



Provincia del Neuquén
2021

Número:

Referencia: Recurso - Gabriel David Leiva - EX-2021-00047559-NEU-DYAL#SGSP

VISTO:

El Expediente EX-2021-00047559-NEU-DYAL#SGSP mediante el cual el señor **GABRIEL DAVID LEIVA** interpuso recurso administrativo y el Expediente EX-2020-00225127-NEU-DESP#SAPPE; y

CONSIDERANDO:

Que el 18 de enero de 2021 el señor Gabriel David Leiva, mediante patrocinio letrado, interpuso recurso administrativo ante el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén contra el Decreto DECTO-2021-9-E-NEU-GPN, mediante el cual se convalidó lo actuado por el Consejo Provincial de Educación (en adelante CPE) mediante Resolución N° 344/20 y le fue aplicada la sanción de cesantía;

Que surge de los antecedentes que el 23 de diciembre de 2016 el CPE emitió la Resolución N° 2018/16 que aplicó al señor Leiva la sanción de treinta (30) días de suspensión;

Que el 22 de diciembre de 2018 la señora María José Montecinos, auxiliar de servicio en el Centro Provincial de Enseñanza Media (en adelante CPEM) N° 63, formuló una denuncia en relación a hechos que involucraban al requirente;

Que en febrero de 2019 se labraron las Actas N° 60, N° 61, N° 62 y N° 63 en el libro del establecimiento escolar CPEM N° 63, relacionadas a los hechos denunciados;

Que el 21 de febrero de 2019 la señora Montecinos formuló una nueva denuncia a causa del comportamiento de su compañero de trabajo, el señor Leiva;

Que mediante nota del 22 de febrero de 2019 la Secretaría Gremial de la Asociación Trabajadores del Estado (ATE) requirió la intervención de la Coordinación Legal y Técnica del CPE ante la denuncia realizada por la agente;

Que el 26 de febrero de 2019 la Supervisión de Educación Media labró el Acta N° 03;

Que luego se incorporó al expediente informe de situación de auxiliares de servicio en el CPEM N° 63, elaborado por la Supervisión de Enseñanza Media, Área Ciencias Sociales del CPE;

Que la Jefatura de Supervisión Nivel Medio y Técnico remitió la Nota N° 081/19 del 27 de febrero de 2019 a la Dirección Provincial de Educación Secundaria, mediante la cual consideró pertinente una

investigación, según lo establecido en el Capítulo II 3.2 Deberes Punto 1 del CCT aplicable a los trabajadores del CPE;

Que en igual fecha la Dirección Provincial de Educación Secundaria informó mediante la Nota N° 339/19 que se decidió preventivamente modificar el turno de la agente denunciante a los efectos de resguardar su integridad;

Que el 28 de febrero de 2019 se realizó informe de Junta Médica;

Que en igual fecha se originó el trámite a través de la Nota N° 175/19 de fecha 25 de febrero de 2019, remitida por la Coordinación Legal y Técnica del CPE a la Dirección Provincial de Educación Secundaria, mediante la cual puso en conocimiento de una denuncia efectuada por una auxiliar de servicio del CPEM N° 63, a causa del comportamiento de su compañero de trabajo, el señor Leiva;

Que mediante Nota N° 54/19 del 28 de febrero de 2019 la Vicedirección del CPEM N° 63 remitió informe de situación de la agente auxiliar de servicio Montecinos;

Que el 06 de marzo de 2019 la Coordinación Legal y Técnica del CPE emitió el Dictamen N° 84/19, mediante el cual sugirió instruir sumario administrativo al señor Leiva, disponer la separación preventiva de todos los cargos y su reubicación inmediata;

Que el 14 de marzo de 2019 se emitió la Resolución N° 302/19 del CPE, mediante la cual se dispuso instruir sumario administrativo al señor Leiva por presunta transgresión a lo normado en los incisos a), b) y c) del artículo 9° del Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública de la Provincia del Neuquén (en adelante EPCAPP) y en los incisos 3.2.1 y 3.2.2 del Capítulo 3, Título II del CCT;

