

VISTO:

El Expediente N° 9100-002215/2018 de la Secretaría General y Servicios Públicos mediante el cual las señoras **MARIANA ALEJANDRA TRINIDAD CALDERÓN** y **VALERIA ROXANA LUCCI OFIDANNI** interpuso recurso administrativo, expediente acumulado N° 5500-024327/2015 del ex Ministerio de Coordinación de Gabinete, Seguridad y Trabajo; y

CONSIDERANDO:

Que el 05 de marzo de 2015, las señoras la señora Mariana Alejandra Trinidad Calderón y Valeria Roxana Lucci Ofidanni, mediante patrocinio letrado, interpusieron recurso administrativo ante el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén, contra el Decreto N° 214/15 del 12 de febrero de 2015, por el cual se dispuso la exoneración de ambas agentes, con encuadre legal en los artículos 109° inciso j) y 111° inciso j) apartado b) del Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública de la Provincia del Neuquén (en adelante EPCAPP);

Que surge de los antecedentes que el 17 de diciembre de 2012, mediante el Memorándum N° 166/2012 el Directorio del Ente Provincial de Energía del Neuquén (en adelante EPEN) informó sobre los hechos dañosos que acontecieron en la sede central de dicho organismo, en el contexto de un reclamo por recomposición salarial que llevó adelante personal de dicha entidad;

Que mediante la Disposición N° 205/13, la Gerencia General del EPEN, el 02 de julio 2013 dispuso instruir sumario a las requirentes, en virtud de la presunta participación en las pintadas efectuadas el día 29 de noviembre de 2012 a las once (11) horas aproximadamente, con aerosol rojo en las instalaciones de la sede central del EPEN, de contenido agravante hacia la persona de funcionarios públicos, siendo debidamente notificadas;

Que mediante Acta de Declaración Indagatoria el 09 de agosto de 2013, se efectuaron las respectivas declaraciones de las impugnantes;

Que el 19 de noviembre de 2013, se notificó a las requirentes del Informe Caligráfico, el cual concluye que los manuscritos analizados se corresponden con las recurrentes;

Que las requirentes el 26 de noviembre de 2013, efectuaron una presentación ante la Unidad Técnico Jurídica de Asuntos Judiciales, Asesoramiento y Sumarios del EPEN, impugnaron la pericia caligráfica efectuada, con fundamento en el informe caligráfico, confeccionado por un Perito en Documentología;

Que el 02 de diciembre de 2013, el perito calígrafo, efectuó una presentación en la que ratificó las expresiones, conceptos y conclusiones vertidas en el Dictamen presentado y manifestó que el Informe fue realizado bajo los parámetros, pautas y métodos que exige la ciencia pericial caligráfica para la dilucidación del presente caso;

Que el Memorándum N° 058/14, de la Gerencia de Obras del EPEN, del 07 de mayo de 2014, informó que las erogaciones efectuadas con motivo de la reparación de las pintadas con aerosol rojo efectuadas en la sede central de

EPEN acaecidas el 29 de noviembre de 2012, ascendieron a la suma de pesos treinta mil doscientos ochenta y siete con 90/100 centavos (\$ 30.287,90);

Que la Unidad Técnico Jurídica de Asuntos Judiciales, Asesoramiento y Sumarios del EPEN, el 06 de junio de 2014, concluyó lo siguiente: "*1) Tener por acreditada la participación de las sumariadas Valeria Roxana Lucci Offidani, Legajo N° 1115 y Mariana Alejandra Trinidad Calderón, Legajo N° 1094 y la responsabilidad emergente; 2) Sugerir se imponga a las sumariadas la sanción de exoneración, en los términos de los artículos 109° inc. j) y 111° inc. j) pto. b) del EPCAPP*". Siendo debidamente notificadas;

Que el 18 de junio de 2014, las requirentes mediante patrocinio letrado efectuaron una presentación ante el EPEN, allí expusieron respecto a la valoración de la prueba, que la misma fue arbitraria por entender que se consideró un testimonio exclusivamente, que manifestó que el ingreso se produjo a las once (11) horas, mientras que el parte diario estableció dicho ingreso a las trece (13) horas. Asimismo, cuestionaron que no se habría producido la prueba testimonial ofrecida por la señora Calderón y entendieron que la valoración efectuada por la instancia sumarial sobre la prueba pericial era improcedente por no contar con una formación profesional o científica;

