magistrados votantes: Saulquin, Bezzi).

“Y es que, habida cuenta de que la cesantía por abandono de cargo es un supuesto de excepción, donde no se requiere la instrucción de un sumario propiamente dicho, y que se emplea frente a situaciones de comprobación objetiva, la causa que habilita su utilización debe surgir en forma ostensible y manifiesta.

”En otras palabras, dada la gravedad de la sanción y la ausencia de un sumario administrativo, es inadmisibles que las circunstancias que dan lugar a la decisión expulsiva no sean absolutamente claras.

”En ese orden, el Máximo Tribunal Provincial ha expresado que ‘la cesantía por abandono de trabajo se configura con la actitud del dependiente que sin motivo deja de concurrir al empleo con el propósito expreso o presunto de no cumplir en lo sucesivo con su prestación de servicios, sin que medie justificación alguna...; razón por la cual, no se puede concluir en la existencia de tal abandono a trabajar porque tenía motivos a su parecer justificados para no hacerlo y el principal estaba anunciado de ello al disponer la cesantía’ (Sup. Corte Bs. As., 20/4/1999, B 52937, ‘Gualati, Julio César v. Municipalidad de Esteban Echeverría’)”.

8) Para aplicar el procedimiento de excepción, las inasistencias tienen que ser sin aviso, circunstancia que en el caso no ocurrió.

C. Cont. Adm. San Martín, 28/12/2006, 777/06, “Mendoza, Norma Isabel v. Municipalidad de La Matanza s/proceso sumario contra sanc. en mat. de empleo” (Magistrados votantes: Saulquin, Bezzi).

“XVI. En el contexto referido, es dable advertir que el procedimiento tendiente a determinar la existencia de abandono del cargo se encuentra viciado *ab initio*.

”Y es que, para que exista abandono del cargo, deben existir cinco inasistencias consecutivas, *sin previo aviso*. En la especie, no puede afirmarse que la agente hubiese omitido dar aviso de su ausencia”.

9) La corroboración de la justificación de la enfermedad del agente estaba a cargo del municipio, por lo que no pueden considerarse injustificadas las inasistencias.

C. Cont. Adm. San Martín, 28/12/2006, 777/06, “Mendoza, Norma Isabel v. Municipalidad de La Matanza s/proceso sumario contra sanc. en mat. de empleo” (Magistrados votantes: Saulquin, Bezzi).

“XVII. Sentado lo expuesto, a mi juicio, resulta imprescindible recalcar, además, que la demandada le exigió a la agente que justificara su enfermedad, cuando

tal extremo se encontraba a cargo del propio municipio, mediante el examen médico realizado por un facultativo por ella designado (art. 34, in fine, ley 11.757).

”A pesar de que tal obligación legal pesaba sobre la Administración —como dije precedentemente—, la comuna consideró injustificadas las inasistencias con fundamento en que la demandante no había concurrido a la comuna a efectos de que un profesional la examinase”.

10) Una decisión discrecional debe aplicarse en forma igualitaria a todos los empleados en las mismas condiciones de hecho.

C. Cont. Adm. San Martín, 28/12/2006, 777/06, “Mendoza, Norma Isabel v. Municipalidad de La Matanza s/proceso sumario contra sanc. en mat. de empleo” (Magistrados votantes: Saulquin, Bezzi).

“Por otra parte, resulta inatendible el argumento de la comuna relativo a que, como el sistema de control de ausentismo es discrecional para la comuna, ésta puede disponer en qué ocasiones debe un empleado movilizarse al servicio en lugar de mandar al galeno. En ese sentido, considero que una vez adoptada una de las posibles alternativas legales, el sistema elegido debe ser aplicado, *ante las mismas condiciones de hecho —reposo— a todos los empleados por igual* (art. 16, CN), ya sea que residan en zonas peligrosas o no. Y es que, si bien la comuna puede elegir el mecanismo de control de ausentismo, ello no implica que arbitrariamente lo aplique en forma desigual al personal a su cargo”.

11) Si el empleado se encuentra en reposo no parece razonable exigirle que se movilice para ser examinado.

C. Cont. Adm. San Martín, 28/12/2006, 777/06, “Mendoza, Norma Isabel v. Municipalidad de La Matanza s/proceso sumario contra sanc. en mat. de empleo” (Magistrados votantes: Saulquin, Bezzi).

“Por lo demás, es necesario referir que, eventualmente, sea cual fuere el sistema de control de ausentismo por el cual se opte, si el empleado alega encontrarse en reposo no parece razonable que sea el paciente quien deba movilizarse a efectos de ser examinado, como pretende la comuna”.

12) No puede exigirse a un empleado “gestores” para suplir la conducta debida por la propia comuna.

C. Cont. Adm. San Martín, 28/12/2006, 777/06, “Mendoza, Norma Isabel v. Municipalidad de La Matanza s/proceso sumario contra sanc. en mat. de empleo” (Magistrados votantes: Saulquin, Bezzi).

“A su vez, no encuentro basamento lógico, y menos aún normativo, que respalde la afirmación de la Administración en cuanto a que la actora debió enviar a terceras personas a llevar los certificados o, en todo caso, dejar a su hijo enfermo con algún familiar a tales fines. Tales consideraciones, desde mi perspectiva, no son de recibo, en la medida en que no parece razonable exigirle a un empleado que cuente con ‘gestores’ que deban suplir las conductas debidas —y omitidas ilegítimamente en el caso— por la comuna”.

13) La intimación previa a la cesantía por abandono está viciada por no corroborar si el agente estaba en condiciones de reintegrarse a sus tareas.

C. Cont. Adm. San Martín, 28/12/2006, 777/06, "Mendoza, Norma Isabel v. Municipalidad de La Matanza s/proceso sumario contra sanc. en mat. de empleo" (Magistrados votantes: Saulquin, Bezzi).

"XVIII. A su vez, cuando finalmente intimó a la actora en los términos del art. 65 de la ley 11.757 para que se reintegrara a sus tareas (ver cédula de fs. 6, exp. J-2000), lo hizo sin cumplir previamente con su obligación de corroborar si la agente se encontraba en condiciones para ello. Es decir, omitió comprobar —a través de su Departamento de Medicina Laboral— si la alegada dolencia había cesado o, eventualmente, debía integrarse junta médica".

14) La Administración debió sopesar las graves circunstancias que rodeaban al agente, circunstancia que no demostró haber hecho.

C. Cont. Adm. San Martín, 28/12/2006, 777/06, "Mendoza, Norma Isabel v. Municipalidad de La Matanza s/ proceso sumario contra sanc. en mat. de empleo" (Magistrados votantes: Saulquin, Bezzi).

"XIX. Por otra parte, debe ponderarse que la comuna no desconocía la situación por la que atravesaba la actora y cuál era su particular contexto: un hijo menor discapacitado, residir en un barrio carenciado, falta de instrucción y de medios económicos, enfermedades, familiares a cargo etcétera.

"Si bien el apelante manifiesta que por dicha razón esperó cuarenta y siete días para disponer la cesantía de la actora, lo cierto es que, en todo caso, de las actuaciones administrativas arrojadas a la causa no surge que el tiempo transcurrido hubiese obedecido a la circunstancia apuntada por la Administración; sino, antes bien, a la existencia de dudas respecto a la configuración del abandono por el área de personal. Y es que, no existe constancia documentada alguna que la Administración hubiese sopesado las graves circunstancias que rodeaban a la agente".

15) La Administración debió procurar un médico para que examinara a la actora y, en caso de corresponder, requerir junta médica.

C. Cont. Adm. San Martín, 28/12/2006, 777/06, "Mendoza, Norma Isabel v. Municipalidad de La Matanza s/proceso sumario contra sanc. en mat. de empleo" (Magistrados votantes: Saulquin, Bezzi).

"Tanto es así que —como ya dije— la actora llamó en tres oportunidades y no se le mandó médico. Además, la Administración estaba anoticiada de la enfermedad y nada hizo. Y, por lo demás, en lugar de esperar cuarenta y siete días a que la actora justifique su enfermedad o intimarla a que se reintegrara a sus tareas, debió procurar que un médico de la Administración la examinara e incluso, de darse los supuestos, requerir junta médica".

16) La no especificación de los días en los que el agente habría incurrido en inasistencias injustificadas generan un impedimento en su defensa.

C. Cont. Adm. San Nicolás de los Arroyos, 7/5/2007, "Carvajal Paulo del Carmen v. Municipalidad de Zárate s/pretensión anulatoria" (Magistrados votantes: Damián Nicolás Cebey y Cristina Yolanda Valdez).

Al no expresar el titular del Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de Zárate los días en los que el agente habría incurrido en inasistencias injustificadas, le provoca la dificultad o el impedimento de rebatir y debatir las circunstancias fácticas que motivan el acto, alterando su defensa y, en consecuencia, el debido proceso, restringiendo también la posibilidad de ofrecer prueba hábil que neutralice la pretendida subsunción normativa. De haber explicitado la comuna los días de inasistencia injustificada, hasta podría haberse evitado el dictado de un acto, al advertir por ejemplo, que la cantidad de tales días era insuficiente para aplicar la norma pretendida.

17) Cabe tener en cuenta el procedimiento interno, habitual, real y concreto para considerar la justificación de las inasistencias por enfermedad.

C. Cont. Adm. San Nicolás de los Arroyos, 7/5/2007, "Carvajal Paulo del Carmen v. Municipalidad de Zárate s/pretensión anulatoria" (Magistrados votantes: Damián Nicolás Cebey y Cristina Yolanda Valdez).

"También cuestiona el apelante que el juzgador haya tenido por enfermo al agente municipal, al sustentar su razonamiento en los certificados médicos emitidos por los profesionales de la salud. Tampoco considero que pueda admitirse el agravio.

"En esta cuestión cabe particularizar que, de la prueba rendida en la causa —que incluye el expediente administrativo—, surge que el Municipio demandado tenía por procedimiento interno, habitual, real y concreto, ante el caso de invocación de enfermedad de sus agentes que no asistieran a prestar servicios por razones de enfermedad, la recepción de certificados emitidos por profesionales de la salud (sin entrega de copia o constancia de recepción de tales documentos) y su agregado al legajo de cada agente; los testimonios brindados en la causa lo ratifican (fs. 154, 155 y 156).

"El sistema implementado —que puede ser criticable por cuanto dificulta que los agentes o sus familiares puedan acreditar debidamente la entrega de los certificados y que permite que su mero extravío dentro de las oficinas municipales pueda ser dificultosamente subsanado de no mediar buena voluntad personal de los empleados y funcionarios de la Administración—, admite conforme surge de los testimonios aludidos, la presentación de certificados médicos, sin distinción del profesional o servicio de salud emitente".

18) La comuna debió rebatir los certificados médicos al tiempo de recibirlos.

C. Cont. Adm. San Nicolás de los Arroyos, 7/5/2007, "Carvajal Paulo del Carmen v. Municipalidad de Zárate s/pretensión anulatoria" (Magistrados votantes: Damián Nicolás Cebey y Cristina Yolanda Valdez).

"Acoto que no se ha acreditado que el actor no estuviera enfermo cuando lo invocó para justificar sus inasistencias; en primer lugar, porque no se ha arrimado prueba alguna que aniquile las ratificaciones efectuadas por los profesionales de

la salud quienes (además de reconocer sus firmas) señalaron que brindaron su tratamiento al actor. Además, porque no corresponde apartarse de las consecuencias de tales ratificaciones (expresadas por profesionales con incumbencia) tanto tiempo después de haber emitido sus certificados, máxime cuando la oportunidad y modo de rebatir tales afirmaciones las contaba la comuna demandada quien, al recibir los certificados, pudo y debió en tiempo, controlar la situación de salud del agente.

“La enfermedad es una causal de justificación legal de la ausencia y ello lo reconoce el ordenamiento jurídico, siendo el Estatuto del Personal Municipal uno de tantos que así lo establece (art. 27, ley 11.757). Esa misma norma prevé el procedimiento ante la enfermedad o accidente (art. 34, EPM), tanto por parte del agente (‘deberá dar aviso de la enfermedad o accidente y del lugar en que se encuentra, en el transcurso de la primera jornada de trabajo respecto de la cual estuviere imposibilitado de concurrir por alguna de esas causas. Mientras no lo haga, perderá el derecho a percibir, la remuneración correspondiente salvo que la exigencia de la enfermedad o accidente, teniendo en consideración su carácter y gravedad, resulte luego inequívocamente acreditada’) como por el Municipio (‘el agente está obligado a someterse al control que se efectúe por el facultativo designado por la Administración Municipal’); aun para el caso de verificarse *prima facie* un accionar del agente en contra de sus deberes y obligaciones (arts. 64 y ss., EPM)”.

3.4. *Jurisprudencia de los Juzgados en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires*

1) Debe asegurarse el derecho de defensa al empleado público aun cuando no esté previsto para el caso sumario previo.

Juzg. Cont. Adm. Mercedes a cargo del Dr. Hugo Echarri, 2/5/2005, “Regalado, José Manuel v. Municipalidad de Mercedes s/incidente de medida cautelar”.

“La labor hermenéutica impone una *visión integral y sistémica* de las normas vigentes por lo que el caso *sub examine* debe encuadrarse no sólo a la luz de lo dispuesto por el art. 65 del Estatuto del Empleado Municipal —como lo ha hecho la Administración municipal— sino del resto de las normas constitucionales y legales que juegan en la cuestión. Debe tenerse presente que en principio —y sin entrar a pronunciarme si el actor contaba o no con estabilidad en el empleo público municipal que detentaba— aun cuando la sanción no exigiere sumario previo debe asegurarse al empleado público su derecho a la defensa mediante el cumplimiento de un procedimiento aunque sea mínimo. Ello resulta aplicable en el caso porque el propio art. 65 dispone que la cesantía por abandono de trabajo procede después de la intimación ‘salvo cuando pudiere justificar valedera y suficientemente la causa que hubiere imposibilitado la respectiva comunicación’, art. 65 ley citada. Por otra parte debe tomarse como principio general la disposición del aArt. 67 del mismo cuerpo legal cuando impone, en todos los casos, el respeto del *derecho de defensa* mediante la articulación de un ‘procedimiento breve’ donde pueda articularse el mismo. Es este procedimiento el que *prima facie* —y de acuerdo la constancia del expediente administrativo n° 846 que tengo a mi vista— no ha sido articulado”.

2) La falta de los dictámenes previos al acto de cesantía constituye una anomalía procedimental grave.

Juzg. Cont. Adm. Mercedes a cargo del Dr. Hugo Echarri, 2/5/2005, "Regalado, José Manuel v. Municipalidad de Mercedes s/incidente de medida cautelar".

“Surge de las actuaciones —y resulta reconocido por la accionada— el accidente sufrido por el actor y la denuncia del evento ante la misma, ver fs. 183 vta. primeros párrafos. Por otra parte del expediente administrativo acompañado —expte. 846— surge que solamente se le practicó una intimación fehacientemente notificada —ver. fs. 2/3— a partir de la cual, y una vez cumplido el exiguo plazo otorgado para el reintegro, se dicta el acto administrativo disponiendo el cese del Sr. Regalado. No se me escapa que tampoco se encuentran producidos, previo al dictado del acto, los dictámenes pertinentes exigidos legalmente —cfr. art. 57, ley 7647 y art. 57, OG 267— fundamentalmente el jurídico, lo que de por sí denota otra anomalía procedimental grave (cfr. Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, B- 64413, ‘Estudiantes de La Plata’).”

3) Rigen en la ponderación jurisdiccional de la materia cautelar los principios constitucionales de irrenunciabilidad, primacía de la realidad, interpretación a favor del trabajador en caso de duda y justicia social.

Juzg. Cont. Adm. Mercedes a cargo del Dr. Hugo Echarri, 2/5/2005, "Regalado, José Manuel v. Municipalidad de Mercedes s/incidente de medida cautelar".

“Debo poner de manifiesto finalmente que también en la ponderación jurisdiccional de la materia cautelar rigen los principios constitucionales rectores en esta esfera de irrenunciabilidad, primacía de la realidad, interpretación a favor del trabajador en caso de duda, y por sobre todo el de justicia social (cfr. art. 39, inc. 3, CPBs. As.; art. 75, inc. 19, CN; Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) los cuales, unidos a las demás circunstancias del caso puntualizadas, abonan mi convicción en favor de la apariencia del buen derecho sostenido por la parte actora”.

4) Es procedente la medida cautelar que suspende el acto de cesantía cuando no se dio intervención previa a la Junta de Disciplina.

Juzg. Cont. Adm. n. 1 San Martín a cargo del Dr. Jorge Anibal Ocampo, 27/6/2005, "Cassano, Osvaldo Omar v. Municipalidad de General San Martín s/medida cautelar autónoma o anticipada".

“V.- Entonces luego de analizar lo actuado en el expediente administrativo por el cual se tramitara el sumario que diera origen al dictado del Decreto que dispusiera la cesantía del actor y la normativa aplicable en la materia, surge dentro del campo limitativo que corresponde considerar sobre la medida cautelar anticipada incoada, que le asiste razón al actor, ya que no se observa que en ningún momento se hubiere cumplido con el procedimiento que determinara la norma, habiéndose obviado pasos que eran obligatorios, como lo es la intervención previa al dictado del acto de la Junta de Disciplina. Es así que los hechos reseñados y documentación obrante en la causa, arrojan *prima facie* suficiente entidad a la infracción jurídica que dio origen a la impugnación formulada por el actor, toda vez que se encontraría infringido el

art. 15 de la Constitución Provincial en cuanto garantiza el debido proceso en sede administrativa”.

5) Debe hacerse lugar a la medida cautelar que dispone la suspensión de los efectos del acto de cesantía si ésta fue motivada en el abandono de cargo por inasistencias injustificadas cuando el actor había solicitado licencia médica ante el Consejo Escolar y no ante la escuela donde prestaba servicios, haciendo primar el principio de informalismo a favor del ciudadano.

Juzg. Cont. Adm. Trenque Lauquen a cargo del Dr. Pablo Germain, 12/10/2006, “H., L. A. v. Dirección General de Cultura y Educación s/amparo”.