Que asimismo, se resolvió separar preventivamente al señor Leiva de todos los cargos hasta la finalización del sumario administrativo, conforme al artículo 45° del Decreto N° 2772/92, siendo notificado el 25 de marzo de 2019;

Que el 29 de marzo de 2019 la Dirección General de Sumarios del CPE emitió la Disposición N° 093/19, mediante la cual designó instructora sumariante;

Que el 04 de abril de 2019 señor Leiva efectuó un descargo al cual adjuntó certificado de antecedentes policiales, planillas de evaluación de desempeño y asistencia de 2017 y 2018 y notas de reconocimiento de su labor por parte de la Dirección del establecimiento;

Que el 10 de mayo de 2019 se dejó constancia de la toma de vista de las actuaciones por parte del señor Leiva, quien al mismo tiempo constituyó domicilio electrónico. En igual fecha la instrucción constituyó despacho, lo cual fue notificado al requirente el 20 de mayo de 2019;

Que mediante Nota N° 94/19 del 04 de junio de 2019 la Supervisión de Música Inicial, Primario y Especial acompañó informe de desempeño del agente;

Que el 01 de agosto de 2019 prestó declaración indagatoria el sumariado. Luego, el 14 y el 23 de agosto de 2019 se tomaron declaraciones testimoniales;

Que mediante Nota N° 415/19 del 26 de agosto de 2019 la Dirección del CPEM N° 63 acompañó copias certificadas de las Actas N° 63, N° 64, N° 65 y N° 66;

Que en igual fecha la instrucción sumariante concluyó la etapa probatoria y dispuso la clausura del período probatorio;

Que el 09 de septiembre de 2019 la instrucción sumariante emitió Capítulo de Cargos, en el cual resolvió formular cargos al señor Leiva y recomendó la aplicación de la sanción de cesantía, siendo ello notificado el

16 de septiembre de 2019;

Que el 23 de septiembre de 2019 el señor Leiva efectuó su descargo con relación a la formulación de cargos y acompañó certificado de tratamiento psicológico, certificado de discapacidad correspondiente a uno de sus hijos y copia de documento nacional de identidad de los miembros de su grupo familiar. Asimismo, ofreció nueva prueba testimonial. Luego, la instrucción sumariante citó a los tres (3) nuevos testigos ofrecidos;

Que el 17 de octubre de 2019 la instrucción sumariante informó que en esa fecha se presentaron a prestar declaración testimonial dos (2) de los testigos ofrecidos por el señor Leiva, cuyas testimoniales se tuvieron por desistidas, toda vez que el sumariado no presentó los pliegos interrogatorios ni se presentó a las audiencias fijadas. En igual fecha, se llevó a cabo la declaración testimonial del tercer testigo ofrecido;

Que el 18 de octubre de 2019 la instrucción sumariante presentó informe final, en el cual resolvió disponer la clausura definitiva del sumario administrativo y rectificar el artículo 1° del capítulo de cargos, el cual quedó redactado de la siguiente manera: *“Formular Cargos al señor Gabriel David Leiva, D.N.I. N° 25.139.566, Empleado N° 479.822, por cuanto se acreditó de su parte transgresión a lo normado en los Incisos “a”, “b” y “c” del Artículo 9° del E.P.C.A.P. y Punto 2 del Inciso 3.2 del Título II del CCT, recomendando para ello, la aplicación de “cesantía”, en el marco de lo establecido por el art. 111°) Inc. “i-f”, en base a los considerandos precedentemente expuestos”*. Ello fue notificado al requirente el 22 de octubre de 2019;

Que el 14 de noviembre de 2019, mediante Dictamen N° 5635, la Dirección General de Asistencia Legal de la Junta de Disciplina sugirió la aplicación de la sanción de cesantía al agente Leiva;

Que el 27 de noviembre de 2019 se emitió el Acta N° 2364, Acuerdo N° 4639 de la Junta de Disciplina, mediante el cual se sugirió la aplicación al señor Leiva de la sanción de cesantía;

Que el 09 de diciembre de 2019 la Coordinación Legal y Técnica del CPE emitió el Dictamen N° 760/19 por el cual sugirió la aplicación de la misma sanción;