Que por otro lado, afirmaron que la determinación del concepto de participación fue arbitraria y que se había violado el plazo razonable toda vez que el artículo 110° del Decreto N° 2772/92 otorga un plazo de noventa (90) días hábiles administrativos para culminar el sumario, desde el momento de la aceptación del cargo por parte del instructor. Además, según su entender, se afectó el principio de proporcionalidad, ya que las faltas atribuidas no revestirían la gravedad suficiente como para justificar la aplicación de semejante sanción;

Que el 25 de julio de 2014, la Instrucción emitió un Informe en el cual concluyó que se encontraba acreditada la participación de las impugnantes en los hechos. Que aquella pudo estar dada por acción u omisión, en transgresión a la prohibición establecida en el artículo 10° inciso f) EPCAPP al propiciar un acto incompatible con las normas de moralidad, urbanidad y buenas costumbres. Afirmó que el plazo establecido en el artículo 110° del Decreto N° 2772/92, es simplemente ordenatorio. Por último, concluyó: "*(...)1) Clausurar definitivamente el Sumario Administrativo, 2) Tener por desistida la prueba testimonial ofrecida, 3) Rechazar el planteo de caducidad*". Siendo notificadas dichas conclusiones el 25 de agosto de 2014 (...);

Que previo Dictamen N° 4971/14 de la Asesoría Letrada de la Junta de Disciplina de la entonces Subsecretaría de Gestión Pública, del 26 de septiembre de 2014, se emitió el Acta N° 2292 de la Junta de Disciplina del 03 de octubre de 2014, que sugirió: "*se imponga a las agentes Calderón y Lucci Offidani la sanción de exoneración por aplicación de los artículos 109 inciso j) y 111 inciso j) apartado b) del EPCAPP*";

Que previo Dictamen de la Unidad Técnico Jurídica del EPEN, se emitió la Resolución N° 823/14 del EPEN del 04 de diciembre de 2014, que aprobó el Sumario Administrativo instruido a las reclamantes y adhirió a la sanción propuesta por las conclusiones de este y el Acuerdo de la Junta de Disciplina de la

Administración Pública Provincial de exoneración, en los términos de los artículos 109° inciso j) y 111° inciso j) apartado b) del EPCAPP;

Que previo Dictamen N° 023/15 de la Asesoría General de Gobierno, el 12 de febrero de 2015 se emitió el Decreto N° 214/15 mediante el cual se dispuso la sanción de exoneración en los términos de los Artículos 109° inciso j) y 111° inciso j) apartado b) del EPCAPP, en un todo de conformidad con el Acuerdo de la Junta de Disciplina de la Administración Pública Provincial, según Acta N° 2292/14. Siendo notificadas el 18 de febrero de 2015;

Que mediante el Memorándum N° 049/15 la Unidad Técnico Jurídica del EPEN informó a la Gerencia de Administración de Recursos y Finanzas del referido ente que la sanción impuesta a la señora Lucci Offidani podía hacerse efectiva a partir del 19 de febrero de 2015;

Que el 05 de marzo de 2015, las impugnantes efectuaron una presentación ante el Poder Ejecutivo Provincial contra el Decreto N° 214/15, señalaron que el procedimiento sumario tuvo irregularidades y afectaba al debido proceso. Por último, entendieron que las supuestas faltas cometidas no justificaban la aplicación de la sanción de exoneración, en función de que la misma se reserva para casos de extrema gravedad. Expresaron que las pintadas en sí no afectaron la organización de la Administración propiamente dicha y si lo hicieron las de color rojo lo fueron en escasa o nula entidad;

Que el 20 de noviembre de 2018 la señora Calderón reiteró la reclamación administrativa ante el Poder Ejecutivo Provincial, lo que originó el caso bajo análisis;

Que a fin de brindar tratamiento al presente, cabe referir que el objeto se circunscribe en analizar la legalidad del Decreto que dispuso la sanción de exoneración de las requirentes;