“En el caso, la fundamentación del cese es el supuesto abandono del actor a su cargo (por no justificar la inasistencia), y no el rechazo de la licencia médica por la inexistencia de la patología denunciada, o por otras razones ajenas a los supuestos padecimientos del actor.

”La propia demandada manifiesta que no encuentra objeciones a realizar en cuanto al procedimiento de solicitud de licencia por parte del actor (ver fs. 62 vta. y 36 del expte. adm. 5800 156802 2 2006, vinculado a la causa).

”Por lo tanto la fundamentación del cese por abandono, debido a que el actor no presentó los certificados médicos ante la Escuela de Educación Técnica N° 1 de Carlos Casares, cuando *prima facie* lo hizo ante el Consejo Escolar, implica (sin perjuicio de lo que oportunamente pueda resolverse) un rigor formal impropio de los trámites administrativos, en los cuales rige el principio del informalismo a favor del ciudadano. Más aun cuando, advertido de esa situación mediante el acta celebrada ante el Consejo Escolar (vr. fs. 52/53), no se revió la decisión administrativa, pese a la solicitud de esa entidad”.

6) No se evidencia desproporción en la sanción aplicada cuando se ha elegido la menos gravosa frente a los hechos comprobados.

Juzg. Cont. Adm. n. 2 La Plata, 24/9/2007, “B., M. R. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/pretensión anulatoria”.

“Se advierte entonces, que la cesantía impuesta al actor no resulta ser la sanción de mayor gravedad contemplada en la norma reglamentaria, sino por el contrario, la entidad bancaria al momento de optar entre una sanción más gravosa —exoneración— y la más leve —cesantía—, frente a los hechos comprobados en el procedimiento disciplinario, decidió subsumir la conducta del agente, en la pena de menor entidad.

”Tal circunstancia no permite vislumbrar la alegada desproporción entre la sanción impuesta y el obrar del agente que motivó su aplicación, extremo que obsta a tener por configurado el vicio ‘por exceso de punición’ endilgado al acto administrativo, cuya anulación se pretende en el *sub lite*”.

7) No existe tratamiento discriminatorio si la participación en el hecho y la jerarquía de ambos agentes era diferente.

Juzg. Cont. Adm. n. 2 La Plata, 24/9/2007, “B., M. R. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/pretensión anulatoria”.

“No se advierte entonces, un tratamiento discriminatorio ante la misma situación fáctica, sino la configuración de faltas administrativas que evidencian distinta gravedad o entidad, considerando no sólo la participación en la autoría material del hecho imputado, sino la jerarquía del cargo desempeñado por los involucrados, ya que no puede obviarse que el Estatuto establece que el personal está obligado a ‘someterse a la jurisdicción disciplinaria y ejercer la que le compete por su jerarquía’ (art. 21, inc. ‘q’)”.

4. Sanción de exoneración

4.1. Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

1) La mayor gravedad de la exoneración respecto de la cesantía impide su aplicación alternativa por el Poder Ejecutivo.

Corte Sup., 1964, “Nassif Eybel, Oscar”, Fallos 259:266.

Si bien la cesantía y la exoneración separan al agente de los cuadros de la Administración, las consecuencias de la segunda sobre los derechos jubilatorios y el posible reingreso del afectado, impiden su aplicación alternativa según el criterio discrecional del Poder Ejecutivo.

2) La aplicación de sanciones sin forma de sumario en supuestos excepcionales no es inconciliable con el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

Corte Sup., 1964, “Borro, Ricardo Héctor”, Fallos 259:173.

La facultad acordada por los arts. 1º y 2º del decreto-ley 11.159/1962 de decretar, en supuestos excepcionales, cesantías e, incluso, la exoneración de empleados públicos, sin forma de sumario, no es necesariamente inconciliable con el art. 14 nuevo de la Constitución Nacional.

3) No resulta arbitraria la sentencia que aplicó sanción de exoneración pese al sobreseimiento definitivo en sede penal.

Corte Sup., 1976, “Polak, Raúl Jorge Tomás v. Nación”, Fallos 296:606.

No procede el recurso extraordinario contra la sentencia que confirmó la exoneración de los actores, basada en circunstancias que surgen del sumario administrativo, aunque en sede penal los imputados hubieran obtenido sobreseimiento definitivo.

4) No es irrazonable la sanción de exoneración dictada en actuaciones sumariales concluidas formalmente, y que se dictara días después de la vigencia de un nuevo procedimiento sumarial.

Corte Sup., 14/5/2002, C. 578. XXXIV, recurso de hecho, “Carabus de Martínez, Olga Nélida v. Universidad Nacional de Catamarca”, Fallos 325:999 (Magistrados votantes: Julio S. Nazareno, Eduardo Moliné O’Connor, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano, Guillermo A. F. López).

“5°) Que en tales condiciones, la decisión de la autoridad universitaria de llevar a cabo la sesión especial pese a la vigencia de la ordenanza 17/1992, no es manifiestamente irrazonable, pues se sustentó en la existencia de actuaciones sumariales ya concluidas en su aspecto formal y, por otra parte en que, según el estatuto, era precisamente el Consejo Superior el órgano competente en última instancia para disponer la sanción impugnada en autos”.

5) Los hechos determinantes anteriores a su retiro obligatorio pueden dar lugar a exoneración cuando esté bajo dicho estado.

Corte Sup., 5/9/2006, S. 331. XXXIX, S. 205. XXXIX, recurso de hecho, “Spinosa Melo, Oscar Federico v. E. N. —M° de Relaciones Exter. Comer. Internacional y Culto— s/empleo público”, Fallos 329:3617 (Voto mayoría) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco —según su voto—, Carlos S. Fayt —en disidencia—, Juan Carlos Maqueda —en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti —en disidencia—, Carmen M. Argibay —en disidencia parcial—, Hebe L. Corchuelo de Huberman —según su voto—, Luis César Otero —según su voto—).

“5°) Que resultan infundados los agravios del recurrente relativos a que una correcta inteligencia de los arts. 18 y 41 de la ley 20.957 lleva a concluir en que la exoneración es ilegítima, porque no pudo serle impuesta a quien se encontraba en situación de retiro. En efecto, según el art. 2°, inc. b, de la ley citada, el personal en situación de retiro, voluntario u obligatorio, forma parte del cuerpo permanente pasivo y posee estado diplomático. De acuerdo con el art. 25 de la ley 20.957, dicho estado se pierde en los supuestos de cesantía o exoneración. Si bien el art. 22, inc. s, de la ley 20.957 establece que los funcionarios del cuerpo permanente pasivo están sujetos a las mismas obligaciones de los funcionarios en actividad cuando sean convocados a prestar servicios, el citado art. 25 de la ley en cuestión no deja margen de duda en cuanto a que (al menos, en determinadas circunstancias) los funcionarios en situación de retiro son susceptibles de ser sancionados con la cesantía o exoneración.

”Además, si bien es cierto que en la especie la sanción de exoneración fue aplicada después de que el embajador había pasado a situación de retiro obligatorio, los hechos determinantes de su exoneración datan del tiempo inmediato anterior, cuando todavía formaba parte del servicio activo y cumplía funciones como embajador en la República de Chile”.

6) No viola el principio *non bis in idem* la circunstancia que algunas pruebas de cargo incorporadas al sumario anterior se refieran a los hechos investigados en el nuevo sumario, cuando no se sancionaron las mismas conductas.

Corte Sup., 5/9/2006, S. 331. XXXIX, S. 205. XXXIX, recurso de hecho, “Spinosa Melo, Oscar Federico v. E. N. —M° de Relaciones Exter. Comer. Internacional y Culto— s/empleo público”, Fallos 329:3617 (Voto mayoría) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco —según su voto—, Carlos S. Fayt —en disidencia—, Juan Carlos Maqueda —en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti —en disidencia—, Carmen M. Argibay —en disidencia parcial—, Hebe L. Corchuelo de Huberman —según su voto—, Luis César Otero —según su voto—).

“Sin embargo, aunque sea posible suponer que la conducta del funcionario como embajador en la República de Chile pudo haber influido en el ánimo del instructor, del fiscal y, del órgano sancionador para imponerle la sanción de retiro obligatorio, esa posibilidad no excede el marco de lo hipotético.

”Ello es así porque tanto la resolución ministerial de apertura del sumario, como los cargos imputados al diplomático y su defensa y, además, la resolución que le aplicó la sanción de retiro obligatorio y las restantes actuaciones correspondientes al sumario ordenado por la resolución ‘S’ 1453 de 1991 aluden a los hechos sucedidos en el barrio porteño de La Recoleta el 14 de septiembre de 1991, y omiten referirse explícitamente a la conducta anterior del funcionario, durante su desempeño como embajador argentino en la República de Chile. En tales condiciones, la circunstancia de que algunas de las pruebas de cargo incorporadas al sumario que concluyó con el retiro obligatorio se refirieran, equívocamente, a los hechos investigados en el sumario que dio lugar a la exoneración no permite afirmar de manera indudable que el diplomático fue efectivamente sancionado dos veces por los mismos hechos, en violación del principio *non bis in idem*”.

7) El deber de comportarse con honorabilidad en público como en privado no puede afectar la parte central de los derechos individuales de los agentes, no pudiendo prevalecer sobre el ámbito de su intimidad la calificación que de su conducta hagan grupos políticos o religiosos.

Corte Sup., 5/9/2006, S. 331. XXXIX, S. 205. XXXIX, recurso de hecho, “Spinosa Melo, Oscar Federico v. E. N. —M^a de Relaciones Exter. Comer. Internacional y Culto— s/empleo público” Fallos 329:3617 (Voto mayoría) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco —según su voto—, Carlos S. Fayt —en disidencia—, Juan Carlos Maqueda —en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti —en disidencia—, Carmen M. Argibay —en disidencia parcial—, Hebe L. Corchuelo de Huberman —según su voto—, Luis César Otero —según su voto—).

“8º) Que, en tal sentido, los antecedentes de hecho tenidos en cuenta por la cámara para convalidar la sanción se refieren a la conducta observada por el embajador en la privacidad del recinto de su dormitorio en la residencia oficial, que no hubiera trascendido de no haber mediado la indagación al mucamo de la embajada. Dicho comportamiento constituye una parte de los hábitos íntimos reservada a la conciencia del individuo, protegida por el art. 19 de la Constitución Nacional y, por tanto, exenta de la vigilancia y el castigo por parte de las autoridades administrativas y judiciales. Lo dispuesto en el art. 11, inc. c, de la ley 20.957 en el sentido de que el personal del servicio exterior está obligado a comportarse con honorabilidad, tanto en público como en privado, en modo alguno puede ser interpretado en el sentido de que, por el mero hecho de serlo, sus funcionarios están privados de la parte central de sus derechos individuales, entre ellos, el derecho de involucrarse en las particulares conductas privadas, incluso físicas, que sean de su elección.

”Pues ni es asunto del Gobierno indagar lo que de manera soberana los individuos deciden hacer o dejar de hacer en el ámbito de su intimidad, ni el hecho de que ciertos grupos políticos o religiosos pudieran condenar tales conductas o considerarlas reprobables confiere al Estado el derecho de imponer los juicios morales de dichos grupos sobre la totalidad de sus habitantes”.

8) El ámbito de privacidad protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional no comprende sólo las conductas desarrolladas en los domicilios privados sino también aquellas desarrolladas fuera de él pero realizadas de modo reservado.

Corte Sup., 5/9/2006, S. 331. XXXIX, S. 205. XXXIX, recurso de hecho, "Spinosa Melo, Oscar Federico v. E. N. —M^o de Relaciones Exter. Comer: Internacional y Culto— s/ empleo público", Fallos 329:3617 (Voto mayoría) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco —según su voto—, Carlos S. Fayt —en disidencia—, Juan Carlos Maqueda —en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti —en disidencia—, Carmen M. Argibay —en disidencia parcial—, Hebe L. Corchuelo de Huberman —según su voto—, Luis César Otero —según su voto—).

"9º) Que similares consideraciones merecen las visitas nocturnas que el embajador realizaba a lugares de esparcimiento en los que se bebe, se baila, y en los que se ofrecen espectáculos de variedades; conducta que tampoco hubiera trascendido de no haber sido indagado su chofer al respecto.

"Es que el ámbito de privacidad protegido por el art. 19 de la Constitución Nacional no comprende exclusivamente las conductas que los individuos desarrollan en sus domicilios privados, sino que también alcanza a las que, de modo reservado, con la intención de no exhibirse, y sin que tengan trascendencia pública ni provoquen escándalo, aquéllos llevan a cabo fuera del recinto de aquél. Sostener lo contrario significaría tanto como aceptar que la más fundamental de las libertades personales sólo está constitucionalmente protegida en la medida en que se la ejerza en el reducido espacio del ámbito domiciliario y debido a la circunstancia incidental de que los individuos no pueden ser vigilados mientras permanezcan en él".

9) Si bien las reglas disciplinarias no son susceptibles de ser descriptas típicamente, la autoridad jerárquica debe proporcionar explícitamente las razones por las cuales calificó una conducta de determinada manera.

Corte Sup., 5/9/2006, S. 331. XXXIX, S. 205. XXXIX, recurso de hecho, "Spinosa Melo, Oscar Federico v. E. N. —M^o de Relaciones Exter. Comer: Internacional y Culto— s/ empleo público", Fallos 329:3617 (Voto mayoría) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco —según su voto—, Carlos S. Fayt —en disidencia—, Juan Carlos Maqueda —en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti —en disidencia—, Carmen M. Argibay —en disidencia parcial—, Hebe L. Corchuelo de Huberman —según su voto—, Luis César Otero —según su voto—).

"10) Que, a lo precedentemente expuesto, cabe agregar que la mera indeterminación del concepto de honorabilidad previsto en art. 11 de la ley 20.957 no habilita implícitamente al órgano sancionador a llenarlo con el contenido que le dicte su libre y cambiante arbitrio. El razonable margen de discrecionalidad reconocido a la autoridad jerárquica en materia disciplinaria (Fallos 311:2128, considerando 5º), y su cita) no significaba que ella estuviera exenta de proporcionar explícitamente las razones concretas en virtud de las cuales consideraba que la concurrencia a espectáculos de variedades configuraba, *per se*, una afrenta al honor incompatible con la conducta de un diplomático y al adecuado funcionamiento del servicio exterior. Ello

es así porque, a pesar de que como regla se acepte que las infracciones disciplinarias no son susceptibles de ser típicamente descritas, en el sentido en que lo son los delitos del derecho criminal, tampoco resulta posible admitir que los funcionarios estén expuestos a ser separados forzosamente del servicio por el mero hecho de incurrir en conductas innominadas, cuya descripción concreta depende exclusivamente del juicio formulado *a posteriori* por el órgano sancionador, según el libre arbitrio de éste. Esto último supondría tanto legitimar la existencia de un poder legal en blanco como retornar, inexcusablemente, al concepto de los *delicta innominata* del derecho antiguo (cfr. MATTES, Heinz, *Problemas de derecho penal administrativo*, Edersa, Madrid, 1979; ídem, NIETO, Alejandro, “Problemas capitales del derecho disciplinario”, *Revista de la Administración Pública*, Instituto de Estudios Políticos, 1970, nro. 63, p. 39”).

10) Las causales tenidas en cuenta para aplicar exoneración basadas en comportamientos personalísimos del imputado deben ser descalificadas por ser conductas amparadas por el art. 19 de la Constitución Nacional.

Corte Sup., 5/9/2006, S. 331. XXXIX, S. 205. XXXIX, recurso de hecho, “Spinosa Melo, Oscar Federico v. E. N. —M^o de Relaciones Exter. Comer. Internacional y Culto— s/empleo público” (Voto Mayoría) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco —según su voto—, Carlos S. Fayt —en disidencia—, Juan Carlos Maqueda —en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti —en disidencia—, Carmen M. Argibay —en disidencia parcial—, Hebe L. Corchuelo de Huberman —según su voto—, Luis César Otero —según su voto—).

“11) Que, en consecuencia, dos de las tres causas tenidas en cuenta para aplicar la sanción de exoneración no pudieron ser legítimamente consideradas para juzgar la conducta investigada en el sumario. En otras palabras, las dos causales aludidas fueron falsamente invocadas para disponer la medida, por cuanto no constituyeron otra cosa que juicios de valor formulados sobre comportamientos personalísimos del imputado, comprendidos en la esfera de su intimidad y amparados por el art. 19 de la Constitución Nacional. Por tanto, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 7^o, inc. d, y 14, inc. b, de la ley 19.549, el acto sancionador debe ser dejado sin efecto y, de ser así, correspondería que las actuaciones sumariales fueran devueltas al órgano sancionador a fin de que valore si la causal restante (la conducta poco protocolar) justificaba por sí sola la imposición de la sanción objetada”.

11) La potestad disciplinaria tiene por objeto mantener el orden y la disciplina en el servicio, asegurar el debido cumplimiento de los deberes funcionales. Las sanciones deben ser proporcionales a la gravedad y a la perturbación que la falta ocasiona en el funcionamiento del servicio.

Corte Sup., 5/9/2006, S. 331. XXXIX, S. 205. XXXIX, recurso de hecho Spinosa Melo, Oscar Federico v. E. N. —M^o de Relaciones Exter. Comer. Internacional y Culto— s/empleo público”, Fallos 329:3617 (Voto mayoría) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco —según su voto—, Carlos S. Fayt —en disidencia—, Juan Carlos Maqueda —en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti —en disidencia—, Carmen M. Argibay —en disi-

dencia parcial—, Hebe L. Corchuelo de Huberman —según su voto—, Luis César Otero —según su voto—).

“Al respecto, es conveniente recordar que las medidas disciplinarias tienen por objeto mantener el orden y la disciplina dentro de las relaciones de servicio, con el objeto de asegurar el debido cumplimiento de los deberes funcionales; por lo que la intensidad con que se castigan las infracciones del ordenamiento estatutario que rige los deberes y derechos del funcionario debe ser proporcional a la gravedad de la perturbación que la falta ocasiona en el funcionamiento del servicio. En el caso, la privación del derecho a percibir haberes de retiro, impuesta después de veintinueve años de servicio a un funcionario que, según el legajo personal agregado, tiene 61 años de edad, aparece desproporcionada con la gravedad de las faltas que se le imputan (confr. Fallos 313:153, considerando 6°; 321:3103, considerandos 4° y 6°), pues ni está destinada a asegurar el orden, ni tiene carácter correctivo sino que, virtualmente, constituye una pena pecuniaria de carácter accesorio cuya entidad resulta ser más gravosa que la sanción principal”.

