

Expte. N°: 13325/23

-Foja: 13/18- G.- S/11-MEDIDA CAUTELAR

resolucionesolucion

"2023 - 40° Aniversario de la recuperación de la democracia en la República Argentina" Dec-  
2022-3261-APP Chaco

N° 136 /

Resistencia, 08 de mayo de 2023.-

AUTOS Y VISTOS

Para dictar resolución en esta causa caratulada: "G. S/MEDIDA CAUTELAR",  
-Expte. N°  
13325/23-, y;

CONSIDERANDO:

I.- A fs. 1/10 se presenta el señor David Eliseo Gómez con patrocinio letrado del Dr. Lionel Alejandro Arrudi e interpone demanda contencioso administrativa contra la Provincia del Chaco -Poder Ejecutivo-, a fin de que se declare la nulidad del Decreto N° 757 del 22/04/2022 por inconstitucional y afectar gravemente garantías constitucionales.

Asimismo peticiona que, en tanto se resuelva definitivamente la cuestión de fondo planteada, se suspendan los efectos jurídicos administrativos del acto atacado.

Relata como antecedentes que hasta el dictado del Decreto en cuestión se encontraba ejerciendo

funciones revistiendo escalafonariamente en el cargo de la categoría personal administrativo y técnico, administrativo

4, grupo 4, apartado d) CEIC N° 1026- Programa 12, Sub Programa 7, actividad específica 1- Oficina 250, Hospital

Dr. Ezequiel Morante "Avia Terai" de la jurisdicción 6- Ministerio de Salud Pública, afectado al Cargo de Directo del

Hospital de Pampa del Infierno, cumpliendo fielmente todas sus responsabilidades como dependiente de la entidad.

Que en virtud de la Disposición N° 154 del 9/8/2018 dictada por la Subsecretaría de Atención y

Acceso al Sistema de Salud, se ordenó la instrucción de sumario administrativo contra su persona, personal de

planta permanente, con prestación de funciones en el Centro Integral Comunitario del Barrio San Cayetano de Saenz

Peña por supuesto acoso sexual.

Refiere que dicho sumario se inicio debido a que el 28/04/2018, la agente Yanina Valeria Allende

trabajador del mencionado centro de salud, denunció ante la División Atención a la Mujer de la Policía del Chaco,

situaciones de acoso y abuso.

Que luego de la instrucción de sumario administrativo en su contra, la Vicegobernadora de la

Provincia decretó la aplicación de la sanción expulsiva de cesantía en su contra.

Alega que, a fin de evitar un dispendio jurisdiccional, su parte interpuso recurso de reconsideración

(Actuación N° E2-2022-6077-Ae) que fue rechazado mediante Decreto N° DEC-2022-1795-APP-CHACO.

Sigue diciendo que, posteriormente, y ante el hecho de haber recobrado documentación

trascendente, presentó recurso de revisión el 08/08/2022, mediante actuación N° E2-2022-13505-Ae, el que se encuentra paralizado.

Entiende que lo expuesto, constituye una vulneración a derechos y garantías expresamente reconocidas por la Constitución Nacional, Tratados internacionales de DDHH, estatuto aplicable a su actividad y demás normativas.

En cuanto a la nulidad del acto administrativo (Decreto N° 757), arguye que el mismo no

cumplimenta los requisitos esenciales a los fines de mantener su validez. Cita doctrina (Sanmartino Patricio) para definir al elemento causa del acto administrativo y explica

que del expediente administrativo, como consecuencia de la denuncia realizada, se inició la causa penal caratulada

"Allende Yanina Valeria s/denuncia" Expte. N° 4625/18-2, que tramitó por ante la Fiscalía de Investigación N° 3 de

Presidencia Roque Saenz Peña, la cual comunicó que no se recepcionó declaración a persona alguna, y que las actuaciones fueron archivadas.