Que el 02 de marzo de 2020 el recurrente acompañó informe psicológico de parte, elaborado por el profesional tratante;

Que el 31 de julio de 2020 se emitió la Resolución N° 344/20 mediante la cual el CPE propuso al Poder Ejecutivo Provincial aplicar al señor Leiva la sanción de cesantía prevista en el artículo 111°, inciso i) apartado b) del EPCAPP, por haber transgredido con su conducta en forma repetitiva lo normado en el artículo 9°, incisos a), b) y c) del mismo cuerpo legal, siendo ello notificado el 18 de agosto de 2020;

Que mediante el Decreto DECTO-2021-9-E-NEU-GPN del 04 de enero de 2021 se convalidó lo actuado por el CPE mediante Resolución N° 344/20 y se aplicó la sanción de cesantía al señor Leiva, siendo el mismo notificado el 07 de enero de 2021;

Que el 18 de enero de 2021 el requirente, mediante patrocinio letrado, interpuso recurso administrativo ante el Poder Ejecutivo Provincial, contra el decreto mencionado, lo que originó el caso bajo análisis;

Que a fin de brindar tratamiento al presente cabe advertir que el objeto se circunscribe a analizar la legalidad de la actuación efectuada hasta esta instancia de conformidad a lo dispuesto por los artículos 28° y 29° de la Ley 1284, así como a evaluar el planteo formulado por el agente y si resulta ajustado a derecho el Decreto DECTO-2021-9-E-NEU-GPN;

Que el marco legal aplicable es la Constitución Provincial, la Ley 1284, el EPCAPP, el Decreto N° 2772/92 que aprueba el Reglamento de Sumarios Administrativos y demás normas aplicables al caso;

Que a fin de analizar si resulta ajustado a derecho el proceder administrativo, en relación a la aplicación de

la sanción de cesantía al señor Leiva, cabe señalar que la doctrina ha dicho al respecto que: *“La potestad disciplinaria, específicamente, encuentra su fundamento en la preservación y autoprotección de la organización administrativa, siendo específica de la relación que vincula a los agentes públicos con las Administración Pública. Ésta se protege a sí misma y a su orden interno. La imposición de las sanciones de esta naturaleza, es en consecuencia derivación lógica del poder de administrar. Sin embargo, si bien su finalidad primordial es la de asegurar el correcto funcionamiento administrativo, también lo es la naturaleza de la actividad que despliegan los funcionarios, pues las transgresiones legales en las que incurran trascienden la esfera de la organización y afectan a la sociedad”* (Ivanega Miriam Mabel, La potestad disciplinaria de la administración y el procedimiento sumarial Jurisprudencia Argentina. Suplemento Derecho Administrativo, 2006 II);

Que asimismo, se ha explicado que: *“La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos se puede definir como el sistema de consecuencias jurídicas de índole sancionatorio represivo que, aplicable por la propia Administración Pública en ejercicio de poderes inherentes, el ordenamiento jurídico imputa, en el plano de la relación de función o empleo público, a las conductas de agentes o exagentes estatales violatorias de deberes o prohibiciones exigibles, o impuestos, respectivamente, por las normas reguladoras de aquella relación con el fin de asegurar, con inmediatez, el adecuado funcionamiento de la Administración Pública”* (Espinoza Molla Martín R., Tres elementos fundamentales del procedimiento administrativo disciplinario contemporáneo: El principio de objetividad, la tipicidad de las conductas infractoras y la razonable duración de los plazos, Publicado en: RDA 2014 - 93 557);

Que del análisis de las actuaciones que precedieron a la aplicación de la sanción, surge que por Resolución N° 302/19 el CPE instruyó sumario administrativo al señor Leiva por presunta transgresión a lo normado en los incisos a), b) y c) del artículo 9° del EPCAPP y en los incisos 3.2.1 y 3.2.2 del Capítulo 3, Título II del CCT, lo separó preventivamente de todos los cargos que ostentara dentro del Sistema Educativo y dispuso proceder a su reubicación;