12) Resulta desproporcionado privar al agente de su haber de pasividad por la conducta reprochada. Éste es un derecho irrenunciable insusceptible de perderse por la aceptación expresa o implícita de un régimen legal determinado.

Corte Sup., 5/9/2006, S. 331. XXXIX, S. 205. XXXIX, recurso de hecho, “Spinosa Melo, Oscar Federico v. E. N. —M° de Relaciones Exter. Comer. Internacional y Culto— s/empleo público”, Fallos 329:3617 (Voto mayoría) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco —según su voto—, Carlos S. Fayt —en disidencia—, Juan Carlos Maqueda —en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti —en disidencia—, Carmen M. Argibay —en disidencia parcial—, Hebe L. Corchuelo de Huberman —según su voto—, Luis César Otero —según su voto—).

“Como se acaba de expresar, la sanción impugnada no tiene otra consecuencia que despojar al funcionario de una prestación de naturaleza alimentaria, específicamente destinada a cubrir los riesgos de subsistencia y ancianidad (Fallos 311:1644, considerando 4°), sustitutiva de la remuneración que aquél estaba en condiciones de percibir mientras se hallaba en actividad, en ése u otro empleo, público o privado (Fallos 314:165, considerando 7°, y 318:403, entre otros); razón por la cual ella resulta excesiva. Al respecto, no cabe argumentar que el ingreso del actor al servicio exterior de la Nación implicó su tácita aceptación a la totalidad de las disposiciones del régimen jurídico establecido por la ley 20.957, y con ella, la renuncia a percibir haberes en las condiciones del art. 77, pues se trata de un derecho irrenunciable y, por ello, su actitud expresa o implícita era irrelevante para producir, como efecto jurídico, la pérdida del derecho a recibir los beneficios de la seguridad social (cfr. Fallos 312:2249 y 315:2584, considerando 12). Desde la perspectiva de la proporcionalidad de la sanción, el impedimento para obtener los beneficios establecidos en el art. 77 de la ley 20.957, sólo podría justificarse en el supuesto de que la infracción disciplinaria comportara un delito del derecho criminal, penado con ese alcance, o una conducta de una aberración tal que resultaría un contrasentido que el Estado siguiera amparando al infractor, acordándole las prestaciones de la seguridad social (cfr. art. 19, inc. 4°, CPen.)”.

13) La sanción de retiro puso un techo a la potestad sancionatoria administrativa que intentó ejercerse *a posteriori*.

Corte Sup., 5/9/2006, S. 331. XXXIX, S. 205. XXXIX, recurso de hecho, "Spinosa Melo, Oscar Federico v. E. N. —M^o de Relaciones Exter. Comer. Internacional y Culto— s/empleo público", Fallos 329:3617 (Voto en disidencia parcial Dra. Carmen M. Argibay) (Magistrados votantes: Enrique Santiago Petracchi, Elena I. Highton de Nolasco —según su voto—, Carlos S. Fayt —en disidencia—, Juan Carlos Maqueda —en disidencia—, E. Raúl Zaffaroni, Ricardo Luis Lorenzetti —en disidencia—, Carmen M. Argibay —en disidencia parcial—, Hebe L. Corchuelo de Huberman —según su voto—, Luis César Otero —según su voto—).

"Cabe poner de resalto que la imposibilidad de sancionar a Spinosa Melo con la exoneración y consiguiente cancelación del haber de retiro que se encontraba percibiendo no se debe a los comportamientos elusivos del mismo sumariado para sortear su responsabilidad, como pareciera sugerirlo la sentencia apelada (fojas 672 vta.), sino a la misma conducta de la Administración que, en conocimiento de todos los hechos (fojas 671, apartado 9), resolvió sancionarlo con el retiro para pretender, luego, agravar la sanción a costa de los derechos previsionales del agente vinculados con su condición de retirado y que ya habían puesto un techo a la potestad sancionatoria administrativa".

4.2. Jurisprudencia de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires

1) El planteo de incompetencia del instructor sumariante en instancia recursiva procedimental queda saneado por extemporaneidad.

Sup. Corte Bs. As., 8/6/1984, B 48566, "Marruedo, Miguel; Mreud, Félix. v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Negri, Vivanco, Cavagna Martínez, Rodríguez Villar, Mercader) (Voto del Dr. Negri —SD—).

El vicio de procedimiento consistente en la eventual incompetencia del instructor sumariante que no se hizo valer en las oportunidades de prestar declaración, tomar vista y formular la defensa, ha quedado saneado, resultando inoportuna su alegación en el posterior recurso de apelación contra la resolución administrativa que disponía su exoneración, lo que torna improcedente su planteo en esta instancia.

2) La decisión que se aparta del dictamen de la Asesoría General de Gobierno sin fundamentación es nula.

Sup. Corte Bs. As., 8/6/1984, B 48566, "Marruedo, Miguel; Mreud, Félix. v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: Negri, Vivanco, Cavagna Martínez, Rodríguez Villar, Mercader) (Voto del Dr. Negri —SD—).

La resolución del Ministerio de Gobierno que desestima un recurso de apelación —apartándose del criterio favorable expuesto por la Asesoría General de Gobierno— y confirma la exoneración dispuesta contra el actor por el jefe de Policía sin fundamentación alguna es nula, pues viola lo dispuesto en el art. 108 del dec.-

ley 7647/1970, además de afectar los principios republicanos que imponen a la Administración dar cuenta de sus actos.

3) Resulta razonable la sanción de exoneración por afectar gravemente el prestigio de la institución y la dignidad del funcionario motivada en la imputación del delito al agente y el dictado de la prisión preventiva.

Sup. Corte Bs. As., 9/5/1995, B. 51.642, "B., P. v. Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Mercader, Negri, Laborde, Pisano, Rodríguez Villar, Salas, Ghione) (Voto Dr. Mercader —MA—).

"En el caso, el Jefe de Policía consideró que el hecho de haberse iniciado a B. una causa penal por imputación de esa figura delictiva y de que en el mismo se haya dictado a su respecto la prisión preventiva, atento a la seriedad de los cargos y la trascendencia pública del hecho, afectó gravemente el prestigio de la institución y su dignidad de funcionario, lo que constituía de por sí una grave falta encuadrable en el art. 59 inc. 7º del decreto-ley 9550 (ver cons. 9º de la res. 53.399/1986, a fs. 90 del exp. adm. 147.889/1985).

"En el escrito de demanda ni siquiera aparece esbozada alguna argumentación tendiente a demostrar por qué razón los hechos en los que se vio involucrado el actor, de los que dan perfecta cuenta los expedientes judiciales agregados a la causa por iniciativa del Tribunal (ver fs. 45), no constituyen la falta grave que prevé ese artículo. Más precisamente, el señor B. debió aunque sea intentar demostrar, y no lo hizo, que por particulares circunstancias en este caso no se vio afectado el prestigio de la Policía de la Provincia, no obstante que a uno de sus agentes se le imputó el hecho de haber violado en forma reiterada a su hija y un órgano jurisdiccional estimó que existía semiplena prueba de ello, decretando en consecuencia su prisión preventiva (ver fs. 56/57, expediente penal 7004/85)".

4) No puede imputarse al actor, ni sería justo hacerle sufrir las consecuencias de actos que no son suyos.

Sup. Corte Bs. As., 9/5/1995, B. 51.642, "B., P. v. Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Mercader, Negri, Laborde, Pisano, Rodríguez Villar, Salas, Ghione) (Voto Dr. Mercader —MA—).

De ese modo la exoneración del recurrente se fundó en:

- 1) Su detención bajo la imputación del delito de violación calificada reiterada.
- 2) La seriedad de esa imputación acreditada por el dictado del auto de prisión preventiva.
- 3) La trascendencia pública del hecho que afectó gravemente el prestigio de la institución policial y su dignidad de funcionario.

Esos tres fundamentos han caducado totalmente con la absolución en la instancia ordinaria:

- 1) El relativo a su detención y la imputación del delito no tienen modo jurídico posible de prevalecer ante lo resuelto por el juez penal en sentencia firme: "Por lo expuesto, y de conformidad con lo que disponen los arts. 70, 227, 263, inc. 5º, 269 y 431 del Código de Procedimiento Penal, lo dictaminado por el señor agente Fiscal y lo alegado por el señor Defensor Particular, debidamente va-

lorado y probado, fallando definitivamente en la presente causa n° 7004, resuelvo: absolver libremente a P. B., de las demás circunstancias personales mencionadas *ut supra*, por los hechos motivo de acusación fiscal violación calificada en forma reiterada, art. 119 inc. 1° en relación con el 122 y 55 del Código Penal; sin costas art. 70 del CPP...” “Atento al pronunciamiento precedente, póngase al encartado P. B. en inmediata libertad bajo caución juratoria, conforme lo determinan el art. 3° inc. b) de la ley 10.120, liberándose a tal fin el oficio de estilo al señor Director de la Unidad Penal 3 de Ciudad”.

2) El que atañe a la seriedad de la imputación ha caducado por esos mismos fundamentos. Ninguna imputación de delito es “seria” si se concluye absolviendo.

3) El que se refiere a la trascendencia pública del hecho también ha quedado sin efecto por esa misma razón. Es seguro que la sentencia absolutoria ha tenido menor repercusión que la acusación y que, en ese sentido, el desprestigio de la institución y la dignidad a la que hace referencia la resolución que lo exonera, no han quedado restaurados por ella.

Pero esto no es modo alguno imputable al actor, ni sería justo que se le hicieran sufrir las consecuencias de actos que no son suyos y de los que fue únicamente víctima.

5) Resultan atribuciones privativas de la Administración establecer la naturaleza, la entidad de la falta del agente y dosificar la sanción.

Sup. Corte Bs. As., 12/9/1995, B. 55.220, “Vila, Carlos Edgardo v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Laborde, Negri, Rodríguez Villar, San Martín, Salas) (Voto del Dr. Laborde —SD—).

“En anteriores casos he tenido oportunidad de adherir a la doctrina del Tribunal formulada a través de distintas integraciones en el sentido que ‘constituyen atribuciones privativas de la Administración en materia disciplinaria, establecer tanto la naturaleza y entidad de la falta del agente como el dosificar la sanción (Acuerdos y Sentencias 1962-II-317 y 474; 1963-II-13; 1965-I-754; 1967-I-890; 1972-II-270 y 512; 6/7/1976, B. 47.391, ‘Puricelli’; 27/4/1982, B. 48.396, ‘Lorenzo Porta’; 29/3/1983, B. 48.426, ‘Cerecetti’, entre otras), siendo el órgano administrativo el único juez de ella... mientras no se rebasen los límites impuestos por la reglamentación respectiva o se incurra en patentes desvíos lógicos (Acuerdos y Sentencias 1969786; 1971-II-608; 1972-II-512; v. voto del doctor Mercader en Acuerdos y Sentencias 1986-II-339) ”.

6) El estado policial exige como deber decoro en la vida privada y la defensa de la propiedad de las personas.

Sup. Corte Bs. As., 12/9/1995, B. 55.220, “Vila, Carlos Edgardo v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Laborde, Negri, Rodríguez Villar, San Martín, Salas) (Voto del Dr. Laborde —SD—).

“Tal conclusión, atento a los deberes que impone el estado policial especialmente aquellos vinculados con el decoro en la vida privada y la defensa de la pro-

piedad de las personas (art. 14, incs. 'c' e 'i', decreto-ley 9550/1980) no muestra el desvío lógico que se le adjudica pues el primer párrafo del art. 59 contempla para dicho supuesto la pena de exoneración”.

7) En el procedimiento se ha respetado el derecho de defensa del agente al tener oportunidad de ofrecer prueba tanto al momento de la indagatoria como en su escrito de descargo.

Sup. Corte Bs. As., 6/8/1996, B. 55.704, "Mastandrea, Edgardo Antonio v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Mercader, Negri, Laborde, San Martín, Pisano) (Voto del Dr. Mercader —SD—).

“En el caso, no media agravio por deficiencias en la producción de la prueba, toda vez que el señor Mastandrea, tuvo oportunidad de ofrecerla, tanto al momento de la indagatoria, como en su escrito de descargo (fs. 234/235 y 308/316, expte. adm.). Por tales razones no se advierte la situación excepcional que torne necesario expedirse al respecto (causa B. 48.051; DJBA 126-125; 24/7/1979, B. 47.835; B. 48.151, DJBA 199-859; 26/12/1986, B. 48.969; 31/7/1990, B. 48.689), sobre todo cuando, como se dijo, el interesado tuvo vista de las actuaciones, produjo descargo, dedujo recurso administrativo contra el acto que ocasionó el agravio con la suficiente oportunidad de hacerse oír en la sede adecuada (causas B. 48.059, DJBA 119-822 y B. 48.689 cit.)”.

8) Es válida la introducción, en el marco del proceso, de nuevas normas que habría infringido el agente no incluidas en el acto que dispuso la exoneración por permitirse la introducción a la demandada de nuevos argumentos para su tratamiento ante la instancia judicial.

Sup. Corte Bs. As., 6/8/1996, B. 55.704, "Mastandrea, Edgardo Antonio v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Mercader, Negri, Laborde, San Martín, Pisano) (Voto del Dr. Mercader —SD—).

“El art. 59 del decreto-ley 9550/1980, establece como causal de exoneración, entre otras, a aquellas conductas que afecten gravemente el prestigio de la Institución o la dignidad del funcionario (inc. 7°).

”En punto a las normas legales aplicables, además de la citada en el acto cuestionado, la Fiscalía de Estado afirma que debe considerarse también aplicable el art. 14 del decreto-ley 9550/1980 que prescribe como deber de los funcionarios del Agrupamiento Comando (al que pertenecía el accionante), el defender contra vías de hecho, a todo riesgo, la vida, libertad y propiedad de las personas, como así todo otro bien jurídico prescripto como tal por la ley penal o contravencional y mantener el orden público en general; someterse al régimen disciplinario previsto en la presente ley y su reglamentación y mantener en la vida pública y privada el decoro que corresponde a su estado (inc. i).

”Con relación a las prohibiciones, el reglamento referenciado establece que los miembros del cuerpo policial no pueden arrogarse atribuciones que no le corresponden y resulta también de aplicación el art. 132 del decreto reglamentario

1675/1980 donde se consagra el principio de autoridad como base de la disciplina de la Policía.

”3. Asiste razón a la demandada en este punto.

”Las normas citadas precedentemente no conformaron —como señalé— el acto que se impugna, pero corresponde su admisión y tratamiento en los autos, ya que la doctrina de esta Corte permite a la demandada, en su escrito de responde, introducir nuevos argumentos (Acuerdos y Sentencias 1988-IV-149, 1988-II-557), a lo que cabe agregar que la parte actora al momento de alegar sobre el mérito de la prueba, no formuló sobre el punto reparo alguno”.

9) La jerarquía y su condición de abogado exigían al agente obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas.

Sup. Corte Bs. As., 6/8/1996, B. 55.704, “Mastandrea, Edgardo Antonio v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Mercader, Negri, Laborde, San Martín, Pisano) (Voto del Dr. Mercader —SD—).

“Dicho supuesto no resulta de aplicación a los presentes actuados puesto que la legitimidad de la sanción aplicada al actor radica en la alta jerarquía que ocupaba —Comisario Inspector—, sumando a esa circunstancia su condición de abogado y debido a ello tornando operativo el principio general del derecho por el que cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles en los hechos, conforme al art. 902 del Código Civil”.

10) No se viola la garantía de la igualdad respecto de la sanción aplicada a otros agentes si tenían diferentes responsabilidades.

Sup. Corte Bs. As., 6/8/1996, B. 55.704, “Mastandrea, Edgardo Antonio v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Mercader, Negri, Laborde, San Martín, Pisano) (Voto del Dr. Mercader —SD—).

“Debo juzgar que cabe desestimar lo relativo al vicio que se endilga al acto, en punto a la sanción aplicada, que el actor considera ostensiblemente parcial y desigual respecto de las sanciones impuestas a otros agentes de menor jerarquía, a los que también se juzgó incurso en faltas, ya que en estos actuados no surge configurado tal supuesto pues, además de lo preceptuado por el art. 59 inc. 7° del decreto-ley 9550/1980, —de cuyo texto claro y expreso no cabe prescindir (doctr. 11/12/1990, B. 50.971; 16/4/1991, B. 50.534; 27/8/1991, B. 52.272)— la Administración puede decidir la sanción mientras no exceda los límites impuestos a la facultad disciplinaria, exceso que no surge acreditado en el caso por la simple desigualdad de sanciones ya que una jerarquía superior impone mayores responsabilidades e incide en la atribución de gravedad a las faltas disciplinarias (Acuerdos y Sentencias 1977-I-516; DJBA 116-62, 119-531, 121-367)”.

11) En el procedimiento sumarial rige el principio de presunción de inocencia, por lo que no puede invertirse la carga de la prueba.

Sup. Corte Bs. As., 16/12/1997, B. 52.783, "Maslovich, Juan Esteban v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Hitters, de Lázari, Negri, Pettigiani, Pisano, San Martín, Salas, Ghione) (Voto del Dr. Hitters —MA—).

“Asiste razón al actor en cuanto a las irregularidades que denuncia ocurridas en el procedimiento sumarial.

”En efecto, la instrucción invirtió la carga de la prueba, considerando al actor culpable *ab initio*, debiendo éste probar su inocencia. Prueba de ello es lo expresado en la resolución que dispuso su exoneración (principalmente párrafos segundo y tercero de fs. 476) que dicen: ‘...En síntesis, intentó acreditar un sinnúmero de situaciones circundantes que en nada enervan las imputaciones formuladas relativas a la indebida retención de fondos que efectuó de los aludidos comprobantes de la Dirección General Impositiva; ergo tales reproches deben reputarse firmes; que al tiempo del alegato —muy extenso también— procedió de manera semejante, no atacando en nada los cargos achacados, sino explayándose sobre aspectos circundantes de las tareas que desarrollaba, por lo que cabe concluir que éstos se encuentran probados y no rebatidos, revelándose así la gravísima conducta asumida por el cartulado...’. Es decir que la instrucción no aportó elementos a lo largo de todo el sumario para comprobar la autoría del accionante en los hechos investigados, sino que la dedujo de la falta de prueba en contrario de los cargos formulados”.