Que la supuesta y tendenciosa acreditación de los hechos realizada por los encargados de llevar

adelante el sumario administrativo, solo fue acreditada por simples declaraciones testimoniales sesgadas de subjetivismo por cuestiones personales y políticas. Que las testimoniales de la denunciante, sumados a las de los señores Mario Mikel, Gladys Maidana y una paciente del centro de salud, llamada Claudia (que no es paciente y emitió un falso testimonio), no constituyen elementos probatorios para emitir la sanción.

Destacando que entre los declarante existe amistad y afinidad política, por ser afiliados activos de

la UCR, signo político del gobierno municipal de la localidad donde se generaron los supuestos hechos. Entendiendo

que se trata de una "causa armada" en su contra por problemas de índole política.

Que todas esas cuestiones fueron planteadas oportunamente en su declaración de imputado y en

la presentación del descargo y no se consideraron.

Ataca, asimismo, el elemento motivación del acto, alegando que en el

"2023 - 40° Aniversario de la recuperación de la democracia en la República Argentina" Dec-2022-3261-APP Chaco

Corresponde al Expte. N° 13325/23

presente caso hay una ausencia total de fundamentación. Que no resulta posible saber por que se

dictó el acto cuestionado. No se han expresado, siquiera mínimamente, cuáles son los motivos de la decisión.

Respecto al elemento procedimiento, señala que nunca fue notificado fehacientemente de la vista de las actuaciones para alegatos, pese a haberse presentado formalmente en el expediente. Que le fue coartado el derecho de efectuar una crítica racional a las pruebas, o más precisamente a la carencia de elementos probatorios, recolectados en el expediente administrativo. Alega, en igual sentido, la violación al principio de inocencia garantido constitucionalmente por haberse adoptado una sanción de tal magnitud de gravedad como ser la cesantía sin siquiera haberse tenido en consideración garantías fundamentales, lo que tacha a la decisión de arbitraria además de nula de nulidad absoluta. Respecto a la nulidad del sumario administrativo, expresa que el instructor sumariante circunscribió toda la etapa instructivos en declaraciones testimoniales teñidas de animosidad, lo que fuera expresado reiteradamente por su parte en cada presentación efectuada. Que dichas manifestaciones de defensa que fueron ignoradas, poseen sustento documental al haberse recobrado la documentación que afecta la verosimilitud y credibilidad de las testimoniales brindadas, y consiguientemente la validez del sumario administrativo, circunstancia que fue planteada por el recurso de revisión e ignoradas por la Administración. Seguidamente, analiza las declaraciones de los testigos señalados en el sumario administrativo. Destacando que en la etapa instructoria del sumario se vulneró completamente el principio de verdad material. Que antojadiza y tendenciosamente se basó íntegramente la investigación en declaraciones testimoniales que están completamente viciadas de subjetivismo. Sobre la procedencia de la suspensión del acto administrativo peticionada alega que del simple análisis de los cuerpos del sumario administrativo con lectura a vuelo rasante se puede apreciar la ilegitimidad de la medida adoptada no habiendo necesidad de tamaño desgaste jurisdiccional. Asimismo, que los requisitos para la procedencia de la medida cautelar peticionada (peligro en la demora, verosimilitud del derecho y adecuada contracautela) surgen de su escrito. Ofrece contracautela personal, pruebas, formula reserva recursiva y concluye con petitorio de rigor. A fs. 11 se confiere personería al recurrente, se hace saber la integración del Tribunal. A fs. 12 se dispone adecuar la suspensión de medida administrativa iniciada como medida cautelar y se llamó a autos para resolver. II.- La pretensión del accionante se endereza a obtener la suspensión del acto administrativo: Decreto N° 757 del 22/04/2022, del Poder Ejecutivo de la Provincia, interín se resuelve la acción principal. Reseña el recurrente que luego de la instrucción de un sumario administrativo iniciado por un

supuesto acoso sexual de su parte hacia una trabajadora social de un Centro Integrador Comunitario de Saenz Peña, fue sancionado mediante el Decreto mencionado con la sanción expulsiva de cesantía. Que contra dicho acto, interpuso recurso de reconsideración, siendo desestimado por Decreto N° DEC-2022-1795-APP-CHACO.