Que formulado el capítulo de cargos y producida la prueba, por Resolución N° 344/20 del CPE se propuso al Poder Ejecutivo aplicar la sanción de cesantía. Finalmente mediante el Decreto DECTO-2021-9-E-NEU-GPN se aplicó la sanción de cesantía;

Que el recurrente sostuvo que el acto padecía del vicio grave previsto en el artículo 67° inciso i) de la Ley 1284, en virtud de que consideró que fue dictado por órgano incompetente en razón de la materia;

Que en este sentido, expresó que en el caso: *“... el Poder Ejecutivo se ha arrogado el ejercicio de la potestad disciplinaria que corresponde al Consejo Provincial de Educación. Ello por cuanto se trata de un ente autárquico (cfr. Ley 242 y modificatorias). De aquí que la tutela administrativa será ejercida por el Poder Ejecutivo frente a la interposición de reclamación administrativa y su control solo será de legitimidad (cfr. artículos 28, 183 inciso c) y concordantes de la LPA). Por tanto no puede convalidar lo hecho por el mencionado organismo como aquí acaece”*;

Que en relación a este punto, resulta oportuno señalar lo establecido en el CCT aplicable a la relación de empleo público bajo análisis, el cual, al referirse al régimen disciplinario, establece en su artículo II) 3. 4 lo siguiente: *“Es de aplicación lo establecido en el Capítulo VII del E.P.C.A.P.P.”*;

Que así, es útil remarcar que el artículo 109° del referido Estatuto efectúa una enumeración de las sanciones disciplinarias y, seguidamente, el artículo 110° establece que autoridad resulta competente para su aplicación;

Que en este sentido, el artículo aludido determina que la sanción de cesantía será aplicada por el Poder Ejecutivo;

Que el citado precepto legal no requiere de mayores esfuerzos interpretativos y de la precisión de su enunciado surge con claridad la competencia del Poder Ejecutivo para la aplicación de la sanción en cuestión, por lo que no resulta procedente el agravio planteado por el recurrente sobre este punto;

Que por otro lado, el requirente señaló que el acto padecía del vicio grave previsto en el artículo 67° inciso a) de la Ley 1284, en virtud de que consideró que el mismo estaba en discordancia con la cuestión de hecho acreditada en el expediente o la situación de hecho reglada por las normas;

Que en esa línea sostuvo que: *“Ello acaece puesto que fundamenta la sanción en la supuesta transgresión a los incisos “a”, “b” y “c” del artículo 9° del EPCAPP (...) Por lo que no queda precisado por cuál de todas esas conductas es por las que se aplica la sanción disciplinaria”*;

Que con relación a ello, analizadas las actuaciones se advierte que se encuentra probado que el requirente ha enviado mensajes a la agente Montecinos, situación que le causó incomodidad y le provocó un estado de vulnerabilidad emocional. Tales hechos surgen acreditados de las múltiples actas y declaraciones testimoniales obrantes en el Expediente N° 8120-002499/2019;

Que dicha conducta resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 9° del EPCAPP, el que enumera entre los deberes de los agentes de la Administración Pública: *“a) Prestación personal del servicio con eficacia, capacidad y diligencia, en el lugar, condiciones de tiempo y formas que determinen las disposiciones vigentes; b) Observar en el servicio y fuera de él conducta decorosa y digna de la consideración y de la confianza que su condición de agente de la Administración Pública exige; c) Conducirse con respeto, cortesía y tacto en sus relaciones con el público, conducta que deberá observar también respecto a sus superiores, compañeros y subordinados de toda la Administración...”*;

Que desde otro vértice, el recurrente sostuvo que el acto padecía del vicio grave previsto en el artículo 67° inciso s) de la Ley 1284, en virtud de que considera que carece de motivación, esta es indebida, equívoca o falsa;

Que en esta línea, citó normativa y jurisprudencia relacionada al tópico y mencionó que: *“... la instrucción se ha basado en los dichos de la denunciante, pero estos no han sido corroborados por la prueba producida. No surgen acreditados”*;