12) Viola el derecho de defensa la falta de comunicación al sumariado de las diligencias realizadas luego de la etapa de recolección de las pruebas de cargo.

Sup. Corte Bs. As., 16/12/1997, B. 52.783, "Maslovich, Juan Esteban v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Hitters, de Lázari, Negri, Pettigiani, Pisano, San Martín, Salas, Ghione) (Voto del Dr. Hitters —SD—).

“Asimismo, el instructor ignoró la sugerencia efectuada por el Gerente de la sucursal en carta remitida a la DGI obrante a fs. 100 de las actuaciones administrativas acerca de la necesidad de que se presentara el comprobante original en cada caso, para elevar estos elementos a un profesional que pueda resolver el caso indubitadamente. Dicha pericia se llevó a cabo cuando ya se había cerrado el sumario y a instancias de Asuntos Legales, pero el actor recién se enteró de su producción cuando se le corrió vista de los fundamentos de la exoneración dispuesta por el directorio del Banco, es decir que —como afirma el accionante— se violó lo dispuesto en el art. 153 del Reglamento de Disciplina que dispone: ‘Cuando del alegato a que se refiere el artículo anterior, surgiere la necesidad de realizar nuevas diligencias a juicio del instructor, aquéllas se llevarán a cabo observándose las normas generales que rigen el procedimiento en materia de vista y alegato’, y si bien la pericia no surgió como consecuencia del alegato sino a instancias de Asuntos Legales igualmente resulta de aplicación el citado artículo por lo que esas normas generales debieron ser observadas, cosa que no ocurrió”.

13) La prueba pericial debe ser realizada en tiempo oportuno, de lo contrario ésta tiene un valor relativo.

Sup. Corte Bs. As., 16/12/1997, B. 52.783, "Maslovich, Juan Esteban v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Hitters, de Lazzari, Negri, Pettigiani, Pisano, San Martín, Salas, Ghione) (Voto del Dr. Hitters —SD—).

“En cuanto al resultado de la prueba pericial el mismo es de un valor relativo pues, dado el tiempo transcurrido, ya no se contaba con elementos indubitados, pues el sello en cuestión había sido destruido con lo que el instructor violó también el art. 32 del citado reglamento que dispone: ‘Toda información sumaria deberá ser sustanciada por agentes de sumarios, sin forma de proceso y tendrá por objeto la comprobación del hecho a juzgar y la individualización de los responsables. Excepcionalmente la autoridad con potestad disciplinaria con competencia en el lugar de la comisión del hecho, dispondrá una brevísima diligencia escrita, a cargo del empleado o funcionario que a tal efecto designe, con el objeto de conservar las pruebas vinculadas al hecho, siempre que el personal de sumarios no pueda constituirse de inmediato en el lugar y se tema la desaparición de aquélla.

”A lo que se suma que en esta instancia la demandada no ha contribuido con la producción de uno de los medios de acreditación más relevantes de este proceso cual es la prueba pericial caligráfica ofrecida por la parte actora, debido a que extravió o no cuenta en su poder los comprobantes de pago en su original”.

14) En el procedimiento sumarial no se ha profundizado la averiguación de los hechos investigados para deslindar responsabilidades concurrentes.

Sup. Corte Bs. As., 16/12/1997, B. 52.783, "Maslovich, Juan Esteban v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" Magistrados votantes: doctores Hitters, de Lazzari, Negri, Pettigiani, Pisano, San Martín, Salas, Ghione) (Voto del Dr. Hitters —SD—).

“Asimismo, el sumariante tampoco tuvo en cuenta declaraciones del señor De Cian que en una nota presentada a fs. 359 de las actuaciones administrativas afirma ‘...en los años 1981/1982 fui perjudicado por maniobras que juzgo como ilícitas por un contador o pseudocontador de apellido Inocenti, Carlos, el que tuvo a su cargo profesionalmente aspectos contables y tributarios referidos a mi actividad comercial. Dichos perjuicios fueron ocasionados respecto de tributos, impuestos y contribuciones para los cuales dicho profesional había recibido de mi parte el dinero correspondiente para su atención, maniobras que fueron conocidas al producirse el reclamo de los respectivos organismos...’. Esta nota tiene relevancia puesto que el señor De Cian es quien origina, con su denuncia, la investigación en análisis y, por esa razón, el instructor debió tomar en cuenta esas declaraciones a fin de averiguar la verdad de los hechos investigados y así poder deslindar las responsabilidades consecuentes”.

15) La sanción es desproporcionada en función del valor del perjuicio y de los buenos antecedentes del agente.

Sup. Corte Bs. As., 16/12/1997, B. 52.783, "Maslovich, Juan Esteban v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados

votantes: doctores Hitters, de Lazzari, Negri, Pettigiani, Pisano, San Martín, Salas, Ghione) (Voto del Dr. Hitters —MA—).

“Si bien las consideraciones efectuadas son más que suficientes para fundar la ilegitimidad de los actos que dispusieron la exoneración de Maslovich, cabe ponderar la desproporción existente entre la sanción aplicada y el perjuicio patrimonial sufrido por el Banco.

”En efecto, de la peritación contable realizada en autos se desprende que el perjuicio bancario de Australes 0,91 al 16/3/1989 asciende a la actualidad a un valor que no alcanza a un peso (\$ 1). Lo que demuestra que no existe la más mínima proporción entre el daño sufrido por el Banco (que sirvió de fundamento —entre otros— para aplicar la exoneración), y la sanción, en definitiva, impuesta, lo que la torna irrazonable. Tampoco se tuvieron en cuenta los buenos antecedentes del actor corroborados con los testimonios —entre otros— de fs. 274/77; 288/92; 309/311; 305/308 de las actuaciones administrativas y los prestados en esta causa a fs. 163/164 y 166/167 vta., en donde se destaca la honestidad de Maslovich y su buen concepto como empleado y compañero violándose de esa manera el art. 11 del Reglamento de Disciplina que impone que ‘en la aplicación de las sanciones, tanto para la decisión de la especie aplicable como para graduar su extensión, se tomarán en cuenta las siguientes circunstancias atenuantes: a) la buena conducta anterior al hecho y los méritos acreditados ante los superiores...’”.

16) La independencia entre el fuero administrativo y penal no impide confrontar sus pronunciamientos cuando se funda el reproche en los mismos hechos.

Sup. Corte Bs. As., 21/6/2000, B. 58.666, “Giménez, Graciela Ramona v. Provincia de Buenos Aires (Policía Bonaerense). Demanda contencioso administrativa” (doctores Negri, Laborde, Hitters, Salas, Ghione) (Voto del Dr. Negri —SD—).

“La consabida independencia entre ambos fueros, penal y administrativo, en virtud de la diferente naturaleza de los bienes jurídicos amparados por los mismos y de las distintas responsabilidades disciplinaria y penal (art. 67, decreto-ley 9550/1980), no impide a mi juicio confrontar sus pronunciamientos cuando como en el caso la propia autoridad policial ha fundado exclusivamente el reproche de la conducta de la agente en los dichos de la menor y en la declaración indagatoria que la agente prestó ante el Juez en lo Criminal y Correccional, desde que las partes se benefician y perjudican por igual con el resultado de los elementos aportados a la causa por cualquiera de ellas. Por tanto, si la Administración basó el juzgamiento de la agente Giménez en dicha pieza procesal con ecuanimidad debió considerar asimismo su desenlace favorable para la nombrada o, en su defecto, ordenar nuevas diligencias o medidas probatorias en el sumario administrativo, tal como prevé el art. 67 *in fine* del decreto-ley 9550/1980. Ello lejos de contravenir se compadece con el principio de verdad jurídica material u objetiva y su corolario de la investigación integral, tendientes a descubrir la verdad de los hechos y determinar la responsabilidad del agente involucrado, propio de todo procedimiento administrativo sumarial”.

17) La invocación de la afectación al grave prestigio de la institución y dignidad del funcionario exige que provenga de un acto debidamente probado.

Sup. Corte Bs. As., 21/6/2000, B. 58.666, "Giménez, Graciela Ramona v. Provincia de Buenos Aires (Policía bonaerense). Demanda contencioso administrativa" doctores Negri, Laborde, Hitters, Salas, Ghione (Voto del Dr. Negri —SD—).

“Concluyo que la sanción no se ajusta a derecho ni resulta razonable (art. 66 del decreto-ley 9550/1980), por lo que debe ser anulada. No conmueve tal convicción la afirmación de la demandada de que la accionante fue dada de baja por haberse acreditado que ‘afectó gravemente el prestigio de la Institución y su dignidad de funcionario’ (fs. 30 de autos). El art. 59, inc. 7º del decreto-ley 9550/1980 invocado por la autoridad policial al disponer su exoneración exige que tal afectación provenga de la realización de un ‘acto’ (‘todo otro acto’, principia el inciso), inexistente en la especie o en el mejor de los casos ‘sin que sea indudable el hecho que la motiva’ (art. 66, *in fine*, decreto-ley 9550/1980). A mi juicio, carente de su soporte necesario deviene inconsistente la alegada afectación”.

18) En sede administrativa, la prueba de apreciación por el criterio de las “libres convicciones razonadas” a diferencia de la aplicabilidad de la prueba tasada en sede penal.

Sup. Corte Bs. As., 16/9/2003, B. 58.013, "Rojas, Víctor Julián v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Negri, Salas, Hitters, Roncoroni) (Voto del Dr. Pettigiani —SD—).

“Destaco en primer lugar en lo que concierne al caso que el régimen legal disciplinario aplicable al personal policial impone a la autoridad administrativa la apreciación de las pruebas bajo el sistema de las ‘libres convicciones razonadas’ (art. 66, decreto-ley 9550/1980) lo que descarta inicialmente la aplicabilidad de la prueba tasada que reglamenta el Código de Procedimiento en materia penal y ciñe el ámbito de la presente impugnación que así en cuanto a la valoración de las probanzas queda limitada a la demostración de la falta de razonabilidad de la efectuada por la autoridad administrativa”.

19) Las deficiencias del procedimiento disciplinario sólo resultan insubsanables si se configura un flagrante atentado contra el derecho de defensa insusceptible de corregirse en juicio pleno.

Sup. Corte Bs. As., 16/9/2003, B. 58.013, "Rojas, Víctor Julián v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Negri, Salas, Hitters, Roncoroni) (Voto del Dr. Pettigiani —SD—).

“Encuentro inatendible el agravio del demandante acerca de la irregularidad de la tramitación administrativa. Ello es así, porque aun cuando el procedimiento administrativo pudiera eventualmente adolecer de alguna deficiencia, no advierto que se haya configurado la situación excepcional que torne necesario expedirse al respecto (conf. doctr. causas B. 50.760, ‘Rodríguez’, publicada en Acuerdos y Sentencias 1989-III-612; 9/2/1993, B. 49.482, ‘Roldán’ y 9/5/2001, B. 57.829, ‘Tordo’, entre otras). En el caso el interesado tomó vista de las actuaciones, presentó

su descargo, tuvo oportunidad de ofrecer y producir prueba y alegar sobre su mérito, interponiendo recurso de reconsideración contra la sanción con la suficiente oportunidad de hacerse oír en la sede adecuada (conf. causa B. 57.829, antes referida). De tal forma no han ocurrido las circunstancias excepcionales que se configuran cuando ha mediado un flagrante atentado al derecho de defensa determinado genéricamente por la comprobación de deficiencias insusceptibles de corregirse en la oportunidad que el actor tiene de defenderse, probar y alegar en juicio pleno (doctr. causa B. 49.964, 'Bargo', publicada en Acuerdos y Sentencias 1991-I-210 y sus citas)".

20) El pronunciamiento de la Administración es independiente del de la justicia penal que determinó la absolución del agente.

Sup. Corte Bs. As., 16/9/2003, B. 58.013, "Rojas, Víctor Julián v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Negri, Salas, Hitters, Roncoroni) (Voto del Dr. Pettigiani —SD—).

"En cuanto a los argumentos vertidos por el actor acerca de su absolución en sede penal me permito recordar que de conformidad a las normas aplicables (arts. 67, decreto-ley 9550/1980 y 219 2º p., reg. 1675/1980) y a la pacífica doctrina del Tribunal, el pronunciamiento de la Administración es independiente del judicial en caso de absolución o sobreseimiento, en razón de la diferente naturaleza de los bienes jurídicos amparados por uno y otro fuero y de las distintas finalidades de las responsabilidades disciplinaria y penal (doctr. 7/2/2002, B. 56.072, 'Torres', publicada en DJBA 16057 y sus citas, entre muchas otras). Por ello, aunque los actos juzgados ante la jurisdicción penal pudieran suponerse improbados o atípicos, ello de ningún modo obliga a pareja solución en jurisdicción contencioso administrativa (doctr. causas B. 48.340, 'Camagro' y B. 56.072, antes referida)".

21) Apreciar de manera diferente la conducta del agente cuando previamente no se consideró afectado el prestigio de la institución durante la sustanciación de la causa supone ir contra sus propios actos.

Sup. Corte Bs. As., 4/10/2006, B. 55.497, "M., E. M. v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa (Magistrados votantes: doctores Roncoroni, Kogan, Genoud, Hitters, Soria, Negri, de Lazzari) (Voto Dr. Roncoroni —MA—).

"Tan ello es así que en el ínterin, en que se sustanció el sumario disciplinario de marras, el agente policial fue reincorporado a la fuerza luego de cumplida la disponibilidad preventiva dispuesta y ascendido al cargo inmediato superior, lo que evidencia sin duda alguna que no se consideraba por entonces afectado el prestigio de la institución, hasta que se probara que el mismo era penalmente responsable del delito de acción privada que se le endilgaba.

"Tiene dicho esta Corte que nadie puede volver sobre su anterior conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz".

22) Las explicaciones del agente insinúan dudas respecto de su conducta denunciada por la menor pero no conmueven las conclusiones de la instrucción respecto de los hechos denunciados por ésta. Estas circunstancias, sumadas a su sometimiento a causa penal, afectan la dignidad del funcionario y el prestigio de la institución conforme a los deberes que impone el estado policial, tales como el desempeño de las funciones y decoro en la vida pública y privada.

Sup. Corte Bs. As., 4/10/2006, B. 55.497, "M., E. M. v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa (Magistrados votantes: doctores Roncoroni, Kogan, Genoud, Hitters, Soria, Negri, de Lazzari) (Voto Dra. Kogan —MI—).

“La denuncia de la menor de haber sido abusada sexualmente por el accionante, sin que éste logre conmovier con sus explicaciones semejante acusación pues lo referente a la fuga de aquélla y ‘que ha hecho uso sexual antes de ser encontrada y luego por miedo, no tuvo mejor idea que inventarle la historia denunciada...’ sólo tiende a insinuar una duda sobre su conducta que en modo alguno tiene la fuerza idónea para alterar las conclusiones a las que llegó la instrucción; y el hecho de haber sido sometido por ese hecho a una causa penal por el delito de violación, llevan por sí solos a concluir que con su conducta el agente, afectó la dignidad del funcionario y el prestigio de la Institución en los términos del art. 59, inc. 7º del decreto-ley 9550. Tal conclusión, atento a los deberes que impone el estado policial especialmente aquellos vinculados con el desempeño de las funciones y decoro en la vida pública y privada (art. 14, incs. h e i, decreto-ley 9550/1980) no muestra desvío lógico debiendo destacarse que el primer párrafo del art. 59 del mencionado ordenamiento contempla para dicho supuesto la pena de exoneración”.

23) Resulta razonable la adopción de una medida expulsiva motivada por la pérdida de confianza derivada de los hechos que dieron lugar a la formación de la causa.

Sup. Corte Bs. As., 4/10/2006, B. 55.497, "M., E. M. v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa (Magistrados votantes: doctores Roncoroni, Kogan, Genoud, Hitters, Soria, Negri, de Lazzari) (Voto Dra. Kogan —MI—).

“A ello agregó que al imponer tal sanción el señor Jefe de Policía ponderó la gravedad de la falta por la naturaleza de los hechos que dieron lugar a la formación de una causa penal en orden al delito imputado. Parece razonable pues, que la consiguiente pérdida de confianza en el agente policial involucrado haya motivado a las autoridades para adoptar una medida expulsiva, pues tal comportamiento fue considerado descalificable para un agente de la Policía y agravante para la Institución al originar con él una causa penal que afectó su prestigio dada la trascendencia pública del hecho, sin que el actor haya cumplido con la desacreditación de la falta imputada incumpliendo la carga probatoria (arts. 77, ley 12.008, mod. por ley 13.101 y 375, CPCC)”.

24) El pronunciamiento de la Administración es independiente del judicial en caso de absolución o sobreseimiento.

Sup. Corte Bs. As., 4/10/2006, B. 55.497, "M., E. M. v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa (Magistrados votantes: doctores Roncoroni, Kogan, Genoud, Hitters, Soria, Negri, de Lazzari) (Voto Dra. Kogan —MI—).

“Por otra parte cabe aquí reiterar en punto a la relación existente entre la decisión de la justicia penal y la administrativa, que de conformidad a las normas aplicables (arts. 67, decreto-ley 9550/1980 y 219, 2º p., decreto regl. 1675/1980) y a la pacífica doctrina del Tribunal, el pronunciamiento de la Administración es independiente del judicial en caso de absolución o sobreseimiento en razón de la diferente naturaleza de los bienes jurídicos amparados por uno y otro fuero y de las distintas finalidades de las responsabilidades disciplinaria y penal (7/11/1978, B. 47.468; 10/12/1979, B. 47.903; 10/6/1980, B. 47.864; 16/12/1980, B. 47.668; 6/10/1981, B. 48.340; 14/12/1982, B. 48.660; 3/3/1981, B. 48.165; 2/3/1982, B. 48.386, entre muchas otras).

