Expte. nº 8366 "Dalton, Carlos Alberto Oscar c/ GCBA s/ revisión cesantías o exoneraciones de emp. publ. s/ recurso de inconstitucionalidad concedido y su acumulado expte. nº 8329: "GCBA s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Dalton, Carlos Alberto Oscar c/ GCBA S/ revisión cesantías o exoneraciones de emp. publ."

Buenos Aires, 11 de abril de 2012.

Vistas: las actuaciones indicadas en el epígrafe,

resulta:

1. El 20/09/2005, la Dirección General de Recursos Humanos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dictó la resolución n° 380/DGRH/2005, mediante la cual declaró cesante al agente Carlos Alberto Oscar Dalton, quien se desempeñaba como médico en el Hospital General de Agudos "Dr. Ignacio Pirovano" (fs. 14).

La sanción fue fundada en que el agente se encontraba percibiendo haberes jubilatorios del IPS (Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires), simultáneamente con su desempeño en la relación de empleo público con el GCBA, por lo que se configuraría la incompatibilidad establecida en el Capítulo II, Anexo III, del Decreto 670/92 (B.M. Nº 19.298), reglamento del sistema Municipal de la Profesión Administrativa (SI.MU.PA.) aprobado por Decreto Nº 3.544/91 (B.M. Nº 19.131) y sus reglamentarios, y el Art. 12, de la ley 471 (B.O.C.B.A. nº 1026).

2. El Sr. Carlos Alberto Oscar Dalton interpuso recurso judicial de revisión contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, para que se declare la nulidad de la resolución n° 380/DGRH/2005 que declaró su cesantía (fs. 1/6).

El GCBA contestó la demanda y solicitó su desestimación (fs. 83/88).

3. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires dictó sentencia haciendo lugar al recurso de revisión interpuesto por el

actor, revocando la resolución recurrida que dispuso el cese, con costas. Asimismo, condenó al GCBA a abonarle al actor, en concepto de resarcimiento por los daños sufridos, una suma equivalente al 50% de la remuneración que percibe en el cargo en que fue reincorporado, desde la notificación de su cese (30/09/05) hasta la fecha en que se reintegró a su cargo como consecuencia del dictado de la disposición 485/DGRH/2006 que suspendió la ejecución de la disposición 380/DGR/2005, con más los intereses liquidados de conformidad con la tasa pasiva promedio que publica mensualmente el Banco Central de la República Argentina; y a pagarle los salarios no abonados desde el 20 de septiembre de 2005 hasta el 30 de septiembre de ese año (fs. 147/150).

4. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 154/161), que fue contestado por el Sr. Dalton (fs. 163/165 vuelta), concedido parcialmente por la Cámara por considerarlo suficientemente fundado en cuestiones constitucionales relacionadas de manera directa con el decisorio definitivo, y declarado inadmisible en lo relativo a la pretendida arbitrariedad de la sentencia, por no considerarla como autocontradictoria, carente de lógica o de fundamentación jurídica suficiente (fs. 167/167 vuelta).

Contra dicha denegatoria, el GCBA interpuso la presente queja (fs. 209/216).

5. El Sr. Fiscal General Adjunto, en su dictamen, propició se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad y se rechace la queja (fs. 229/231).

Fundamentos

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Los recursos de inconstitucionalidad y queja interpuestos cumplen los requisitos formales previstos en los arts. 28 y 33 de la ley 402, pero no pueden prosperar porque no logran exponer fundadamente un genuino caso constitucional.