Que el marco legal aplicable es el EPCAPP, la Ley 1284, la Constitución Provincial, la Constitución Nacional y demás normativa aplicable al caso;

Que resulta oportuno aclarar, que las actuaciones sumariales se iniciaron respecto de las señoras Calderón y Lucci Offidani, a los efectos de dilucidar los hechos u omisiones, presuntas faltas cometidas por las agentes, con encuadre legal en el artículo 30° del Reglamento de Sumarios Administrativos, conforme el Decreto N° 2772/92;

Que posteriormente, mediante el Decreto N° 214/15 se dispuso aplicarles a las recurrentes la sanción de exoneración, en los términos de los artículos 109° inciso j) y 111° inciso j), apartado b) del EPCAPP;

Que en este punto, debe aclararse que, en tanto se considera que la situación de cada una de las requirentes es diferente y que por ello, debe otorgarse distinto tratamiento y consideración a los planteos recursivos introducidos en esta instancia en cuanto se considera ajustada la sanción establecida a la señora Calderón, pero no así la dispuesta respecto a la señora Lucci Offidani;

Que en este sentido, la diferente valoración parte de la consideración del acto de inicio de la Instrucción, así como de la propia prueba recabada en la etapa sumarial, la efectiva acreditación de conductas que se logró en el procedimiento y la valoración de dichas conductas al momento de tomarlas como base para las sanciones dispuestas;

Que se advierte que mediante la Disposición N° 205/13, de la Gerencia General del EPEN del 02 de julio de 2013, se dispuso instruir sumario a las requirentes: "*(...) por la participación que les cabría en las pintadas efectuadas el día 29 de Noviembre de 2012 a las 11 horas aproximadamente, con aerosol rojo en las instalaciones de la Sede Central del EPEN, de contenido agravante hacia la persona de funcionarios públicos (...)*";

Que ahora bien, la actividad administrativa desplegada en el sumario llevó a tener por acreditado que la señora Calderón participó activamente de las pintadas con aerosol rojo, corroborado esto tanto por la pericia caligráfica, como por la declaración testimonial de la señora Ivonne Altamirano del 17 de abril de 2013, quien confirmó en sus dos declaraciones haber visto personalmente a la señora Calderón realizando las pintadas de color rojo;

Que por su parte, la misma testigo se limitó a confirmar que la señora Lucci Offidani se encontraba junto a la señora Calderón mientras aquella pintaba las paredes, y que tenía una lata de aerosol en su mano, pero que no la vio pintando de manera efectiva. Asimismo, la pericial caligráfica aludida no atribuyó a la señora Lucci Offidani la autoría de las pintadas de color rojo, aunque sí las de color gris y concluyó que las mismas pertenecían al puño escritor de la señora Calderón;

Que en este mismo sentido, el acto sancionatorio aquí cuestionado da cuenta de la distinta participación que le cupo a cada una de las solicitantes en los hechos investigados, no obstante aplica idéntica sanción a ambas. Es en este punto en donde se encuentra un defecto parcial relacionado con la razonabilidad de una de las sanciones dispuestas que deberá ser revisada por el EPEN;

Que las conductas que se tuvieron por acreditadas respecto a cada una de las requirentes se encuentran correctamente caracterizadas en los actos administrativos que derivaron en el dictado del Decreto sancionatorio, sin embargo la valoración realizada por las autoridades del EPEN otorga iguales sanciones a conductas que resultan esencialmente diferentes;

Que ello permite concluir, que la participación activa que pudo acreditarse respecto a la señora Calderón, no puede ni debe encuadrarse en el mismo nivel sancionatorio que el que le cabe a la conducta en que incurrió la señora Lucci Offidani;

Que en este sentido, el artículo 111º inciso j) apartado b) aplicable al caso, señala que la sanción de exoneración se aplicará en el caso de que se cometa una falta grave que perjudique material o moralmente a la Administración Pública;

Que cabe resaltar, que las pintadas efectuadas por la señora Calderón en la sede Central del EPEN configuraron un acto de vandalismo. Este tipo

de conductas es altamente reprochable en cualquier persona, pero al ser realizadas por empleadas de dicho Organismo y frente a otros compañeros adquieren una especial relevancia;