”Por ello, aunque los actos juzgados ante la jurisdicción penal pudieran suponerse improbados o atípicos ello de ningún modo obliga a pareja solución en jurisdicción contencioso administrativa (6/10/1981, B. 48.340, ‘C.’)”.

25) El pronunciamiento de la Administración es independiente del judicial en caso de absolución o sobreseimiento, pero el principio no es absoluto.

Sup. Corte Bs. As., 4/10/2006, B. 55.497, “M., E. M. v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa (Magistrados votantes: doctores Roncoroni, Kogan, Genoud, Hitters, Soria, Negri, de Lazzari) (Voto Dr. Genoud —OP—).

“No albergó ningún recelo en cuanto a que el pronunciamiento de la Administración es independiente del judicial en caso de absolución o sobreseimiento, por cuanto atienden a diferentes esferas de bienes jurídicos protegidos por uno y otro fuero, como tampoco tengo dudas que se instauran con finalidades diferenciadas. Sin embargo, mi complacencia a dicha doctrina del Tribunal no lo es de manera mecánica, sacramental o ritualista”.

26) El rechazo de los resultados de la investigación penal al sumario ha sido dogmático siendo un elemento de convicción gravitante para ponderar la conducta reprochada al agente.

Sup. Corte Bs. As., 4/10/2006, B. 55.497, “M., E. M. v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa (Magistrados votantes doctores Roncoroni, Kogan, Genoud, Hitters, Soria, Negri, de Lazzari) (Voto Dr. Soria —OP—).

“Es que a la luz de la detallada imputación contenida en el acto de separación del actor, la incorporación a los antecedentes sumariales del resultado de la investigación criminal, fue un elemento de convicción por demás gravitante para ponderar la materialidad del comportamiento reprochado al agente. Mal pudo, entonces, sostenerse con claro sesgo dogmático que el agente no hubo aportado nuevas razones o probanzas que ameritaran repensar la sanción que le fuera impuesta, más cuando ella es la que de mayor gravedad contempla por el ordenamiento aplicable y el agente era merecedor de buen concepto tanto público como privado (cfr. doct. 3/12/2003, B. 59.009, ‘Allo’)”.

27) La Administración debió evaluar la existencia de una sentencia absolutoria en sede penal.

Sup. Corte Bs. As., 4/10/2006, B. 55.497, "M., E. M. v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa (Magistrados votantes: doctores Roncoroni, Kogan, Genoud, Hitters, Soria, Negri, de Lazzari) (Voto Dr. Soria —OP—).

“En efecto, las decisiones administrativas que soslayaron evaluar la existencia de una sentencia absolutoria en la causa penal no se ajustan a los requisitos esenciales impuestos por los ya citados arts. 103 y 108 del decreto-ley 7647/1970. Para reputar aplicable la causal prevista en el art. 59 inc. 7° de la ley 9550, la Administración debió ponderar el resultado al que se arribó en el procedimiento criminal y, en su caso, de estimar que el accionar del agente era igualmente demostrativo de un perjuicio para el prestigio de la institución policial, debió con más razón todavía justificar su decisión. La omisión de toda consideración sobre el punto no puede ser convalidada (cfr. doct. 22/10/2003, B. 59.122, ‘Huertas Díaz’)”.

28) Se quebranta la garantía del debido proceso administrativo al prescindir de la solución absolutoria arribada en sede penal, cuando las circunstancias obrantes en esta última esfera se utilizan en instancia administrativa para sancionar al agente.

Sup. Corte Bs. As., 4/10/2006, B. 55.497, "M., E. M. v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa (Magistrados votantes: doctores Roncoroni, Kogan, Genoud, Hitters, Soria, Negri, de Lazzari) (Voto Dr. Soria —OP—).

“Lo anteriormente expuesto no importa desconocer los múltiples antecedentes de esta Corte que distinguen el pronunciamiento administrativo emitido en un procedimiento disciplinario del dictado en el ámbito penal para los casos de sobreseimiento o absolución del sumariado, ya que en sendos trámites los bienes jurídicos tutelados difieren, por lo general, en su esencia (27/9/1988, B. 48.954, ‘Chau’; Acuerdos y Sentencias 1988-III-79, entre otros). Si bien dicha doctrina atiende a las diferencias existentes entre las responsabilidades comprometidas, consagrando una independencia en el juzgamiento de la conducta de un funcionario en sede administrativa con respecto a la valoración que ella podría merecer dentro de otros ordenamientos jurídicos desde que los elementos de convicción que bastan para imponer una sanción disciplinaria, dentro de la potestad propia del poder administrador, difieren respecto del grado de prueba indispensable para condenar en sede penal por un delito (19/4/1988, B. 49.364, ‘Horvitz’), no es menos cierto que cuando en la instancia administrativa se utilizaron sólo las constancias obrantes en la investigación penal seguida contra el actor en las cuales resultó absuelto libremente, se quebranta la garantía del debido proceso administrativo si inmotivadamente se prescindió de ponderar tal como acontece en la especie la solución a la que se arribara, con anterioridad al definitivo cierre del trámite sumarial, en aquella investigación (cfr. voto en minoría doctor Ghione, 28/3/2001, B. 51.661, ‘Álvarez’). Esta última circunstancia es la que permite distinguir el presente caso de aquel otro ventilado en 21/5/2003, B. 58.328, ‘Millán’”.

29) La posible acción respecto de las otras conductas investigadas, pero no contempladas en el acto expulsivo, ha quedado prescripta.

Sup. Corte Bs. As., 4/10/2006, B. 55.497, "M. , E. M. v. Provincia de Buenos Aires (Policía). Demanda contencioso administrativa (Magistrados votantes: doctores Roncoroni, Kogan, Genoud, Hitters, Soria, Negri, de Lazzari) (Voto Dr. De Lazzari —OP—).

“Podría evaluarse si el acto administrativo puede quedar firme en la medida que el mismo hubiese imputado no sólo la comisión de un ilícito (el de violación), sino también el despliegue de determinadas conductas tales como la que reseñara que pudieran caer bajo el alcance del inc. 7° del art. 59 del decreto-ley 9550. Pero lo cierto es que, como he dicho, más allá de haber sido advertido durante la sustanciación del sumario, tal proceder del agente, lisa y llanamente no fue tenido en cuenta al momento de resolver la medida expulsiva, la cual entiendo que se limita a exonerar en función de la supuesta comisión del ilícito de violación (fs. 6 y 7). Tal como expresara el doctor Roncoroni en su voto, descripta así la conducta que motiva la exoneración, no puede acharcársele ahora a dicho agente una conducta que no fuera la que diera motivo a la exoneración. A todo evento y para el hipotético caso en que tal vicio del acto administrativo en cuestión habilitara la posibilidad de hacer resurgir la potestad disciplinaria de la institución policial para analizar si las conductas reseñadas resultaban sancionables, lo cierto es que a la luz del art. 70, inc. b) del decreto-ley 9550/1980, la fecha de la supuesta comisión de los hechos y los plazos insumidos por las distintas instancias administrativas y judiciales, la posible acción de la Administración se encuentra prescripta”.

30) No resulta exigible la interpelación para incurrir en infracción grave en perjuicio moral o material a la Administración.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.276, "I., J. L. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Kogan, Genoud, Hitters, Roncoroni) (Voto del Dr. Pettigiani —SD—).

“En cuanto a la configuración de la primera de las faltas endilgadas, no acierta el accionante al afirmar que para la existencia de una retención ‘indebida’ debió mediar una interpelación de la demandada. Pues la sola omisión imputada al agente es suficiente a los efectos de incurrir en la infracción grave en perjuicio moral o material del Banco que preceptúa el art. 25, inc. c) del antes aludido Reglamento de Disciplina”.

31) La función que desempeñaba el agente exigía el máximo de transparencia en su proceder, por lo que no justifica el incumplimiento de deberes a su cargo su alegado malestar psicofísico.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.276, "I., J. L. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Kogan, Genoud, Hitters, Roncoroni) (Voto del Dr. Pettigiani —SD—).

“Idéntica suerte a la de las defensas anteriores, en las que el actor pretendió justificar su actuación, corre la vinculada a una eventual inadvertencia incurrida a raíz de las exigencias laborales y al padecimiento de un malestar psicofísico (ver

descargo de fs. 213/218 del sumario administrativo y pto. VI de su escrito de inicio, fs. 161 y 161 vta.), toda vez que ello, en orden a la función por él desempeñada que imponía el máximo de transparencia en su proceder, no lo excusaba de los deberes y responsabilidades inherentes al cargo que ocupaba. Para más, de la prueba aportada no se vislumbra que al momento de la comisión de los hechos investigados el señor I. se encontrara afectado por una dolencia invalidante para el desarrollo de sus tareas. Por el contrario, de la declaración testimonial agregada a fs. 458/459 surge que mientras el actor se desempeñó en la sucursal Derqui su estado de salud era normal (respuesta a la primera ampliación)”.

32) La decisión de la Administración resulta válida por haber fundado la opción entre dos sanciones, eligiendo la más grave.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.276, “I., J. L. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Kogan, Genoud, Hitters, Roncoroni) (Voto del Dr. Pettigiani —SD—).

“Este Tribunal ha decidido que cuando una falta es susceptible de dos sanciones una correctiva y otra expulsiva y se aplica la más grave, la exigencia de fundamentación comprende la expresión de las razones que llevan al órgano a imponer esa medida más severa (conf. doct. 14/9/1982, B. 48.657, ‘Iribarne’; 16/8/1983, B. 48.740, ‘Amendolará’; 1/11/1983, B. 48.952, ‘Gianotti’; 14/12/1984, B. 49.987, ‘Linares’; 24/4/1987, B. 48.901, ‘Ortiz’; 20/10/1992, B. 49.193, ‘Fabiano’; 18/7/2001, B. 57.944, ‘Samaja’; 23/4/2003, B. 57.205, ‘Natta’). Juzgo que ello ha sido cumplimentado en la especie toda vez que la entidad bancaria demandada fundamentó adecuadamente la elección de la sanción de exoneración, la más grave que estipula el Reglamento de Disciplina para el Personal, y ponderó para ello los antecedentes disciplinarios del sumariado obrantes en el legajo personal 19.773”.

33) La Administración está habilitada a optar entre diferentes sanciones, salvo supuestos de arbitrariedad o irrazonabilidad.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.276, “I., J. L. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Kogan, Genoud, Hitters, Roncoroni) (Voto del Dr. Pettigiani —SD—).

“Asimismo, el acto impugnado hace mérito de la jerarquía del agente Jefe Operativo de una sucursal y de su antigüedad en el Banco de la Provincia de Buenos Aires (veinte años). De modo que de la resolución 303/1997 no se vislumbra un apartamiento de la normativa específica para establecer la magnitud y el grado de la sanción correspondiente. En este sentido, tal como lo ha resuelto este Tribunal, habilitada legalmente la Administración a optar entre diferentes sanciones, la decisión de cuál aplicar en cada caso resulta alcanzada por el margen de ponderación insito en la norma atributiva, salvo supuestos de arbitrariedad o irrazonabilidad, que no se advierten configurados en autos (11/5/2005, B. 61.772, ‘Giraldes’).

”En el caso, no parece irrazonable la exoneración finalmente dispuesta, sino antes bien, proporcionada a las faltas comprobadas. Habiéndose perdido la confianza en el agente depositario de la misma, resulta razonable la decisión de separarlo del cargo, pues, tal como resolvió esta Corte en causas en que se debatían cuestiones

análogas (24/2/1998, B. 56.090, 'Quatromano'; 1/12/1998, B. 57.440, 'Goitisoló'; 26/10/1999, B. 52.058, 'Lorenzini'; 17/11/2001, B. 56.530, 'Borelli'; B. 61.722, cit.), la buena fe lealtad es un principio rector en las relaciones profesionales que se dan entre autoridades y empleados de una institución bancaria, haciendo a la esencia de las mismas”.

34) Para ponderar la responsabilidad del agente resulta de aplicación el art. 902 del Código Civil.

Sup. Corte Bs. As., 30/5/2007, B. 58.276, “I., J. L. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Pettigiani, Kogan, Genoud, Hitters, Roncoroni) (Voto del Dr. Pettigiani —SD—).

“Además, teniendo en cuenta la jerarquía del accionante Jefe Operativo de Sucursal, no puede dejar de ponderarse el principio general del derecho, expresamente consagrado en el art. 902 del Código Civil, según el cual cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles en los hechos”.

35) Control judicial pleno respecto de los actos administrativos disciplinarios.

Sup. Corte Bs. As., 22/8/2007, B. 57.268, “B., J. C. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” Magistrados votantes doctores Soria, Roncoroni, Negri, Pettigiani, Kogan) (Voto Dr. Soria).

“...La fiscalización jurisdiccional de los actos administrativos, aun de aquellos que traducen el ejercicio de la potestad disciplinaria, no exhibe en principio, elemento estructural alguno que conlleve un trato diferencial a la hora de establecer su impugnabilidad en sede procesal administrativa, ni menos todavía, un acotamiento en las causales determinantes de su invalidez. Bajo la observancia de la regulación material que les sea aplicable, tales actos también se encuentran comprendidos por las normas y principios informadores de la juridicidad administrativa; ellos traducen un quehacer que, como tal, está sujeto a control y eventual invalidación judicial al comprobarse no sólo arbitrariedad o irrazonabilidad, sino también la concurrencia de cualquier otra causal de nulidad prevista en el ordenamiento positivo (arg. art. 15, Constitución provincial; doc. 16/2/2005, B. 59.986, 'Caselli')”.

36) La opinión previa a la causa de los peritos integrantes de la Dirección de Asesoría Pericial del tribunal prevalece sobre la opinión de los profesionales de la autoridad administrativa en el procedimiento sumarial.

Sup. Corte Bs. As., 22/8/2007, B. 57.268, “B., J. C. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Soria, Roncoroni, Negri, Pettigiani, Kogan) (Voto Dr. Soria).

“A poco que se lea el informe médico tenido en cuenta por la autoridad demandada para descartar la inimputabilidad del ex agente debe concluirse necesariamente que se trata de una reflexión del cuerpo profesional que denota un criterio eminentemente subjetivo del estado de salud del señor B. La conclusión a la que arriba, a mi juicio, se presenta carente de todo sustento científico y al prescindir de los distintos

antecedentes médicos colectados hasta ese momento en el trámite sumarial, se exhibe, por completo, despojada de fundamento.

”Esa apreciación acerca del estado de salud del señor B. contrasta con la fuerza de convicción que —a mi juicio— arroja el dictamen de los peritos que intervinieron en la causa penal que —a contrario del anterior— aparece fundamentado en los distintos estudios y análisis médicos practicados al accionante y arriba a un diagnóstico del paciente que halla basamento en principios de esa ciencia.

”He de reparar, por lo demás, que estos últimos informes emanan de profesionales que integran la Dirección de Asesoría Pericial del Tribunal cuya objetividad se presume y prevalece para el caso sobre la opinión esbozada de los profesionales dependientes del Banco que —como dije— denota las apuntadas deficiencias (arts. 120 y ss. de la ley 5827; 472, 474 y conc. del CPCC, Acordada 1793/1978)”.

37) No disminuye la certeza del peritaje realizado en sede penal la falta de participación de la autoridad demandada cuando tuvo posibilidad de hacerlo.

Sup. Corte Bs. As., 22/8/2007, B. 57.268, “B., J. C. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Soria, Roncoroni, Negri, Pettigiani, Kogan) (Voto Dr. Soria).

“No conmueve, a mi juicio, la certeza que arroja el peritaje producido en sede penal, la defensa de inoponibilidad esgrimida por la accionada con sustento en que la prueba se practicó sin su intervención (v. ap. b punto III del escrito de responde). En ello centra su reproche, pero considero que no puede alegar válidamente desconocimiento del proceso penal paralelo iniciado con motivo de la denuncia que formularon los propios funcionarios del Banco acerca de los mismos hechos que dieron lugar a la investigación disciplinaria.

”Por lo demás, teniendo la posibilidad de hacerlo en este proceso, ningún cuestionamiento ensaya esa parte tendiente a descalificar las conclusiones médicas allí arribadas”.

38) La independencia entre la responsabilidad penal y disciplinaria no impide la extensión al ámbito administrativo de los efectos del pronunciamiento penal cuando el juez de dicho fuero tuvo por acreditada la inimputabilidad del agente.

Sup. Corte Bs. As., 22/8/2007, B. 57.268, “B., J. C. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Soria, Roncoroni, Negri, Pettigiani, Kogan) (Voto Dr. Soria).

“En la especie, tampoco es de recibo el argumento esgrimido con sustento en la doctrina del Tribunal que distingue la responsabilidad penal y la disciplinaria como dos esferas de responsabilidad distintas, señalando que no existe *a priori* ningún impedimento en considerar que una misma conducta (art. 120 y conc. de la ley 5827 y sus modificatorias) que no merezca reproche alguno desde el punto de vista penal pueda configurar una falta en el marco en el que se juzga la conducta de un empleado público (doctr. Acuerdos y Sentencias 1985-III-581 y 1990-IV-613, entre otros precedentes). Es que tal doctrina de ningún modo clausura la posible extensión de los efectos del pronunciamiento que se adopta en el fuero penal a la sede administrativa,

como bien podría ocurrir con casos en que el juez criminal ha tenido por debidamente acreditada la inimputabilidad del agente por grave disminución de sus facultades mentales”.

39) El carácter público de las sentencias justifica el derecho del interesado en difundirla en el ámbito donde se desenvuelve.

Sup. Corte Bs. As., 22/8/2007, B. 57.268, “B., J. C. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Soria, Roncoroni, Negri, Pettigiani, Kogan) (Voto Dr. Soria).

“...Dado el carácter público de esta sentencia (art. 169 de la Const. provincial), le asiste al interesado el derecho de darla a conocer en el ámbito en que se desenvuelve, por los medios que estime adecuados a ese fin”.

40) La incapacidad absoluta declarada en juicio impide hacer lugar a la pretensión de reincorporación al cargo.

Sup. Corte Bs. As., 22/8/2007, B. 57.268, “B., J. C. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Soria, Roncoroni, Negri, Pettigiani, Kogan) (Voto Dr. Soria).