2. En su recurso de inconstitucionalidad, el GCBA pretende construir un caso constitucional en torno a los siguientes planteos:

a) manifiesta que la decisión judicial cercena facultades exclusivas del Poder Administrador, referidas al régimen disciplinario de los empleados públicos, lo que genera una afectación al principio de división de poderes;

b) califica al fallo de “arbitrario” y —consecuentemente— lesivo del derecho de defensa y al debido proceso, por no constituir una derivación razonada del derecho vigente con arreglo a las circunstancias comprobadas en la causa, particularmente al no hacerse cargo de los argumentos desarrollados por el GCBA para fundamentar la incompatibilidad entre la relación de empleo público del Sr. Dalton con el Estado porteño y su calidad de jubilado en el IPS (Instituto de Previsión Social de la Provincia de Buenos Aires).

c) sostiene que resulta improcedente el reconocimiento de salarios caídos o una indemnización por daños y perjuicios ya que el accionante no prestó servicio alguno desde su baja, por lo que la condena a efectuar erogaciones no previstas afecta el derecho a la propiedad del Estado local;

2.1. En cuanto al agravio relativo a la afectación de la división de poderes, su fundamentación presenta fallas notorias que impiden tener por configurada una cuestión constitucional, toda vez que parte de una visión rígida e inexacta del citado principio constitucional y de las facultades del Poder Judicial.

El Poder Judicial, en ejercicio de las competencias expresamente conferidas por el plexo constitucional, está obligado a realizar el control de legitimidad de los actos y omisiones estatales. Para un correcto funcionamiento del sistema republicano es imprescindible la existencia de frenos y contrapesos, y en tal sentido el rol que ocupa el Poder Judicial controlando la validez —y no la oportunidad, mérito o conveniencia— de los actos dictados o de las omisiones en que incurran los poderes políticos, constituye una potestad imprescindible e irrenunciable, que naturalmente debe ser ejercida con prudencia. Por lo tanto, resulta aplicable la doctrina sentada en numerosos fallos por este Tribunal, según la cual *“la genérica invocación de una lesión al principio de división de los poderes y de la zona de reserva de la Administración (…), es manifiestamente improcedente. Tal argumentación vedaría cualquier intervención judicial cuando, como en el caso, se requiere la protección de un derecho constitucional conculcado por las autoridades administrativas. Estos principios sólo se dirigen a establecer la competencia privativa de los órganos superiores del Estado, sin que tal circunstancia los haga inmunes de todo control judicial”* (expte. n° 1891/02, “González, Jorge Esteban c/ GCBA s/amparo”, resolución del 11/12/02, voto conjunto con los Dres. Ruíz, Muñoz y Maier).

2.2. La arbitrariedad de la sentencia planteada, también debe ser desestimada.

La Cámara sostuvo que *“...es claro a criterio de este Tribunal que las disposiciones transcriptas ofrecen una respuesta similar frente*

a la situación planteada en autos, esto es, la incompatibilidad del desempeño de un cargo en la órbita administrativa con el ejercicio de cualquier otro cargo remunerado, salvo en los casos en que el Poder Ejecutivo autorice la acumulación por razones fundadas. Sin embargo, ninguna mención existe en la normativa invocada ––y que pueda servir de fundamento del acto impugnado–– que permita sustentar la existencia de una situación de incompatibilidad respecto de la percepción de un haber jubilatorio por actividades ejercidas en otra jurisdicción. // Así las cosas, es evidente que, al señalar la disposición 380-DGRH-2005 como sustento del "cese" del actor que su conducta ––al ocupar un cargo en la Ciudad y percibir un haber jubilatorio–– vulnera el régimen de incompatibilidad previsto por en el Capítulo II, Anexo III, del decreto 670/92 y en el art. 12 de la ley 471, existe un vicio grave y evidente en su causa que torna al acto manifiestamente ilegítimo ..." (fs. 148); y que *"... En el caso de autos es claro a criterio de este Tribunal que, previo al dictado del acto que importaba el apartamiento de el actor de los cuadros de la Administración, la demandada debió permitir la posibilidad de su intervención en el trámite, a fin de ser oída. Sin embargo, ello no ocurrió en autos ya que, según surge de la resolución impugnada, el cese fue decidido por la Administración sin conferírsele traslado alguno de la supuesta causal que lo justificaba y, asimismo, sin permitírsele a el accionante efectuar presentación o descargo alguno. // Todo ello permite concluir, entonces, que la disposición cuestionada también presenta un vicio grave en el elemento forma (art. 7 y 22, inc. f de la LPA) que lo torna en manifiestamente ilegítimo ..."* (fs. 149)