Posteriormente, presentó recurso de revisión por haber recobrado documentación trascendente, el que se encuentra paralizado.

Los agravios formulados por el cautelante se basan en la nulidad de los elementos esenciales del acto administrativo atacado.

Entiende que carece de causa puesto que a partir de la denuncia realizada por la señora Allende se

inició una causa penal, en la cual no se recepcionó declaración alguna y fueron archivadas las actuaciones. Que la acreditación de los hechos del sumario, solo fue realizada por simples declaraciones testimoniales sesgadas de subjetivismo, existiendo amistad y afinidad política entre los testigos que declararon en la investigación administrativa. Por lo que no constituyen elementos probatorios para emitir la sanción.

Alega, asimismo, la ausencia total de motivación y la existencia de vicios en el procedimiento, por no haber sido notificado fehacientemente de la vista ordenada con el objeto de presentar alegatos.

"2023 - 40° Aniversario de la recuperación de la democracia en la República Argentina" Dec-2022-3261-APP Chaco

Corresponde al Expte. N° 13325/23

Invoca, finalmente, la vulneración del principio de verdad material por haberse basado la

investigación en declaraciones testimoniales viciadas de subjetivismo. Sobre tal base fáctica y dentro del marco hipotético y preliminar en que corresponde estudiar la

conurrencia al caso de autos de los requisitos rituales para la procedencia de medidas cautelares, resulta útil recordar que la misma se justifica en principio, en la necesidad de mantener la igualdad de las partes y se convierta en ilusoria la sentencia que ponga fin al pleito. (doctrina de Fallos 247:13, 265:236).

Las medidas cautelares constituyen un anticipo de la garantía jurisdiccional y se otorgan sobre la base de la mera verosimilitud del derecho que se pretende garantizar- *fumus bonis iuris*- no teniendo un fin en sí mismas, si no que sirven a un proceso principal.

Conviene recordar que la medida innovativa como la peticionada por el cautelante...."es una

diligencia cautelar de carácter excepcional ... que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado...que se traduce en la injerencia del Juez en la esfera de libertad de los justiciables a través

de la orden de que cese una actividad contraria a derecho o de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor"... y que:... "va más lejos ordenando sin que medie sentencia firme, que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente" (conf. Jorge W. Peyrano en "Medida Cautelar Innovativa" Ed. Depalma, 1981, p.21)". Es natural entonces, que en orden a su admisibilidad, predomina un criterio restrictivo y de excepción.

Pero incluso con abstracción de su carácter excepcional y de las notas y requisitos particulares

que la distinguen de las demás diligencias cautelares, debe tenerse presente que al intentarse esta frente a la Administración, requiere básicamente, al igual que todas las demás, la concurrencia de los recaudos genéricos:

aparición del derecho, peligro en la demora y la ineludible consideración del interés público. (Fallos 314:1209, considerando 7 in fine).

III.- En cuanto a la prueba colectada en la presente causa, tenemos a la vista las siguientes piezas relevantes:

- Decreto DEC-2022-757-APP-CHACO del 22/04/2022 por el cual la Vicegobernadora de la

Provincia decreta: "...Artículo 1º: Aplíquese la sanción expulsiva de cesantía a partir de la notificación del presente instrumento legal al agente David Eliseo Gomez, DNI N° 27.325.997..., por haber transgredido con su accionar lo previsto en los artículos 21 Incisos 1, 3 y 9 y 22 Incisos 4, 8, 11 y 13 de la Ley N° 292-A del Estatuto para el Personal de la Administración Pública Provincial, en concordancia con lo dispuesto por los Artículos 20 Inciso 1; 21 Incisos 1 y 2 y 22 Inciso 2 del Régimen Disciplinario anexo de la citada norma legal, y en consonancia con las previsiones de la Ley N° 2023-A de Prevención y Erradicación de la violencia laboral en el ámbito de la Administración Pública, atento a los fundamentos expuestos en los considerandos del presente Decreto..."