Que en este sentido, su responsabilidad resulta agravada toda vez que la conducta esperada de quien forma parte de los cuadros estables de la Administración Pública Provincial, es la de protección de los bienes del Estado, consecuentemente la medida disciplinaria propiciada, consistente en la exoneración de dicha agente aparece como una sanción razonable y proporcional;

Que no obstante ello, la sanción de la señora Lucci Offidani aparece como excesiva y desproporcionada frente a la conducta en que se funda la misma. Al efecto, no debe perderse de vista que la actividad por la que se propone la sanción es omisiva y que en tal sentido se comparte la necesidad y procedencia de la misma, pero lo que en este apartado se cuestiona es su extensión. Entre las sanciones que prevé el artículo 111º del EPCAPP, la exoneración es la más severa y su procedencia en este caso resultaría irrazonable;

Que las circunstancias del caso indican que la señora Lucci Offidani no es la autora material de las pintadas con aerosol rojo y aplicarle la misma sanción que a la agente que sí lo fue, implicaría tener que imponer igual sanción a todo aquel agente que hubiera conocido de la conducta vandálica y no la hubiera detenido;

Que cabe recordar, que no se acreditó en el procedimiento que la aquella hubiera instado o facilitado la conducta de la señora Calderón, sino que su probada participación se limitó a observar sin interrumpir la actividad de la mencionada. Esta conducta es contraria a los deberes del empleado público pero en modo alguno asimilable en su gravedad a la activa y efectiva destrucción de bienes de la Administración Pública;

Que si bien de la pericial caligráfica surge que la señora Lucci Offidani realizó pintadas con aerosol gris, ese hecho no fue objeto de investigación, conforme surge de la Disposición de inicio del Sumario. De manera que esas pintadas, aun cuando se encuentra probada su autoría, no pueden ser tenidas en cuenta a ningún efecto, ni como infracciones ni para valorar la gravedad de las mismas y en consecuencia de la sanción. Lo contrario implicaría un defecto en el procedimiento por falta de identidad de las conductas investigadas y las sancionadas, que derivaría en una afectación del derecho de defensa. En todo caso, se debió oportunamente ampliar el objeto de la investigación;

Que por tales motivos, se considera que la sanción a imponer a la señora Lucci Offidani deberá revisarse;

Que desde otro vértice, las requirentes cuestionaron la valoración de la prueba, la que tildaron de arbitraria, en virtud de que a su entender, el testimonio realizado por la señora Ivonne Mercedes Altamirano resultó falaz y contradictorio, efectuado con la sola intención de obtener una ventaja personal;

Que en consecuencia debe analizarse, justamente, la valoración o crítica del testimonio. En este sentido, la valoración del testimonio constituye una

operación mental cuya finalidad es conocer el valor de convicción que pueda deducirse de su contenido;

Que durante el desarrollo del sumario se valoró la declaración testimonial de la señora Ivonne Mercedes Altamirano, quien manifestó: "*Cuando me dirijo a ver qué pasaba por la salida de la calle Rioja siento el olor fuerte a pintura, miro y estaban Mariana Calderón y Valeria Lucci pintando con aerosol, estaban con las mochilas de A.T.E., en las puertas de las oficinas del Ing. Nicola, de Carlos Aguilar y de Mariana Salvi*";

Que también señalaron las recurrentes, que existe una contradicción en el testimonio indicado, ya que en un primer momento manifestó que ambas impugnantes estaban pintando con aerosol, mientras que en su segunda declaración expresó que la señora Calderón pintaba, mientras que la señora Lucci Offidani sostenía con su mano un aerosol y la mochila de Asociación de Trabajadores del Estado (en adelante ATE);

Que al respecto, debe señalarse que la señora Altamirano no incurrió en una contradicción esencial, sino en un simple error, como señala Coutere: "*(...) el testimonio sin error es la excepción (...)*" (Coutere, Eduardo, Estudios. T.II, pag. 218);