Como podemos apreciar, dicho Tribunal ponderó el plexo normativo aplicable —decreto 670/92 y ley 471— y distintas circunstancias comprobadas en la causa —situación previsional/laboral del accionante y manera en que tramitó el procedimiento administrativo—, para concluir que correspondía dejar sin efecto el acto administrativo cuestionado habida cuenta la existencia de vicios graves en su causa y forma. El análisis de estas cuestiones de hecho y derecho infraconstitucional constituye una tarea reservada al conocimiento de las instancias judiciales de mérito y ajena, en principio, a la actuación de este Tribunal por la vía del recurso de inconstitucionalidad local.

La apertura del citado recurso solo podría ocurrir en el supuesto que el fallo presentase errores groseros que lo descalifiquen en cuanto acto jurisdiccional. Sin embargo, el recurrente no rebatió los argumentos esenciales en que se fundó la sentencia impugnada, ni siquiera realizó un intento serio en tal sentido, por lo que sus críticas constituyen una mera discrepancia con la seria argumentación realizada por la Cámara.

2.3. La invocada violación del derecho de propiedad del Estado local tampoco constituye un planteo susceptible de permitir la apertura de la presente vía recursiva de carácter extraordinario.

Para fundamentar su condena a pagarle al accionante un resarcimiento pecuniario, la Cámara sostuvo que *"... V. En lo que respecta al deber de reparar el perjuicio irrogado, si bien la Corte Suprema ha sostenido en forma reiterada que, salvo disposición expresa y específica para el caso, no corresponde el pago de salarios caídos por funciones no desempeñadas durante el período que media entre la separación del cargo y su reincorporación (CSJN, Fallos, 114:158, 172:396, 295:320), y que esa limitación se aplica, incluso, a los casos en que la baja ha sido declarada ilegítima, ello no obsta, sin embargo, a que el perjuicio originado en el comportamiento omisivo ilegítimo desplegado por la administración deba encontrar su correspondiente resarcimiento a través de la pertinente indemnización (CSJN, Fallos, 302:1154, 304:1459). // En cuanto a la prueba del daño sufrido por el actor -y que justifica la procedencia del resarcimiento- entiendo que ello resulta evidente ante la falta de percepción de sus ingresos como agente de la Ciudad. // IV. Comprobada la conducta ilegítima de la demandada, la existencia del daño, el nexo de causalidad y, consecuentemente, el deber de reparación, resta determinar el monto del resarcimiento que habrá de reconocerse. // a) En este aspecto, si bien el actor se vio privada de su sueldo, durante el período que reclama, sin embargo ello no le impidió obtener otros ingresos, ya que a partir del cese pudo reingresar al mercado laboral. En igual sentido, la falta de efectiva prestación de servicios es también un elemento que corresponde que el juzgador tenga en cuenta, en casos como el que aquí se presenta, a efectos de determinar el monto indemnizatorio. // Por lo expuesto, considero que, en el sub examine, corresponde reconocer al actor el derecho a una indemnización, en carácter de resarcimiento por el daño moral y material sufrido, equivalente al 50% de la remuneración que percibe en el cargo en que fue reincorporado ..."* (fs. 149 y vta.).

Según lo citado precedentemente, y como lo aclara expresamente la Cámara, al actor se le reconoce una indemnización por el daño moral y material sufrido como consecuencia de la conducta ilegítima de la Administración Pública, y no el cobro de salarios caídos. Así se desprende, también, del parámetro utilizado para el cálculo del monto de la indemnización equivalente al 50% de la remuneración que percibe en el cargo en que fue reincorporado, y no al 100% como debió haber sido en caso que se tratara de salarios caídos.