De los considerandos del mencionado instrumento, entre otras cuestiones, se lee:

"...Que la Instrucción recibió la declaración testimonial de la agente damnificada, quien ratificó los hechos denunciados y señaló que la situación padecida y denunciada le generó efectos negativos en su salud, su vida matrimonial y laboral; Que al ser preguntada sobre si otras personas habían presenciado las situaciones denunciadas o padecido situaciones similares, indicó a los señores Mario Mikel, Gladys Maidana y a una paciente del Centro, llamada Claudia; Que habiendo citado la Instrucción a cada una de las personas indicadas, éstas ratificaron en sus declaraciones testimoniales, lo denunciado por la señora Allende..."

"...Que también testimoniaron sobre la situación traumática a la que fue expuesta la señora

Allende, Diego Aponte -Director de la Región Sanitaria 7 (Centro Oeste)-; Jorge Omar Cruz -abogado a cargo de la Asesoría Legal en la Región Sanitaria 7 Centro Oeste- y Joaquín Ezequiel Montoya -quien trabajaba al momento de los hechos como abogado en departamento Asesoría Legal de la mencionada Regional-.."

"...Que existiendo mérito suficiente, la Instrucción dispuso recepcionar declaración de imputado al señor Gómez, fijando fecha de audiencia para que declarare mediante Plataforma Zoom y notificándole digitalmente de la audiencia fijada y de los datos de acceso a la reunión; Que se agregó al expediente el disco compacto conteniendo archivo digital de la audiencia efectuada, por la plataforma Zoom, el 19 de agosto de 2021 a las 9:00 hs.; Que asimismo, obra providencia por la que se dispuso recepcionar ampliación de declaración de imputado y se fijó nueva fecha de audiencia, la

"2023 - 40° Aniversario de la recuperación de la democracia en la República Argentina" Dec-2022-3261-APP Chaco

Corresponde al Expte. N° 13325/23

cual tuvo lugar de manera presencial el día 24 de septiembre de 2021 a la hora 8:00hs., en la Dirección de Sumarios de Casa de Gobierno; Que durante dicha audiencia, el sumariado se abstuvo de declarar, y por Apud Acta designó al abogado defensor; el agente Gómez y su abogado patrocinante, presentaron por escrito una ampliación de la declaración de imputado, en la cual el sumariado negó haber realizado los actos de violencia o acoso de los cuales se lo acusó..."

"...Que la formulación de cargos y encuadre legal, se notificaron debidamente al agente al domicilio electrónico y al domicilio legal denunciado; y asimismo, presentó en tiempo y forma su escrito de descargo, de cuya lectura se desprende que no ofreció pruebas y que se limitó a negar todos los hechos imputados..."

"...Que como consecuencia de la denuncia realizada, se inició la causa penal caratulada: "Allende Yanina Valeria s/ Denuncia", Expediente N° 4625/18-2, que tramitó por ante la Fiscalía de Investigación N° 3 de Presidencia Roque Sáenz Peña, la cual comunicó que no se recepcionó declaración a persona alguna, y que las actuaciones fueron archivadas, pero sin informar el motivo del archivo.."

"... Que no existiendo pruebas pendientes de producción se clausuró el período probatorio y se corrió vista de las actuaciones para alegatos; a pesar de estar debidamente notificado, el sumariado no efectuó presentación alguna, por lo que la Instrucción elaboró su informe final y la Dirección de Sumario plasmó por escrito sus conclusiones, en la que sugirió la sanción; Que puesta a evaluar la conducta del agente, las declaraciones testimoniales del personal del Centro de Atención Primaria de la Salud y de la misma Regional Educativa 7, no

dejan lugar a dudas de que los hechos denunciados se sucedieron tal como lo narró la denunciante; Que ni los argumentos defensivos, ni la prueba aportada por el sumariado logran desvirtuar la imputación en su contra; aún cuando del informe de Fiscalía de Investigación N° 3 de Presidencia Roque Saenz Peña, surge que la Causa N° 4625/18-2 (que se tramitó con motivo de la denuncia efectuada por la agente Allende) fue archivada el 3 de mayo de 2018, ello no obsta la posibilidad de sancionar al agente Gómez en sede administrativa, conforme lo estatuido por los Artículos 7° y 8° del Decreto N° 1311/99 del Reglamento de Sumarios..."