Que en tal sentido se ha expresado que: "*(...) la eficacia de la declaración subsiste aun cuando el deponente incurra en errores, por fallas en la atención al observar los hechos, en la memoria al evocarlos...*" (C. Civ. y Com. La Plata, sala 1ª 9 de enero de 2003, "González, Miriam A. v. Adamovich, Antonia. s/suc. Y otros s/acción de enriquecimiento sin causa);

Que en relación a ello, se pueden comprender las expresiones de la testigo en el sentido de haber percibido que ambas involucradas se encontraban de manera genérica, pintando las paredes con aerosol, pero, requerida de dar mayores precisiones, detalló que la persona que de manera efectiva realizaba la actividad era la señora Calderón. Esta aclaración no contradice sino que más bien complementa su testimonio, permitiendo acceder a los hechos de un modo más eficaz. En consecuencia, mediante el testimonio aportado se pudo establecer la participación de las impugnantes en el hecho objeto de investigación;

Que como se expresó en el Informe de la Instrucción Sumariante, la participación atribuida a la señora Lucci Offidandi no tiene que ver con aquella referida a la intervención o colaboración en la ejecución de las pintadas en sí mismas, sino en una colaboración mediante la realización de actos necesarios y útiles a tal fin;

Que así pues, la Instrucción se basó en la declaración indicada, se efectuó un análisis global de todas las pruebas producidas, tomándolas como un conjunto;

Que por otro lado, las solicitantes cuestionaron el Dictamen del perito oficial, mediante la interposición del Informe de otro perito, en virtud de considerar que se determinó que son válidas y ciertas las conclusiones del perito oficial de manera caprichosa y despojada de todo rigor científico, por parte de la Instrucción Sumariante;

Que en ese orden, es preciso señalar que la pericia realizada por el perito oficial fue efectuada mediante el análisis y cotejo de material indubitado y el material cuestionado. Lo que determinó de manera fehaciente que determinadas escrituras son del puño escritor de la señora Calderón, mientras que la impugnación de pericia sólo afirmó que dicho peritaje caligráfico adolece de falencias formales y técnicas;

Que por su parte, no se comprobó la participación de la señora Lucci Offidani en las pintadas de color rojo. En tal sentido, la información brindada por el perito en cuanto a que la mencionada sí habría participado en pintadas de aerosol color gris excede el hecho investigado en el sumario administrativo, el cual quedó delimitado y se circunscribió a dilucidar la autoría y responsabilidad por las pintadas realizadas con aerosol del color indicado;

Que por otro lado, las impugnantes cuestionaron el plazo en el que se efectuó la Instrucción del Sumario, de acuerdo con lo previsto por el artículo 110° del Decreto N° 2272/92, que dispone que la Instrucción del Sumario se sustanciará en un plazo de noventa (90) días, prorrogables por noventa (90) días más;

Que el procedimiento sumario presenta rasgos distintivos, como lógica consecuencia de la especificidad del derecho administrativo, que se reflejan en su régimen de plazos. Ello implica que todo procedimiento sumario, se caracteriza frente al Proceso Judicial por un rigorismo formal atenuando, el que se debe a los fines de interés que están en juego, a diferencia de los meramente particulares que se enfrentan en las controversias ante la Justicia Civil y Comercial;

Que en este sentido, la doctrina tiene dicho en relación a esta menor rigidez en el sistema de plazos en el procedimiento administrativo, cuya finalidad: *"(...) no es la misma que en el derecho procesal, donde el plazo tiende a concretar la preclusión de las diferentes fases del proceso. Esto es así no sólo por los principios de colaboración y de verdad objetiva que nutren al procedimiento administrativo, sino también en mérito a otros principios también fundamentales como son el informalismo y la eficacia, los cuales trasuntan un menor rigorismo en comparación con el derecho procesal(...)"*;

Que continúa: *"(...) Contribuye, asimismo, a esa diferencia la propia finalidad de la función administrativa que se lleva a cabo a través del procedimiento que, al perseguir la satisfacción del interés general o bien común de un modo inmediato, contiene una télesis de rango superior que la controversia judicial, la cual resuelve eminentemente una situación de conflicto o controversia. Esto no significa que la controversia o el conflicto no se den en sede administrativa, sino que en su solución, mientras el administrado aparece como un colaborador de la función administrativa, la Administración Pública no debe actuar como oponente en el proceso sino como gestora del bien común (...)"*(Cassagne, J.C. "Los plazos en el procedimiento administrativos". ED 83-897);