“Así, los actos por medio de los cuales se aplicó al actor la sanción de exoneración deben ser anulados; sin embargo, no puede hacerse lugar a la pretensión de reincorporación al cargo y función que ocupaba el ex agente a la fecha en que se dispuso la medida expulsiva, atento a la incapacidad absoluta judicialmente declarada de la que da cuenta la sentencia agregada a fs. 163/164, circunstancia que obviamente obsta a la continuación de su desempeño como empleado bancario. Destaco que esa decisión judicial fue dictada luego de trabada la litis, invocada por la demandante y admitida por el Tribunal como hecho nuevo (ver res. de fs. 172) y que la parte demandada guardó silencio ante el traslado que oportunamente se le confiriera (ver fs. 171/172)”.

41) No corresponde pagar salarios caídos durante el período en que no le fueron abonados dada la imposibilidad de hecho que tenía el agente para continuar con la relación laboral.

Sup. Corte Bs. As., 22/8/2007, B. 57.268, “B., J. C. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa” (Magistrados votantes: doctores Soria, Roncoroni, Negri, Pettigiani, Kogan) (Voto Dr. Soria).

“A raíz de ello, entiendo que tampoco corresponde condenar a la demandada a abonar los salarios que el señor B. dejó de percibir a raíz de la medida expulsiva dada la imposibilidad de hecho en la continuación de la relación laboral por mediar la declaración de incapacidad del ex agente”.

42) La inimputabilidad que se manifestó en forma continua a partir del momento en que se cometieron los hechos, además de la anulación del acto que dispuso la exoneración, justifica la condena a la demandada a dictar un acto que contemple esta circunstancia como causal de cese, así como la adopción de

las medidas necesarias para que el ex agente acceda al beneficio provisional que corresponde con su estado de salud.

Sup. Corte Bs. As., 22/8/2007, B. 57.268, "B., J. C. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Soria, Roncoroni, Negri, Pettigiani, Kogan) (Voto Dr. Soria).

“Las circunstancias comprobadas en la causa —su inimputabilidad tanto al momento de cometer los hechos como a la fecha en que se aplicó la sanción y posterior incapacidad absoluta judicialmente declarada— me convencen que la justa solución del caso impone que, como corolario de la anulación de la medida segregativa impugnada, la demandada debe ser condenada a dictar un nuevo acto que contemple el estado de salud del señor B. al momento en que se le suspendió preventivamente y, en su caso, modifique la causal de cese por la prevista por el art. 26 inc. ‘d’ del Estatuto para el Personal del Banco de la Provincia de Buenos Aires —‘incapacidad para el servicio bancario por razones de salud’—. En consecuencia, la demandada deberá adoptar las medidas necesarias para que el ex agente acceda, desde aquélla fecha, al beneficio previsual que corresponde conforme su estado de salud. Todo ello deberá hacerlo dentro de los sesenta días de notificada la presente (art. 163, Constitución provincial)”.

43) Se pospone la determinación de los daños y perjuicios una vez que la demandada realice los actos en cumplimiento de la condena judicial.

Sup. Corte Bs. As., 22/8/2007, B. 57.268, "B., J. C. v. Banco de la Provincia de Buenos Aires. Demanda contencioso administrativa" (Magistrados votantes: doctores Soria, Roncoroni, Negri, Pettigiani, Kogan) (Voto Dr. Soria).

“La determinación de los daños y perjuicios que se denuncian como padecidos por los accionantes se practicará —si correspondiera— luego de que la demandada, dentro del término fijado, comunique al Tribunal la decisión que adopte en cumplimiento de esta sentencia”.

4.3. Jurisprudencia de las Cámaras de Apelación en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires

1) En el procedimiento sancionador tanto las infracciones como las sanciones deben ser conocidas por el sumariado al momento de su imputación.

C. Cont. Adm. San Nicolás, 14/11/2006, "A. P. G. v. Dirección General de Cultura y Educación" (Magistrados votantes: Cristina Yolanda Valdez, Damián Nicolás Cebey, Marcelo José Schreginger).

“Teniendo en cuenta que, en el procedimiento sancionador, debe respetarse el principio de legalidad (art. 25, CPBA y art. 19, CN), lo cual implica que —además de las infracciones— también las sanciones deben conocerse al momento de la presunta comisión del hecho endilgado, cabe advertir que la Sra. G. fue sumariada en su calidad de Maestra de Grado provisional, para luego ser sancionada en forma segregativa con la modalidad impuesta para los docentes “Titulares”.

2) Es procedente la medida cautelar por no haber utilizado la autoridad competente la potestad disciplinaria expresamente reglada para docentes previsionales sino para titulares.

C. Cont. Adm. San Nicolás, 14/11/2006, "A. P. G. v. Dirección General de Cultura y Educación" (Magistrados votantes: Cristina Yolanda Valdez, Damián Nicolás Cebey, Marcelo José Schreginger).

"De la sola lectura de la resolución expulsoria, se desprende *prima facie* que la Administración no habría utilizado la potestad disciplinaria expresamente reglada (arts. 132 y 133 del Estatuto Docente ley 10.579), por lo cual debe tenerse en principio por configurada la verosimilitud del derecho invocado para otorgar la medida cautelar requerida (art. 22, CCA), no encontrando afectación alguna al interés público".

4.4. Jurisprudencia de los Juzgados en lo Contencioso Administrativo de la Provincia de Buenos Aires

1) No puede desconocerse en el sumario administrativo la inexistencia del hecho denunciado comprobado en la causa penal.

Juzg. Cont. Adm. Trenque Lauquen a cargo del Dr. Pablo C. Germain, 18/7/2007, "B., A. L. v. Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires s/pretensión anulatoria".

"Desde tal perspectiva, no puede legítimamente llegarse a una conclusión diversa en el expediente administrativo sobre la responsabilidad del agente, atento que las circunstancias acreditadas en la causa descartan la existencia del hecho denunciado.

"Cuando en la instancia administrativa se utilizaron sólo las constancias obrantes en la investigación penal seguida contra el actor en las cuales resultó absuelto, se quebranta la garantía del debido proceso administrativo si no se pondera adecuadamente la solución a la que se arribara en sede penal (cfme., doc. Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 4/8/2006, B - 55.497, voto Dr. Soria, 'M., E. M. v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa'). Ello sin perjuicio que dicha ponderación deba realizarse en instancia judicial, ya que el fallo absolutorio fue posterior a la emisión del acto administrativo".

2) La búsqueda de la verdad jurídica objetiva en el sumario disciplinario impide arribar a una solución diversa a la constatación sobre la inexistencia del hecho en sede penal.

Juzg. Cont. Adm. Trenque Lauquen a cargo del Dr. Pablo C. Germain, 18/7/2007, "B., A. L. v. Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires s/pretensión anulatoria".

"La apreciación de la prueba indiciaria reunida en el sumario disciplinario, iniciado por el hecho que investigó la justicia penal, no puede permitir arribar a una solución diversa sobre la existencia de un hecho histórico, i.e., sobre la existencia del abuso de la menor.

”A tal fin debe recordarse que el objeto del expediente administrativo es conocer la verdad jurídica objetiva, y que tal principio impide restarle gravitación en la presente causa a la resolución del juez penal que dispuso la inexistencia del hecho (cfme., Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 4/8/2006, B - 55.497, voto Dr. Genoud en ‘M., E. M. v. Provincia de Buenos Aires s/demanda contencioso administrativa’”).

3) El principio de inocencia impide que se sancione al agente por el solo hecho de la denuncia en su contra.

Juzg. Cont. Adm. Trenque Lauquen a cargo del Dr. Pablo C. Germain, 18/7/2007, “B., A. L. v. Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires s/pretenión anulatoria”.

“Por otro lado, el principio de inocencia reclama que nadie pueda ser sancionado por exoneración por el solo hecho que se efectúe una denuncia en su contra.

”En razón que la resolución 216/2005 se basó en pruebas indiciarias, sin haberse acreditado debidamente el hecho del abuso de la menor por parte del actor, corresponde disponer su nulidad por carecer de legítima causa”.

4) No debe reconocerse la diferencia de haberes generada por la aplicación de la disponibilidad preventiva por ser una medida cautelar cuya resolución no tiene vicios en sí misma.

Juzg. Cont. Adm. Trenque Lauquen a cargo del Dr. Pablo C. Germain, 18/7/2007, “B., A. L. v. Ministerio de Seguridad de la Provincia de Buenos Aires s/pretenión anulatoria”.

“El reclamo por diferencias salariales originado en los meses de abril y mayo por la suma de \$ 1962, también deben ser rechazados, ya que entiendo que el acto de disponibilidad preventiva (fs. 189 exp. adm.), en cuanto requiere una apreciación preliminar de la situación, por ser en definitiva una medida cautelar, no presenta elementos que lo nulifiquen”.

5) La agresión o inconducta de un agente policial a un ciudadano, aun fuera de servicio, constituye una falta grave.

Juzg. Cont. Adm. Trenque Lauquen a cargo del Dr. Pablo C. Germain, 14/11/2007, “A., E. J. v. Fisco de la provincia de Buenos Aires s/pretenión anulatoria”.

“Acreditados los hechos, los cuales surgen desvinculados del ejercicio de las funciones propias del cargo del ex agente, la apreciación de la gravedad de la falta que realiza la Administración no aparece como arbitraria, irrazonable o producto de una desviación de poder. Toda agresión o inconducta que sea víctima un ciudadano por parte de un agente policial, aun cuando se encuentre sin su uniforme, mella el prestigio de la institución y contribuye a la desconfianza de la sociedad en su actuación, constituyendo una falta grave pasible de la sanción impuesta”.

6) El pronunciamiento en sede administrativa es independiente del de sede judicial por ser de distinta naturaleza los bienes jurídicos tutelados.

Juzg. Cont. Adm. Trenque Lauquen a cargo del Dr. Pablo C. Germain, 14/11/2007, 1955, "A., E. J. v. Fisco de la provincia de Buenos Aires s/pretensión anulatoria".

“Por otro lado, el pronunciamiento de la Administración en el sumario administrativo es independiente del proceso judicial, en razón de la diferente naturaleza de los bienes jurídicos tutelados y de las distintas finalidades de las responsabilidades disciplinarias y penal (cfme., Suprema Corte de Justicia de Buenos Aires, 7/11/1978, causas B 47.468; 10/12/1979, B 47.903; 10/6/1980, B 47.864; 16/12/1980, B 47.668; 2/3/1982, B 48.386; 21/5/2003, B 58.328, entre muchas otras). La circunstancia que la agresión imputada no configurara un delito (ver fs. 54, expte. adm. 221.640/05), no torna infundada o irrazonable a la sanción impuesta”.

7) La exposición del denunciante como único elemento probatorio no resulta eficaz como medio de prueba del hecho imputado.

Juzg. Cont. Adm. Trenque Lauquen a cargo del Dr. Pablo C. Germain, 14/11/2007, 1955, "A., E. J. v. Fisco de la provincia de Buenos Aires s/Pretensión anulatoria".

“La declaración testimonial de G. obrante a fs. 82, carece de fuerza de convicción, ya que el testigo está actualmente imputado en una causa penal vinculada a los hechos sobre los cuales declaró (art. 18, CN, 456, CPCC) —ver fs. 106/122—. No pudiendo ser compelido a prestar declaración testimonial —art. 29, CP—, y no teniendo por lo tanto el carácter de extraneidad, requerido para que su testimonio pueda valorarse, como prueba suficiente de la inexistencia de los hechos que originaran la imputación de la infracción administrativa.

“Sin perjuicio de ello, la única prueba existente en el expediente administrativo referida a la vinculación entre A. y G., es la denuncia de la Sra. G., que si bien adquirió certeza en cuanto a parte de los hechos relatados en su denuncia (entrega de una moto robada, etc.), sus declaraciones, en relación al hecho puntual por el cual se tiene por acreditada la vinculación entre G. y A. —transporte en un patrullero hasta la casa de la declarante—, no se encuentran sustentadas por ninguna otra prueba o indicio acreditado en instancia administrativa.

“Téngase presente que la Sra. G. no prestó declaración testimonial en el expediente administrativo, ni fue interrogada por las generales de la ley, siendo su relación con los hechos según su denuncia, el haber comprado un bien mueble robado. Tampoco obra en instancia administrativa el testimonio de Muzzio, con el carácter que expuso en la causa penal (ver fs. 103/105), ni puede en esta instancia utilizarse dicho testimonio sin afectar gravemente el principio del debido proceso adjetivo y el derecho de defensa.

“Por lo tanto, la exposición unilateral del denunciante sin otros elementos que la sustenten no tiene valor probatorio definitivo y se torna ineficaz como medio de prueba del hecho imputado (cfme. C. Nac. Civ., 5/10/2007, sala L, ‘Betancor, Lorena F. v. GCBA’ expte. 55.247)”.

8) La presunción de legitimidad de los actos administrativos no neutraliza la obligación de probar los hechos que acrediten la infracción por parte del acusador.

Juzg. Cont. Adm. Trenque Lauquen a cargo del Dr. Pablo C. Germain, 14/11/2007, 1955, "A., E. J. v. Fisco de la provincia de Buenos Aires s/pretensión anulatoria".

"Al respecto debe considerarse que el principio de legitimidad del acto administrativo, no implica que en materia sancionatoria la prueba de los hechos que acreditan la infracción no se encuentre a cargo del acusador —Administración—. El dictado del acto administrativo sancionador no produce *ipso facto* una inversión de la carga de la prueba, i.e., es la administración quien debe reunir los elementos de prueba suficientes en la etapa procesal oportuna, que garanticen la adecuada motivación y causa de su accionar y el debido ejercicio del derecho de defensa —e.g., las pruebas deben acreditarse en el expediente administrativo previo a la emisión del acto y vista al imputado—".

9) La potestad sancionatoria se encuentra sometida por su naturaleza a los principios y garantías del derecho penal.

Juzg. Cont. Adm. Trenque Lauquen a cargo del Dr. Pablo C. Germain, 14/11/2007, 1955, "A., E. J. v. Fisco de la provincia de Buenos Aires s/pretensión anulatoria".

"Adviértase, que la potestad sancionatoria de la Administración se encuentra circunscripta, con las adecuaciones que su propia naturaleza implica, a los principios y garantías que rigen al derecho penal (art. 18 y 75, inc. 22, CN, cfme., entre otros, Corte Sup., Fallos 290:202; 303:1548; CIDH, 2/2/2001, 'Baena Ricardo y otros v. Panamá'), y por lo tanto rige el criterio de personalidad de la pena que, en su esencia, responde al principio de que sólo puede ser reprimido quien sea culpable, es decir, aquel a quien la acción punible le pueda ser atribuida tanto objetiva como subjetivamente (cfme., Corte Sup., Fallos 316:1190 y 1577; 322:519, 324:107; 329:3666)".

10) El principio de inocencia rige en materia disciplinaria.

Juzg. Cont. Adm. Trenque Lauquen a cargo del Dr. Pablo C. Germain, 14/11/2007, 1955, "A., E. J. v. Fisco de la provincia de Buenos Aires s/pretensión anulatoria".

"El principio de inocencia —arts. 18 y 75, inc. 22, CN, art. 8º, CASDH—, es rector en la materia, y reclama que quien acusa aun en sede administrativa pruebe la materialidad del ilícito.

"...De la frase utilizada por la propia Corte, referida a la 'inversión de la carga de la prueba', no debe inferirse la posibilidad de obligar al procesado a demostrar la falsedad de toda imputación huérfana de apoyo que se le formule, sino la necesidad de acreditar que las defensas que alegue tienen visos de seriedad suficientes para desvirtuar la presunción legal basada en hechos que corresponde probar a la parte acusadora... (Corte Sup., Fallos 306:1347).

"Por lo tanto y sin perjuicio de considerar que la sanción aplicada se abastece en cuanto a su fundamentación y proporcionalidad con el hecho imputado de agresión a un ciudadano, entiendo que la resolución debe anularse en relación al hecho imputado correspondiente al art. 114 inc. a; teniendo en cuenta, que el elemento material

objetivo en la configuración de un ilícito administrativo —i.e., la acreditación de la conducta imputada, en el caso vinculación de A. y G.—, se encuentra a cargo de la autoridad que pretende aplicar la sanción, y adicionalmente, que en caso de dudas en la interpretación de la prueba tiene primacía constitucional el principio *in dubio pro reo*”.

11) La sanción de exoneración no ha sido desproporcionada dentro del margen razonable de discrecionalidad reconocido a la autoridad competente.

Juzg. Cont. Adm. Trenque Lauquen a cargo del Dr. Pablo C. Germain, 14/11/2007, 1955, “A., E. J. v. Fisco de la provincia de Buenos Aires s/pretensión anulatoria”.

“El planteo subsidiario realizado por el actor de falta de proporcionalidad entre la infracción imputada y la sanción aplicada, debe rechazarse. Adviértase que la sanción impuesta es de aquellas legalmente previstas en el art. 94, decreto 3326/2004, y no se observa una desproporción en el razonable margen de discrecionalidad reconocido a la autoridad jerárquica en materia disciplinaria (cfme., Corte Sup., Fallos 311:2128, considerando 5º, y su cita).

”Las medidas disciplinarias tienen por objeto mantener el orden y la disciplina dentro de las relaciones de servicio, con el objeto de asegurar el debido cumplimiento de los deberes funcionales. Bajo estos parámetros la sanción aplicada exhibe una adecuada proporcionalidad con el comportamiento observado por el agente —agresión a un ciudadano no justificada por razones de servicio—, si se tiene en cuenta que los agentes a quienes el Estado otorga el uso de armas, deben controlar en cualquier circunstancia y en todo momento, acciones y manifestaciones que impliquen un uso indebido de la violencia en el trato con los ciudadanos”.

CAPÍTULO IX

EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN DE EMPLEO PÚBLICO

I. FORMAS GENERALES DE EXTINCIÓN

Como lo desarrolla María Ábalos, la extinción de los contratos administrativos en cuanto a sus causas y régimen se asemeja a la de los actos administrativos, pero no existe identidad, atento a lo cual resulta conveniente el estudio en particular de los distintos modos de extinción o de conclusión de los contratos administrativos, sin perjuicio de lo cual le son aplicables los principios doctrinales y jurisprudenciales elaborados con respecto a los actos administrativos¹.