Que en relación a la motivación del decreto cuestionado, se advierte que en la parte considerativa del mismo se encuentran adecuadamente expresadas las causas que llevaron al dictado del acto, así como los preceptos legales sobre los cuales se asentó, por lo que no se avizora la configuración del mentado vicio;

Que de esta forma, la norma cuestionada da cuenta de los elementos probatorios, fácticos y de las actuaciones ponderadas a fin de arribar a la conclusión de que la conducta objeto de reproche existió, como así también quedó corroborado que la sanción propuesta se corresponde con el tipo de infracción constatada;

Que en relación a la temática es oportuno señalar que la Procuración del Tesoro de la Nación tiene dicho que: *“Debe considerarse que existe motivación suficiente (...) si obran informes y antecedentes con fuerza de convicción, dado que a las actuaciones administrativas se las debe considerar en su totalidad y no aisladamente, porque son parte integrante de un procedimiento y, como etapas de él, son interdependientes y conexas entre sí (...) y que el acto administrativo puede integrarse con los informes y dictámenes que lo preceden”* (Dictamen N° 18/08, Tomo 264, Página 83);

Que en función de lo expresado no se advierten vicios en la motivación del acto objeto de impugnación;

Que asimismo, el recurrente sostuvo que el acto padecía del vicio grave previsto en el artículo 67° inciso r) de la Ley 1284, en virtud de que considera que fue dictado violando la garantía de defensa;

Que como establece el artículo 3° inciso b) de la Ley 1284: *“La garantía de defensa y el debido proceso administrativo comprenden el derecho de los administrados a ser oídos, a ofrecer y producir pruebas y a obtener una decisión fundada”*;

Que del recorrido el procedimiento efectuado, surge que el interesado tomó conocimiento efectivo de la instrucción del sumario y que los sucesivos actos administrativos fueron válidamente notificados al domicilio por él constituido;

Que además se advierte que el recurrente ha tenido una participación activa en los actos desarrollados hasta el momento. En efecto, debe destacarse que, en uso de su derecho de defensa, el interesado ha tenido acceso a las actuaciones, tuvo oportunidad de realizar descargo, acompañar documentación y ejercer las posibilidades de impugnación que ofrece el procedimiento administrativo en todas las instancias;

Que así, contrariamente a lo sostenido por el recurrente, no se avizora una vulneración al derecho de defensa, toda vez que se desprende de las actuaciones que pudo conocer en todo momento las imputaciones en su contra, ofrecer y producir prueba;

Que en suma, el procedimiento administrativo aplicado ha respetado las garantías fundamentales del derecho de defensa y debido proceso, de modo que el recurrente tuvo oportunidad de alegar y probar todos los extremos que consideró a favor de su defensa. Por ello, resultan improcedentes los planteos efectuados por el señor Leiva en relación al tópico;

Que en relación a la sanción impuesta, el recurrente señaló que en el caso se configuró un exceso de punición que acarrearía la nulidad del acto;

Que en lo atinente a la cuantificación de la sanción, la Procuración del Tesoro de la Nación ha pronunciado: *“La graduación de la sanción queda librada a la prudente discrecionalidad de la autoridad de aplicación y por ende no resulta de competencia de este Organismo Asesor”* (Dictámenes 293:144);

Que en la misma línea, el Tribunal Superior de Justicia local tiene dicho: *“... es doctrina de este Tribunal que la tarea de modular la sanción, pertenece al ámbito de las facultades discrecionales de la Administración y los jueces pueden ejercer control siempre que se acredite arbitrariedad manifiesta o desproporcionalidad de la sanción (irrazonabilidad).”* (TSJ, “Toros Graciela Emilia C/ Consejo Provincial de Educación S/ Acción Procesal Administrativa”, Expediente N° 3994/2012, Acuerdo N° 27 del 14/06/19);

Que en igual sentido se ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en forma reiterada, sosteniendo que, en principio, los jueces no pueden controlar cualquier sanción disciplinaria impuesta a los agentes estatales y que la magnitud de las mismas está, en principio, reservada al razonable criterio de la autoridad administrativa, salvo ilegitimidad o arbitrariedad manifiesta (Fallos 303:1029, 304:1335, 306:1792, 307:1282, entre otros);