"... Que por tanto, puede afirmarse que del procedimiento instructivo surgen elementos que acreditan una conducta violatoria de los deberes y obligaciones del agente público; la sanción disciplinaria, por tanto, resulta procedente independiente de lo arribado en sede penal; ello es así toda vez que, un hecho puede no constituir un delito y, no obstante, constituir una falta que permita a la Administración articular su potestad disciplinaria..."

- Recurso de reconsideración presentado por el señor David Eliseo Gómez el 05/05/2022

recepcionado como A.S. N° E2-2022-6077-Ae, cuyos argumentos son coincidentes con los planteados en la presente medida cautelar;

- Decreto DEC-2022-1795-APP-CHACO del 11/08/2022, por el cual el señor Gobernador de la

Provincia decreta: "...Artículo 1°: Rechácese el Recurso de Reconsideración interpuesto por el señor David Eliseo Gomez, DNI N° 27.325.997, contra el Decreto N° 757/22, por los fundamentos expuestos en los considerandos del presente Decreto..."

De los considerandos del mencionado instrumento, entre otras cuestiones, se lee:

"... Que no obstante la falta de tipificación penal, el acoso sexual si constituye una falta administrativa, conforme la dispuesto en el Artículo 22 inciso 13 de la Ley N° 292-A, del Estatuto para el Personal de la Administración Pública Provincial..."

"...Que asimismo, cabe destacar que el archivo de una causa penal no es lo mismo que absolución, así como absolución no es igual al sobreseimiento, en nuestra normativa, ni la misma absolución logra impedir la sanción cuando el mismo hecho por el cual el al autor ha sido absuelto, constituye una transgresión administrativa, conforme el Artículo 8° del Decreto N° 1311/99, del Reglamento de Sumario..."

".. Que otra cuestión que agravó al agente cesanteado es la acreditación de los hechos por simples declaraciones testimoniales, a las cuales tilda como sesgadas de subjetivismo por cuestiones personales y políticas; Que en cuanto a este punto se recuerda que en el ámbito jurisdiccional, cuyas amplias facultades

probatorias él mismo alega, se reconoce la dificultad probatoria en el caso de los delitos contra la integridad sexual (sección donde de seguro se incluiría al acoso sexual si estuviera tipificado) y se presta principal atención a las pruebas que a su juicio "no constituyen elementos probatorios para emitir sanción"..."

"2023 - 40° Aniversario de la recuperación de la democracia en la República Argentina" Dec-2022-3261-APP Chaco

Corresponde al Expte. N° 13325/23

"... Que en definitiva, además del testimonio de la propia víctima, nos encontramos con el de otros

que, aunque no presenciaron los actos de hostigamiento, señalan lo que indubitadamente son las consecuencias de lo padecido por la víctima y que pueden ser tomadas como claros indicios de lo denunciado..."

"... Que, en lo que atañe a la supuesta falta de notificación de la clausura del período probatorio y del plazo para alegar, consta que la Cédula de Notificación de lo dispuesto por la instrucción, diligenciada por el Notificador de la Dirección de Sumarios, fue fijada a la puerta del domicilio denunciado, conforme lo dispuesto en el Artículo 47 de la Ley N° 179-A, del Código de Procedimientos Administrativo..."

"... Que en virtud de lo señalado, la argumentación del recurrente entraña la exposición de una tesis interpretativa particular, pero no demuestra la arbitrariedad ni los perjuicios genéricamente invocados..."

- Recurso de revisión presentado por el actor en fecha 08/08/2022 recepcionada como A.S N° E2-

2022-13505-Ae, que acompaña pruebas documentales.