La extinción del contrato de empleo público es el acto jurídico o hecho que pone fin a la relación y puede tener su causa tanto en la voluntad del trabajador, del Estado empleador o en hechos ajenos completamente a la voluntad de las partes. Independientemente de la causa o motivo del cese, la Ley de Empleo Público provincial (en adelante, LEPBA) dispone que el cese debe ser declarado por el Poder Ejecutivo para producir sus efectos legales.

El régimen de la LEPBA trata conjuntamente y en forma sucesiva la disponibilidad, el cese y la reubicación. A fin de mantener el orden dispuesto por el legislador, analizaremos estos dos primeros institutos, dejando la reubicación del agente, que no es una forma de extinción de la relación de empleo público, para el capítulo correspondiente. Hecha la mencionada salvedad, pasaremos a analizar dichos tópicos.

II. DISPONIBILIDAD

1. Concepto

La disponibilidad es una de las formas de extinción de la relación de empleo público producto de una de las medidas de administración que el empleador puede tomar, y que constituye una excepción —regulada legalmente— al principio de estabilidad que protege al trabajador estatal. El régimen de la LEPBA establece que la disponibilidad puede ser absoluta o relativa, como veremos a continuación.

En la provincia de Buenos Aires en el año 1991 se dictó la ley de reconversión y emergencia administrativa 11.184, por la cual el legislador dispuso autorizar al Poder Ejecutivo Provincial a disponer por el plazo que él determine —dentro del de la emergencia— la intervención de los entes o empresas (cualquiera sea su tipo jurídico) de propiedad exclusiva del Estado provincial o en las cuales éste tenga par-

¹ FARRANDO (h.), Ismael, *Contratos administrativos*, LexisNexis, Buenos Aires, cap. XXIV.

ticipación y/o de otras entidades del sector público provincial de carácter productivo, comercial, financiero o de servicios públicos, a fin de: a) racionalizar sus estructuras administrativas, b) optimizar recursos y servicios, c) disponer la pronta transferencia de las actividades pertinentes a la órbita del capital privado y d) fijar una política de compromisos con el Poder Ejecutivo a través de contratos-programa, los cuales deberán ser publicados en el Boletín Oficial de la Provincia.

En el respectivo título dedicado a los recursos humanos, dispuso un capítulo especial para regular la reasignación del personal, facultando al Poder Ejecutivo —en su art. 9°— a: “colocar en situación de disponibilidad por el plazo que él determine —dentro del de la emergencia— al personal de los organismos descriptos en el artículo 1° de esta ley, a fin de facilitar la aplicación de normas de estructura que aseguren: a) La racionalización de los recursos humanos. b) La eficiencia de la actividad estatal. c) La jerarquización de la función y el empleo público”.

En los siguientes artículos dispuso la ley en análisis que “la disponibilidad a que se hace mención en el artículo anterior podrá ser decretada respecto de la totalidad o parte de los agentes de la Administración, con o sin obligación de prestar servicios” (art. 10) y que “en el marco de lo señalado en el artículo anterior, el Poder Ejecutivo podrá reasignar el destino del personal, disponer su rotación y/o reubicarlo en cargos de jerarquía igual o superior o en agrupamientos distintos al que se encuentra. Deberá tener en cuenta para la reasignación o confirmación del agente la realización y aprobación de cursos y/o exámenes que él determine a través del órgano que establezca para tal fin” (art. 11).

Finalmente en su artículo 12 establece que el personal que se encontrare reubicado o confirmado al momento de finalizar la situación de disponibilidad podrá ser declarado prescindible, con derecho al cobro de una indemnización similar a la prevista en el art. 247 de la Ley de Contrato de Trabajo (Ley Nacional 20.744 y sus modificatorias). Esta facultad podrá ser ejercida hasta la finalización de la emergencia.

Más tarde, mediante el dictado de la ley 11.880, la provincia declaró en estado de emergencia a la Policía Bonaerense por el término de un año. A los fines del cumplimiento de los objetivos señalados en el art. 2°, el art. 4° dispuso que la emergencia “es causal suficiente para poner en disponibilidad, jubilar o pasar a retiro a todo el personal de la Policía Bonaerense”.

La SCBA resolvió en autos “Almirón, Alberto Darío. Inconstitucionalidad arts. 4° y 11 de la ley 11.880 conf. art. 161, Const. prov.” el planteo de inconstitucionalidad de esta norma de emergencia que habilitaba la declaración de prescindibilidad de los agentes policiales en el marco de una reforma estructural de dicha institución (Causa I. 2169, sentencia del 3/12/2003).

Por mayoría el tribunal rechazó la demanda del agente Almirón, por considerar que “la resolución que dispuso el pase a retiro de la totalidad de los agentes que tenían similar cargo al suyo no contiene en sus fundamentos circunstancia alguna que pueda indicar que su reputación o su honra se vea afectada, sino que se refiere a la necesidad de delinear un nuevo perfil institucional a la policía, la necesidad de compatibilizar cuestiones funcionales y operativas de la fuerza, reformular responsabilidades, incorporar un nuevo instituto de contralor policial (ver considerandos de la resolución 103.606, obrante a fs. 24 de la causa), todo ello dentro del marco de la declaración de emergencia de la Policía Bonaerense dispuesta en el art. 1° de la ley 11.880 y

conforme los objetivos declarados en el art. 2º de la misma ley, normas éstas cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada por el accionante”.

En una postura minoritaria que propuso hacer lugar al planteo del accionante se encuentra el Dr. Negri que consideró, por su parte, lo siguiente: “A la par que un derecho, la estabilidad del agente público constituye un límite a la actuación del Estado como empleador en tanto le impide producir la ruptura inmotivada del vínculo. El art. 4º de la ley 11.880 en tanto autoriza a poner en disponibilidad, jubilar o pasar a retiro, según el caso, o determinar la prescindibilidad del personal policial con la sola invocación de la emergencia (‘La emergencia es causal suficiente...’ dice el artículo citado) vulnera aquel límite. También se viola el derecho de defensa (art. 10, Const. prov.). En efecto, siguiendo la línea argumental desarrollada en el precedente citado más arriba, ha de concluirse que, en tanto uno de los objetivos perseguidos por la norma es el de depurar la fuerza policial (art. 2º inc. ‘c’) y superar la crisis y la perturbación social provocada por el grave deterioro del servicio (ver contestación de demandas, fs. 14 de la causa), la baja del agente con fundamento en la emergencia declarada en la ley 11.880 importa un juicio hacia él agravante.”

Por su parte el Magistrado Dr. Roncoroni, a más de adherir a los considerandos del Dr. Negri, sostiene que la falta de motivación impide al actor ejercitar en forma adecuada su derecho de defensa ya que la sola invocación de la ley 11.880 como fundamento para actuar al margen de los derechos y garantías constitucionales evidencia que el Estado ha confundido discrecionalidad con arbitrariedad. Agrega que “En suma la exteriorizada necesidad entre los fundamentos de la ley 11.880 de depurar la Policía entonces denominada Bonaerense —necesidad que no dejo de compartir— no basta por sí sola para que en su acto administrativo de concreción (la resolución 103.606/1997, cuya nulidad se peticiona) se trace un meridiano divisorio, carente de toda motivación como no sea el mero arbitrio del autor del acto. Así, al omitir o silenciar los antecedentes o circunstancias de hecho o de derecho que permitan atisbar, siquiera, el por qué unos Agentes quedan de un lado del meridiano (dentro de la Institución) y otros del lado contrario (fuera de la Institución), afecta la validez del acto. Precisamente la carencia de motivación y la discriminación entre unos y otros señalada en el párrafo anterior, pueden hacer pensar razonablemente al ciudadano común, que se retiraba a los ‘malos policías’ y se dejaba a los ‘buenos policías’. Y si esta tarea purificadora no sólo es deseable sino necesaria, la misma no puede llevarse a cabo mediante actos carentes de motivación que, al no permitir discernir quién es el ‘bueno’ y quién es el ‘malo’, pueden afectar la honra de los afectados. La fuente de legitimidad del obrar es la correlación del fin específico buscado en la norma y el interés público. Los actos habrán de ser realizados con esa finalidad específica: una finalidad honesta, verdadera, no encubierta, ni falsa, ni distinta a la correspondiente al acto según su causa y objeto o contenido...”.

Con posterioridad y ya en una causa contencioso administrativa la Suprema Corte bonaerense convalidó por mayoría el principio del Tribunal según el cual incumbe al Poder Administrador la facultad de disponer con la debida habilitación legal, mediante norma transitoria y de emergencia la baja de un empleado por razones de servicio, con su consecuente indemnización, excepto cuando dicha declaración importe una cesantía encubierta, un juicio negativo respecto de la conducta del agente o una violación del principio de razonabilidad, supuestos cuya existencia debe ser acreditada por quien impugna la medida.

Así, en autos “Lagoa, Alejandro Daniel v. Provincia de Buenos Aires (Ministerio de Justicia y Seguridad). Demanda contencioso administrativa”, el voto mayoritario del Dr. Soria analizó la afectación del derecho a la estabilidad del empleado público, a la luz de la nueva jurisprudencia de la Corte Sup. Dijo el magistrado opinante al respecto, que “En el escrito de inicio el demandante denuncia la violación del art. 14 bis de la Constitución nacional. No se encuentra afectado en el caso el derecho a la estabilidad del empleado público. Si bien la inclusión de dicha garantía en el texto constitucional persiguió ‘poner a los servidores del Estado al abrigo de la discrecionalidad de las autoridades de turno y de los vaivenes de la vida política’ consagrando conforme recientemente lo ha puntualizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación una ‘estabilidad propia puesta como contrapartida del ejercicio injustificado o incausado del poder de rescisión por parte de las autoridades’ (cfr. causa M. 1488 XXXVI, ‘Madorrán, Marta Cristina v. Administración Nacional de Aduanas s/reinstalación’, sent. de 3/5/2007), cierto es también que ella no clausura toda posibilidad para la Administración de prescindir de sus agentes cuando, dentro de la legalidad, invoque una causa justificada y razonable que en situaciones o circunstancias especiales al intérprete corresponderá enjuiciar su constitucionalidad (cfr. consid. 10, segundo párrafo y 11, primer párrafo precedente *supra* citado)” (SCBA, causa B-59.733, sent. de fecha 20/8/2008).

Siguiendo el criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el Superior Tribunal provincial sostuvo en esta sentencia que la necesidad de racionalizar los recursos humanos de la Administración Pública que pueda contener una ley de prescindibilidad debe interpretarse como asignándole el propósito amplio de optimizar la organización administrativa, sin connotaciones de otra índole. Agregó que “De allí que no cabe, por vía de principio, a los tribunales invalidar la separación del agente cuando el acto segregativo impugnado se funda exclusivamente en las causales expresamente contenidas en la ley, sin aditamento de juicio alguno sobre la conducta, capacidad o persona del empleado segregado (Corte Sup., Fallos 307:1133; doct. causa B. 55.164, ‘Almandóz’, sent. de 30/8/2000), mediando la correspondiente y equitativa compensación (Corte Sup., Fallos 315:1680). Esta regla, empero, cede cuando de las pruebas aportadas puede inducirse que hubo un propósito estigmatizante o persecutorio por parte de la Administración al disponer la medida separativa, pues de otro modo se convalidarían disposiciones administrativas írritas por estar desviadas en su finalidad (art. 103, dec.-ley 7647/1970) que proyectan sombras sobre la reputación de los empleados, a quienes se imputan hechos que no han sido demostrados en legal forma, vulnerándose por esa vía garantías consagradas en la Constitución nacional (Corte Sup., 8/10/1985 *in re*, ‘Greco, Mario A. v. Universidad de Buenos Aires’, JA 1986-III-429; C. Nac. Cont. Adm. Fed., sala I, 17/12/1987 *in re*, ‘Raia, Roberto O. v. Estado Nacional’, JA 1989-I-710; doct. causa B. 55.537, ‘Buceta’, sent. de 9/5/2001) y ello no ha ocurrido como antes señalé en la situación de autos”.

2. Disponibilidad absoluta

El art. 11, LEPBA, establece: “Cuando se dispongan reestructuramientos que impliquen la supresión de organismos o dependencias o la eliminación de cargos o funciones, los agentes titulares de los puestos suprimidos que no fueran reubicados en la jurisdicción respectiva, pasarán a revistar en situación de disponibilidad por un

plazo no inferior a doce meses. La nómina del personal que pase a dicha situación de revista será aprobada por el Poder Ejecutivo provincial. El personal alcanzado por el presente artículo deberá incorporarse a cursos de capacitación para poder aspirar a su reinserción en plantas de personal”.

En su decreto reglamentario se establece que la nómina de los agentes que se hallaren en situación de disponibilidad absoluta será remitida al organismo central de administración de personal para que disponga su reubicación.

En el siguiente art. 12, la ley establece al personal exento de ser puesto en disponibilidad al decir: “No podrá ser puesto en situación de disponibilidad el personal cuya renuncia se encuentra pendiente de resolución, ni el que estuviere en condiciones de ser intimado a jubilarse o pudiere estarlo dentro del período máximo de doce meses previsto para esa situación de revista o aquellos que entraren bajo otros regímenes especiales previstos para su retiro. En estos supuestos el mismo será reubicado transitoriamente en otro organismo o dependencia de la misma jurisdicción, hasta la resolución de su situación conservando su cargo y remuneración hasta la oportunidad en que se opere la respectiva baja. El personal cuya renuncia no se hiciera efectiva por cualquier motivo deberá ser incorporado a la nómina de agentes en disponibilidad de la cual fuera excluido”.

3. Disponibilidad relativa

Según lo dispone el art. 13, LEPBA: “La disponibilidad relativa es la situación emergente de: a) la sustitución de las funciones o tareas específicas propias del cargo del agente, producida como consecuencia de la intervención a alguna repartición o dependencia o, b) como aplicación del art. 97 conforme lo previsto en esta ley y su reglamentación. No afectará su foja de servicios, el goce de sus derechos ni la percepción de haberes; será de carácter transitorio y tendrá una duración de sesenta días, término que podrá ser ampliado por el Poder Ejecutivo”.

En el decreto reglamentario se indica que las autoridades citadas en los incs. a) y b) del art. 99 de la ley, deberán fijar destino al agente declarado en disponibilidad relativa mientras éste permanezca en esa situación. Agrega que las tareas que se le asignen deberán guardar relación con el cargo que ocupa y en la fijación de destino no podrá verse afectado el principio de unidad familiar.

Por último, la reglamentación agrega que la Dirección de Sumarios priorizará las actuaciones sumariales cuando con motivo de ellas se encuentren agentes en disponibilidad relativa o suspensión preventiva.

III. Cese

1. Concepto

El cese es el acto administrativo que dispone la extinción de la relación e, independientemente de las causales de tal disolución, requiere que sea dispuesto por el Poder Ejecutivo.

Así, el art. 14, LEPBA, dispone: “El cese del agente será dispuesto por el Poder Ejecutivo y se producirá por las siguiente causas...”, enumerando las circunstancias que originan la extinción de la relación de empleo público y que trataremos a continuación.

2. Causales en la Ley de Empleo Público provincial

2.1. *Agente provisional que no adquiere estabilidad*

En su inc. a) el art. 14 reza: “La situación prevista en el art. 6° y, asimismo, si transcurrido un año desde su ingreso, no hubiere cumplido con los requisitos de admisibilidad por causa imputable al agente”.

El texto referido remite a dos situaciones especialmente reguladas en la ley, una referida al período de prueba legislado en el art. 6° —en el que la decisión le corresponde a la voluntad administrativa— y la otra relativa al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad normados en el art. 2° —en el que concurre la voluntad omisiva del agente al no cumplir con una exigencia de admisibilidad y la posterior declaración de voluntad estatal—.

En cuanto al primer supuesto, recordemos que el art. 6° citado establece un período de prueba al disponer que todo nombramiento es provisional hasta tanto el agente adquiera la estabilidad, a los seis meses de prestación de servicio efectivo y siempre que se hayan cumplido en su totalidad los requisitos de admisibilidad fijados por la ley en su art. 2°, que no hubiere mediado previamente oposición fundada y debidamente notificada por autoridad competente.

En la reglamentación del inc. a) del art. 14 se remite al decreto reglamentario del art. 6°, en todo lo referido a la baja por la situación prevista en la regulación del período de prueba y sus formas de tramitación.

La falta de estabilidad durante este período de prueba es explicitada en la reglamentación del art. 6°, que dice: “El Poder Ejecutivo podrá disponer el cese del agente durante el período de provisionalidad a que alude la ley, cuando razones de oportunidad, mérito o conveniencia así lo aconsejen”.

Además de esta facultad otorgada por el decreto reglamentario al Poder Ejecutivo provincial, tanto el superior como el titular de la repartición podrán formular oposición fundada por escrito, la que será notificada al interesado dentro de los seis meses de desempeño efectivo del cargo.

En cuanto al procedimiento de cese, en virtud del uso de la facultad de oposición referida en el párrafo anterior, dice la reglamentación que, notificado el interesado, los antecedentes se remitirán al organismo sectorial de personal para que se proyecte el acto administrativo de cese, el que deberá ser dictado y notificado dentro de los tres meses siguientes. Agrega que las notificaciones deberán practicarse en la forma y por los medios previstos en el capítulo X del decreto-ley 7647/1970, de procedimiento administrativo o la norma que lo reemplace.

Pasando al segundo supuesto previsto en el inc. a) del art. 14, corresponde recordar que los requisitos de admisibilidad están establecidos por el art. 2°, LEPBA. De todos los requisitos, el único que puede ser acreditado con posterioridad es el que exige que el nuevo agente de la Administración provincial sea argentino, por opción o naturalizado. Expresa el inc. a) del art. 2° de la ley, en su parte final: “La reglamentación preverá los plazos a otorgar a los extranjeros, para la obtención de la carta de ciudadanía”. Así, la reglamentación dispuso que los extranjeros que sean designados de conformidad con las previsiones del estatuto deberán presentar, dentro de los doce meses de su designación, la carta de ciudadanía.