Que en el presente caso la gravedad de las faltas comprobadas a lo largo del sumario justifica, dentro de la prudente discrecionalidad con la que debe actuar el órgano competente, la pena administrativa escogida;

Que además el señor Leiva contaba con antecedentes por hechos similares a los denunciados en el presente sumario, oportunidad en la cual se le aplicó la sanción de treinta (30) días de suspensión y traslado disciplinario, mediante Resolución N° 2018/16 del CPE;

Que en suma, las consideraciones efectuadas permiten concluir que la Resolución N° 344/20 del CPE y el Decreto DECTO-2021-9-E-NEU-GPN aparecen como una derivación razonada de los hechos y de los antecedentes en que se los fundó;

Que por otro lado, el recurrente requirió se dispusiera la suspensión de la ejecución del Decreto DECTO-2021-9-E-NEU-GPN en los términos del artículo 58 inciso b) de la Ley 1284, es decir por la presunta configuración de vicios en el acto cuestionado;

Que es sabido que uno de los caracteres del acto administrativo es su ejecutoriedad, lo que ha sido señalado por la doctrina como uno de los caracteres esenciales del acto administrativo que faculta al órgano emisor a

ejecutarlo por sí mismo, excepcionalmente haciendo uso de la fuerza, sin necesidad de acudir previamente a la justicia, excepto en aquellos casos en que lo impide una norma, se hubiere dispuesto la suspensión administrativa o judicial de los efectos del acto administrativo, carezca de presunción de legitimidad o la naturaleza del acto administrativo obste a ello. La ejecutoriedad cede cuando se declara la suspensión administrativa o judicial de los efectos del acto administrativo (Comadira Julio Pablo. La ejecutoriedad del acto administrativo: precisiones conceptuales y límites. El Estado Constitucional de Derecho y el Derecho Administrativo / Jornadas organizadas por la Universidad Austral - Facultad de Derecho);

Que la suspensión de la ejecución se encuentra regulada en el artículo 58° de la Ley 1284, que establece que la autoridad que lo dictó o la que debe resolver la impugnación puede disponer, de oficio o a petición de parte, y en ambos casos mediante resolución fundada, la suspensión en cualquiera de los siguientes casos: a) Cuando con la ejecución se cauce un daño de difícil o imposible reparación al impugnante, o un daño proporcionalmente mayor que los perjuicios que la suspensión acarrearía a la entidad pública. b) Cuando se alegare fundadamente un vicio en el acto impugnado. c) Por razones de interés público;

Que el análisis efectuado permite concluir que no se ha logrado acreditar la configuración de los vicios endilgados. Así, en atención a que el acto administrativo por el que se materializó la decisión fue sancionado en legal forma y toda vez que no se acreditaron los extremos del artículo 58° inciso b), no se encuentran razones valederas para suspender la ejecución del acto administrativo cuestionado;

Que en función de los elementos expresados, no se avizora trasgresión a ninguna de las garantías que emanan del principio del debido proceso adjetivo consagrado constitucionalmente y por ello los planteos formulados por el recurrente devienen improcedentes;

Que en virtud de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas corresponde rechazar en todos sus términos el recurso administrativo interpuesto por el señor Gabriel David Leiva contra el Decreto DECTO-2021-9-E-NEU-GPN;

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

Que de conformidad se ha expedido la Asesoría General de Gobierno, mediante Dictamen DICFC-2021-46-E-NEU-AGG;

Por ello;

EL GOBERNADOR DE LA PROVINCIA DEL NEUQUÉN

D E C R E T A:

Artículo 1°: RECHÁZASE en todos sus términos el recurso administrativo interpuesto por el señor **GABRIEL DAVID LEIVA** contra el Decreto DECTO-2021-9-E-NEU-GPN, en virtud de los fundamentos expuestos en los considerandos.

Artículo 2°: Notifíquese al interesado lo dispuesto en la presente norma.

Artículo 3°: El presente decreto será refrendado por la señora Ministra de Educación.

Artículo 4°: Comuníquese, publíquese, dese intervención al Boletín Oficial y archívese.