IV.- Que merituados los hechos y las pruebas incorporadas a la causa, consideramos que no se

evidencia la "apariencia del derecho" que justifique el dictado de la cautelar, ni de manera ostensible la ilegitimidad y arbitrariedad manifiesta. Ello atento a que el "fumus" del buen derecho que se requiere para la suspensión de los

efectos del acto administrativo -en crisis- estos deben poseer un grado de arbitrariedad que permita que frente a la presunción de legitimidad del acto, prevalezca sobre ella.

Más este extremo, no aparece cumplimentado con las alegaciones que fundamentan el pedido de

protección cautelar, en tanto el accionante no logra poner en evidencia "prima facie", que es verosímil el derecho

que le asiste a la luz de los antecedentes administrativos agregados a la causa; ello, en el acotado marco de

conocimiento al que debemos ceñirnos a tenor de la naturaleza de la medida requerida, y sin que lo expuesto

importe anticipo alguno respecto a la cuestión de fondo.

El Decreto impugnado, conforme lo reseñado precedentemente, fue dictado por órgano

competente, en uso de facultades establecidas por ley, y en base a los fundamentos en el expresados; circunstancia

que impide, en éste estado preliminar de la causa, la concesión de medidas cautelares sin la adecuada comprobación, en el grado requerido, de los recaudos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora. Máxime, tratándose de actos administrativos que se encuentran en plena ejecución, y sobre los cuales, prevalece la presunción de legitimidad.

Del material probatorio arrimado a la causa, no se avizoraría la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en el obrar de la administración, tanto en el dictado del Decreto que impone la sanción expulsiva de cesantía al actor como en la decisión que rechaza el recurso de reconsideración interpuesto. Requiriendo un mayor debate para su determinación, lo que será objeto del proceso principal.

En tal orientación se ha resuelto que "Las acciones que se promueven impugnando la legitimidad

de un acto carecen por sí mismas, al menos en principio, de efectos suspensivos hasta tanto no se dicte sentencia definitiva, de modo tal que para lograr la suspensión a través de una medida cautelar innovativa o una prohibición de innovar, la arbitrariedad o ilegitimidad del acto deben ser manifiestas pues mientras no se destruya la presunción de legitimidad de que gozan, no existe la necesaria verosimilitud que torna viable la cautela". (conf. "Libonati, Domingo y otros c. Municipalidad de la Capital (La Ley, 1986-C, 347)").

Por otra parte, la actora no funda en absoluto el recaudo de peligro en la demora, recordando que dicho requisito debe alegarse y probarse suficientemente, exponiendo las razones por las cuales es menester conceder el anticipo jurisdiccional y ello constituye condición esencial de la admisibilidad de la tutela preventiva.

En otras palabras, la ausencia de fundamentación y prueba en torno de la concurrencia del

recaudo de peligro en la demora, es un aspecto sustantivo para el acceso a la pretensión cautelar, y configura un valladar insalvable para su recepción favorable.

Ello ocurre en el supuesto traído a resolver, circunstancia que torna improcedente un

pronunciamiento provisional acerca de la legalidad del acto administrativo objetado, lo que será materia de juzgamiento en el proceso principal.

Esta interpretación dotada de la dosis de provisoriedad y mutabilidad que rige este tipo de procesos

no importa una decisión ni siquiera un juicio respecto de la cuestión a debatirse en la causa principal.

Así las cosas, por los argumentos señalados precedentemente,

"2023 - 40° Aniversario de la recuperación de la democracia en la República Argentina" Dec-

2022-3261-APP Chaco

Corresponde al Expte. N° 13325/23

corresponde desestimar la medida cautelar formulada por el accionante.

Las costas por la presente se imponen a la actora (art. 83 C.P.C.C.), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

Por todo lo expuesto, la Sala Segunda de la CÁMARA EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

RESUELVE:

I.- DESESTIMAR la Medida Cautelar deducida por el accionante.

II.- COSTAS a la parte actora, difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

III.- REGISTRESE. PROTOCOLICÉSE Y NOTIFIQUESE ELECTRÓNICAMENTE.-