Que es preciso señalar, lo dicho por la Procuración del Tesoro de la Nación (en adelante PTN): *"(...) En la etapa de investigación el instructor efectúa una tarea insoslayable para el desarrollo del sumario disciplinario, pues su realización le va a permitir emitir opinión sobre la existencia o inexistencia de una falta disciplinaria y de los eventuales responsables. Por esta razón, igual situación ocurre*

en el proceso penal, el plazo procesal (o procedimental), para cumplir una actividad indispensable como la instructoria (de investigación) sólo puede ser meramente ordenatorio y no perentorio, con lo cual su vencimiento (o inobservancia) no determina la caducidad o extinción del deber o de la facultad no cubiertos en tiempo útil o no ejercitada (...)"(PTN, Dictamen 241:298);

Que por otro lado, el artículo 31º del Decreto N° 2772/92, a saber: "(...) *El personal no podrá ser sumariado después de haber transcurrido dos años de cometida la falta que se le imputa (...)* Asimismo no podrá aplicarse sanción sin han transcurrido los plazos del párrafo anterior, computados desde la iniciación del sumario sin que se haya resuelto su situación por la autoridad competente en primera instancia (...)"

Que resulta preciso señalar, que el procedimiento sumario se inició mediante la Disposición N° 205/13 del 02 de julio de 2013 y concluyó con la emisión del Decreto N° 214/15 del 12 de febrero de 2015, que dispuso la sanción. Es decir que tuvo una duración de un (1) año y siete (7) meses, además de la fecha de la comisión de la infracción, es decir, el 29 de noviembre de 2012, debe expresarse que la Administración Pública Provincial, se expidió en un plazo razonable y acorde a las circunstancias del caso;

Que en virtud de las consideraciones de hecho y derecho expuestas, corresponde el rechazo en todos sus términos del recurso administrativo interpuesto por la señora Alejandra Trinidad Calderon y hacer lugar parcialmente al recurso administrativo impetrado por la señora Valeria Roxana Lucci Ofidanni, debiéndose remitir las actuaciones al EPEN, fin de que revise la magnitud de la sanción impuesta, en tanto la misma aparece como desproporcionada en relación a las infracciones efectivamente acreditadas que fueron objeto del sumario;

Que por último se declara agotada la vía administrativa, dejando expedito el ejercicio de la acción judicial para el supuesto de que las recurrentes se consideren con derecho a promoverla;

Que de conformidad se ha expedido la Asesoría General de Gobierno, mediante Dictamen N° 0214/2015;

Por ello;

EL GOBERNADOR DE LA PROVINCIA DEL NEUQUÉN

D E C R E T A:

Artículo 1º: RECHÁZASE el recurso administrativo interpuesto por la señora **MARIANA ALEJANDRA TRINIDAD CALDERÓN**, contra el Decreto N° 214/15, en virtud de los fundamentos expuestos en los considerandos.

Artículo 2º: HÁGASE LUGAR PARCIALMENTE al reclamo administrativo interpuesto por la señora **VALERIA ROXANA LUCCI OFIDANNI** y **REVÓQUESE** parcialmente el Decreto N° 214/15 en lo pertinente a la sanción de exoneración que se le impusiera en el mismo.

Artículo 3º: **REMÍTANSE** las presentes actuaciones al Ente Provincial de Energía del Neuquén a fin de que se tome razón de lo aquí expuesto y se emita el acto administrativo correspondiente.

Artículo 4º: Notifíquese a las interesadas lo dispuesto en la presente norma.

Artículo 5º: El presente Decreto será refrendado por el señor Ministro Jefe de Gabinete.

Artículo 6º: Comuníquese, publíquese, dese intervención al Boletín Oficial y archívese.



Firmado digitalmente por GONZÁLEZ Diego Sebastián



Firmado digitalmente por GUTIERREZ Omar