La reglamentación del art. 14 a este respecto dice que los organismos sectoriales de personal pertinentes serán los encargados de controlar el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad y propiciar, en su caso, el cese del agente.

2.2. *Renuncia*

Según Marienhoff, la renuncia es uno de los medios más comunes de extinguir la relación de empleo público y consiste en la “manifestación de voluntad del agente de no seguir desempeñando las funciones que le fueron encomendadas”².

En primer lugar, cabe referir que la renuncia además de ser una de las formas de extinción de la relación de empleo público, es un derecho de los agentes estatales reconocido, como ya viéramos, regulado en el art. 66, LEPBA. Esta norma del estatuto del empleado público de la provincia de Buenos Aires dice: “El agente tendrá derecho a renunciar. El acto administrativo de aceptación de la renuncia deberá dictarse dentro de los treinta días corridos de recepcionada en el organismo sectorial de personal. El agente deberá permanecer en el cargo durante igual lapso, salvo autorización expresa en contrario, si antes no fuera notificado de la aceptación”.

Como ya vimos al tratar el principio de irrenunciabilidad, la renuncia del empleo no está prohibida, porque de prohibirse se llegaría al absurdo de condenar prácticamente al prestador de obra a trabajos forzados, transformando una providencia legal originada en la exclusiva preocupación de tutelar a los trabajadores en una disposición conculcadora de su libertad³.

La voluntad rescisoria del dependiente queda salvaguardada a través de las formalidades que la propia ley impone como requisito de validez para la renuncia al empleo y que en el caso de la LEPBA se encuentran reguladas en el decreto reglamentario del art. 14, inc. b). La finalidad de estas normas es asegurar la autenticidad de la manifestación de voluntad del trabajador de poner fin a la relación laboral existente, por la trascendencia de sus consecuencias para el agente público.

Así la Suprema Corte Buenos Aires ha dicho, en referencia a las formalidades impuestas para la renuncia por la LCT, que “la voluntad rescisoria del dependiente queda salvaguardada a través de las formalidades que la propia ley impone como requisito de validez para la renuncia al empleo”⁴.

El ar. 14, en su inc. b), establece como causal de cese a la renuncia, destacándose como una de las típicas causales determinadas por la voluntad de una de las partes de la relación, en este caso, el trabajador.

El procedimiento de aceptación de la renuncia por la autoridad respectiva reviste importancia por ser la aceptación la forma en que se materializa el cese y se desencadenan sus efectos jurídicos. Por ello, la reglamentación del inc. b) del art. 14 dice que la renuncia deberá ser presentada por escrito ante el superior inmediato, quien certificará que la firma pertenece al agente. Previa notificación del acto de su aceptación, deberá entregar el o los carnés de IOMA y credencial si la tuviera; en

² MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, cap. X: “Extinción de la relación de función o empleo público”, Buenos Aires, 1970.

³ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, 3ª ed. act., Depalma, Buenos Aires, 1998, p.172.

⁴ Sup. Corte Bs. As., 31/8/1984, L 33.698, “Pomar, Héctor A. v. Eslabón SACIA s/despido”, DT 1985-A-26, LT 1985 XXXIII-A-137, TSS 1985-139, DT 1987-B-1872, AyS 1984-I-623.

caso de extravío de dicha documentación, deberá presentar constancia de denuncia ante la autoridad policial correspondiente.

Agrega el reglamento que por circunstancias especiales el agente podrá renunciar por telegrama colacionado o elevando la nota al titular de la repartición, siendo requisito en este caso que la firma se halle autenticada por escribano público, autoridad judicial o policial competente.

Asimismo, continúa afirmando el decreto, en todos los casos se deberá constituir domicilio, el que se considerará subsistente a todos los efectos de su anterior relación de empleo mientras no denuncie otro nuevo, por el término de dos años. En caso que así no lo hubiere hecho, se tendrá como subsistente por el mismo término el constituido en cumplimiento de la obligación establecida en el art. 78, inc. o), de la ley.

Continúa el reglamento especificando la conducta estatal posterior a la recepción de la renuncia. Así dice que el acto administrativo pertinente deberá dictarse dentro de los treinta días corridos de recepcionada la renuncia en el organismo sectorial de personal. En todos los casos deberán recabarse informes con relación a la existencia de sumarios pendientes. Si el agente se hallare sometido a sumario o si tuviera conocimiento que ha incurrido en falta que dé lugar a sanción disciplinaria, podrá aceptársele la renuncia, dejando constancia de que la causa del cese queda sujeta al resultado del referido sumario o de la mencionada falta, en razón de lo dispuesto en el art. 90, inc. b), LEPBA.

Por último, la reglamentación establece que, según fuera legislado en el art. 66, el agente estará obligado a permanecer en el cargo desde el momento de la presentación de la renuncia hasta un plazo máximo de treinta días corridos, salvo autorización en contrario si antes no fuera notificado de su aceptación. La autorización podrá ser dispuesta por director o jefe de departamento, dejando expresa constancia de la fecha de cese en la elevación de la renuncia. Si ello se produjera con posterioridad, deberá comunicarlo de inmediato al organismo sectorial de personal. En ambos casos se entregará al interesado la certificación que así lo acredite.

Haciendo un paralelismo con la jurisprudencia de la Suprema Corte de Buenos Aires⁵ sobre las formas para la renuncia reguladas en el art. 240, LCT, podemos afirmar como criterio interpretativo que no es válida la dimisión del empleo que no se ajusta a los términos del art. 66, LEPBA, y su reglamentación, porque la exigencia formal que dicha norma exige aparece como una manifestación de la tutela propia del derecho laboral. Es presupuesto esencial la efectiva existencia de la voluntad rescisoria de trabajador, es decir, que exista absoluta correspondencia entre su voluntad real y la declarada. Si esto no se configura, la renuncia carece de validez.

2.3. Fallecimiento

El fallecimiento o muerte del agente está previsto como causal para la extinción de la relación de empleo público en el inc. c), art. 14, LEPBA. Esta causal de cese se deriva de que la tarea que constituye la prestación en la relación de empleo público debe ser ejercida personalmente por el agente, siendo la desaparición física del trabajador

⁵ Sup. Corte Bs. As., 31/8/1984, L 33.698, "Pomar, Héctor A. v. Eslabón SACIA s/despido".

una de las circunstancias generadoras de la extinción de la relación ajenas a las voluntades de las partes.

Reglamenta el decreto que la vacancia del cargo se producirá al dictarse la baja por fallecimiento y se efectuará por medio de acto administrativo emanado del titular del Poder Ejecutivo, que podrá delegar tal facultad. Agrega la reglamentación que la copia del acto dispositivo y las correspondientes certificaciones de servicio le serán entregadas al miembro del grupo familiar que así lo requiera, bajo debida constancia y acreditación fehaciente del vínculo.

2.4. Agotamiento de licencias

En su inc. d), el art. 14, LEPBA, dispone que el cese del agente será dispuesto por el Poder Ejecutivo y se producirá por haber agotado el máximo de licencia por razones de enfermedad o antes cuando el grado de incapacidad psicofísica permita el encuadre del agente en los beneficios jubilatorios.

Como ya vimos en el capítulo referido a los derechos de los agentes, la licencia por enfermedad se encuentra reconocida y garantizada en los arts. 19, inc. g), 35, inc. 5°, y 49, LEPBA. Este último artículo establece los plazos de licencias según la antigüedad del agente y su situación familiar, disponiendo que cuando el trabajador no pudiera reintegrarse a sus tareas, una vez agotados los plazos dispuestos, será sometido a examen por el organismo de aplicación, que determinará: a) Si el agente se encuentra en condiciones de acogerse a los beneficios jubilatorios de acuerdo con el grado de incapacidad determinado por las leyes provisionales. b) Si el agente es pasible de ser reubicado en tareas y/o destinos acorde con su capacidad.

En la reglamentación del inc. d) del art. 14 se dispone: "Cuando el agente hubiera agotado el máximo de licencia por razones de enfermedad y no pueda reintegrarse a sus tareas, será declarado cesante".

Esta norma reglamentaria debe ser interpretada a la luz del citado art. 49, ya que es obligación de la Administración tratar de reubicar al agente en tareas o destinos acorde a sus nuevas capacidades. Si esto no es posible y el agente no reúne los requisitos para jubilarse, la Administración deberá declararlo cesante.

Continúa el decreto reglamentario citado diciendo que cuando la Dirección de Reconocimientos Médicos determine la imposibilidad de reintegrarse a sus tareas y declare un grado de incapacidad que le permita acogerse a los beneficios jubilatorios, se dispondrá su cese aun antes de haberse agotado el término de licencia por razones de enfermedad.

Finalmente, concluye la reglamentación, que en todos los casos deberá recabarse informe con relación a la existencia de sumarios pendientes, a efectos de condicionar el cese al resultado de dichas actuaciones.

La Cámara en lo Contencioso Administrativo de San Martín, en autos "Porozzi", al analizar la aplicación de la causal de cese regulada en la ley 11.757, de similar contenido a la tratada en este punto, sostuvo que el agotamiento de las licencias "no opera en forma automática y desvinculado del plexo normativo vigente, lo que sin duda supone que no sólo se constate que han transcurrido en exceso los plazos máximos de licencia por enfermedad, sino que además se hayan cumplido los distintos

extremos que exige el ordenamiento jurídico para garantizar el derecho a la estabilidad de que goza el agente”⁶.

2.5. *Supresión del cargo*

El inc. e), art. 14, LEPBA, dispone como causal de cese la supresión del cargo por la situación prevista en el art. 11, en los términos y las condiciones allí establecidos.

Recordemos que el art. 11 regula la disponibilidad absoluta de los agentes cuyos cargos hayan sido eliminados o suprimidos. Así, la reglamentación del citado inciso del art. 14 establece que el cese se dispondrá al fenecer el período de disponibilidad, sin que el agente haya sido reubicado.

2.6. *Incompatibilidad o inhabilidad del agente*

El art. 14, en su inc. f) establece que cesará el agente por estar comprendido en disposiciones que le creen incompatibilidad o inhabilidad.

Como vimos en el correspondiente capítulo dedicado al ingreso a la Administración Pública bonaerense, para acceder a un cargo no se debe estar alcanzado por las disposiciones que creen incompatibilidad o inhabilidad (art. 3°, inc. e)), legislando el art. 14 los casos en que estos obstáculos surgen una vez que el agente ya ingresó al Estado como empleado público.

En la reglamentación del inciso mencionado del art. 14 se dispone que, verificada una situación de incompatibilidad, de acuerdo con la legislación vigente, se notificará al agente, quien tendrá un plazo de diez días hábiles para formular la opción. No formulándola, se dispondrá su cese sin sumario, en la forma en que la Administración estime correspondiente.

Agrega el decreto que cesará también, sin sumario administrativo, cuando se advierta la existencia de alguna causal de inhabilitación. Por último dispone que si la incompatibilidad o la inhabilidad no fuera oportunamente advertida por falsedad en la declaración jurada prevista en el art. 78, inc. n), o por cualquier otra forma de ocultamiento, la baja se dispondrá por razones disciplinarias previo sumario administrativo.

⁶ Del 31/10/2006, 377/05, “Pirozzi, Antonio, Walter v. Municipalidad de Morón s/amparo”. Agregó la Cámara que “entre ellos destaco la elevación a la junta médica municipal (conf. art. 49, ley 11.758) a fin de evaluar invalidez a los fines jubilatorios y/o reubicación en tareas livianas, de no ser necesaria la elevación a la junta médica provincial, intimación al agente a reintegrarse a sus tareas bajo apercibimiento de cese por art. 11, inc. d, ley 11.575 (conforme acápite 5° de la manifestación de la Dirección de Asuntos Legales de la Municipalidad demandada glosado a fs. 103/105 vta.); o a preverse un procedimiento breve que asegure las garantías del debido proceso (conf. última parte del primer párrafo del art. 67, ley 11.757)”.

2.7. Jubilación ordinaria o por edad avanzada

En el inc. g), art. 14, LEPBA, dispone que cesará el agente cuando éste "...reúna los requisitos establecido en la legislación vigente en materia jubilatoria para obtener la prestación ordinaria o por edad avanzada".

En la reglamentación de este inciso se dispone que los organismos sectoriales de personal u oficinas que hagan sus veces determinarán, al 30 de junio de cada año, el personal que se encuentra en las condiciones previstas en la ley y proyectarán el acto administrativo de cese, el que deberá dictarse en el plazo máximo de dos meses.

Continúa el decreto reglamentario diciendo que el Poder Ejecutivo podrá, en casos debidamente justificados, fundados en razones de oportunidad, mérito o conveniencia disponer excepciones a la aplicación de esta norma. Agrega el texto que, a los fines indicados en párrafo que antecede, cada jurisdicción deberá elevar antes del 31 de agosto de cada año la nómina de agentes cuya exclusión resultaría conveniente, así como el proyecto de acto que disponga la excepción, para ser sometidos a consideración del señor gobernador. La situación de los agentes que resulten exceptuados del cese, de conformidad con lo dispuesto en los dos párrafos precedentes, será revaluada cada seis meses, a contar de la fecha del acto que disponga la excepción. A tal efecto, la jurisdicción a la que pertenezca el agente afectado deberá elevar, antes del vencimiento de dicho plazo, junto con la debida fundamentación, el proyecto de acto que prorrogue la vigencia de la excepción. En caso contrario, deberá disponer el cese de aquél.

2.8. Pasividad anticipada y retiro voluntario

El inc. h), art. 14, LEPBA, refiere como causal de cese a la "pasividad anticipada y retiro voluntario, con sujeción a las disposiciones reglamentarias y sólo cuando el Poder Ejecutivo establezca la utilización de este último instituto".

Como ya vimos al analizar los derechos de los agentes estatales de la provincia de Buenos Aires, el retiro voluntario y la pasividad anticipada se encuentran regulados legislativamente en los arts. 73 y 74, respectivamente.

2.9. Exoneración o cesantía. Remisión

En el art. 14, inc. i), se indica como forma de extinción de la relación de empleo público a la "exoneración o cesantía encuadrada en el régimen disciplinario que impone este estatuto".

Para ampliar esta forma de cese remitimos al capítulo dedicado al régimen disciplinario de la LEPBA.

2.10. Vencimiento del plazo para obtener la ciudadanía

En el inc. j) del art. 14 en análisis se expone como una de las causales para dictar el cese de la relación: "Por vencimiento del plazo para la obtención de la carta de ciudadanía, conforme a lo establecido en el art. 2º, inc. a)".

2.11. Ocultamiento de impedimentos para el ingreso

La anteúltima causal dispuesta en el inc. k), art. 14, LEPBA, es el “ocultamiento de los impedimentos para el ingreso”.

Se impone preguntarnos si esta causal de cese debe ser probada por la Administración en un procedimiento sumarial en el que se investigue el efectivo ocultamiento doloso por parte del agente, de los impedimentos para el ingreso.

2.12. Calificaciones insuficientes

En los últimos tres puntos del art. 14, con una numeración distinta a la de las causales expuestas anteriormente, se indica como causa de cese: “1. Dos calificaciones insuficientes o tres calificaciones insuficientes alternadas en los primeros cinco años. 2. Tres calificaciones insuficientes consecutivas o cinco calificaciones insuficientes alternadas en diez años. 3. Dos calificaciones insuficientes consecutivas cuando el agente ocupe cargo jerárquico”.

En la reglamentación se indica que para que la calificación insuficiente sea causal de cese, deberá haberse agotado la vía recursiva o extinguida la instancia administrativa, agregando que se considerará calificación insuficiente la que sea inferior a tres puntos.

Como vimos al analizar el derecho a la carrera administrativa, el procedimiento de evaluación y calificación de los agentes, dispuesto en el art. 34, LEPBA, no es puesto en práctica por la Administración bonaerense. De ello se desprende la inoperatividad de esta causal de cese.

3. Causales de cese en las funciones jerarquizadas

El art. 154, LEPBA, establece una regulación legal especial para el cese del personal que ejerce funciones jerarquizadas. Así dice: “El personal que desempeña funciones jerarquizadas de jefe de departamento o subdirector, podrá cesar en las mismas por las siguientes causales: a) Renuncia: los agentes que renuncien al desempeño de la función jerarquizada y hubieren desempeñado la misma con carácter titular durante un lapso mínimo de tres años, perderán el derecho al cobro del adicional por función, permaneciendo en la categoría salarial de revista y percibiendo el adicional por actividad exclusiva si cumplieren los requisitos fijados para la percepción de esta retribución. Si su renuncia se produjere antes de cumplir dicho lapso mínimo de desempeño, perderá el derecho al cobro del adicional pertinente y se reintegrará a la categoría salarial que poseía con anterioridad a la asignación de las funciones jerarquizadas. b) Por supresión de organismos y/o dependencias: en tales supuestos se otorgará al agente igual tratamiento que el previsto en el primer párrafo del inciso anterior, aunque su desempeño no alcanzare a tres años. c) Por calificación insuficiente: una calificación insuficiente hará perder al agente la función jerarquizada. La reglamentación establecerá la forma

y período de dicha calificación. En este supuesto el agente conservará la categoría salarial y permanecerá como personal de apoyo si su desempeño fuere de tres años como mínimo. Caso contrario se reintegrará a la categoría salarial que tenía con anterioridad. d) Por sanción de suspensión de treinta días como mínimo surgida de sumario administrativo: en este supuesto, al agente se le aplicará igual tratamiento al fijado para el cese por calificación insuficiente”.

El decreto reglamentario dispone que, en relación con la causal de insuficiente calificación, ésta será fijada con tal carácter por el art. 14, inc. 1º, apartado II de dicha reglamentación.

Se terminó de imprimir el 12 de noviembre de 2009,
en ENCUADERNACIÓN LATINO AMÉRICA S.R.L.,
Zeballos 885, Avellaneda,
Pcia. de Buenos Aires, Argentina



www.abeledoperrot.com



Buenos Aires / Bogotá / México / Santiago

PABLO O. CABRAL
MARCELO J. SCHRENGER
El Régimen de Empleo Público en
la Provincia de Buenos Aires