Valorar si en el caso particular se encuentran reunidos los presupuestos que tornan procedente la responsabilidad del Estado por actividad ilegítima, y estimar el monto indemnizatorio que permitirá la reparación de los daños sufridos, constituyen facultades propias de los

jueces de mérito, que los obligan a ponderar cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional, todas ellas ajenas —en principio— al marco cognoscitivo del recurso extraordinario local.

Por lo tanto, resulta aplicable la doctrina del Tribunal en cuanto a que *"cuestiones de hecho y prueba, como en el presente, en principio no habilitan el tratamiento de un recurso de inconstitucionalidad cuando no existe, por parte de quien tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, una argumentación plausible que logre conectar aquellas cuestiones con la infracción a normas y principios constitucionales" [TSJ, in re: "Falbo de Martínez, Palmira s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Falbo de Martínez, Palmira c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. nº 1923/02 sentencia del 19/2/2003].*

3. En suma, ambos recursos no logran conectar el agravio que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso (cf. este Tribunal *in re "Góngora Martínez, Omar Jorge s/ queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en: "Góngora Martínez, Omar Jorge c/ Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo (art. 14, CCABA)",* expte. n° 3264/04, resolución del 23 de febrero de 2005).

Como este Tribunal ha dicho con anterioridad, la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente ya que, si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional, este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad" (cf. este Tribunal *in re*: "*Carrefour Argentina S.A. s/ recurso de queja*", expte. nº 131/99, sentencia del 23/02/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJ], Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, ps. 20 y siguientes).

En virtud de las consideraciones expuestas voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad, con costas a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota, y rechazar la queja entablada por el GCBA.

<u>El juez Luis Francisco Lozano dijo:</u>

Adhiero al voto de mi colega, jueza de trámite Ana María Conde. Los argumentos que allí se desarrollan y los que en sentido concordante expuse al votar en "GCBA s/ queja por recurso de

inconstitucionalidad denegado en: ‘Itzcovih, Susana Reneé c/ GCBA s/ amparo (art. 14 CCBA)”, expte. nº 6466/09, sentencia del 19 de octubre de 2009, a los que remito, resultan suficientes para declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad y rechazar la queja.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Sr. Fiscal General Adjunto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad de fs, 154/161, con costas a la vencida, y por rechazar la queja de fs. 209/216.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja interpuesta por el recurso de inconstitucionalidad parcialmente denegado, ha sido interpuesta en tiempo, forma y dirige una crítica concreta contra la resolución denegatoria.

2. El recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido ha sido interpuesto en plazo y forma.

3. El GCBA deduce diferentes agravios sobre tópicos constitucionales; todos ellos carecen de envergadura suficiente para modificar el fallo impugnado.

4. El agravio relativo a la arbitrariedad de la decisión del tribunal superior de la causa versa acerca de la interpretación de enunciados normativos infraconstitucionales. El juzgador, en esa situación, eligió una de las opciones posibles y plausibles, y el recurrente no logra poner de manifiesto, capricho o falta de razonabilidad en la decisión atacada, sino su simple discrepancia. Cabe agregar, no obstante, que el criterio adoptado por la Sala del decreto nº 670/92, afianza el principio protectorio –de raigambre constitucional, cfr. arts. 14 bis, CN y 43, última parte, CCBA– y restringe la expansión del poder disciplinario hacia hipótesis no escritas en detrimento del principio de legalidad. La decisión también valora la garantía de la defensa en juicio en el procedimiento administrativo al señalar las notorias deficiencias que muestra el trámite seguido hasta el dictado de la disposición 380-DGRH-2005.

5. Otro aspecto cuestionado por el recurrente refiere a que el tribunal superior de la causa se desentiende de los efectos de la decisión. Esta afirmación es, por cierto, débil porque cuando corresponde aplicar el derecho, los efectos de la decisión de alguna manera están previstos por el constituyente o por legislador al definir lo prohibido o lo permitido. Y si bien, los jueces no pueden desentenderse de las consecuencias de sus decisiones, en especial cuando se trata

de equidad o notoria injusticia (Fallos,302:1284), el caso en análisis no exhibe aspectos excepcionales sino los efectos propios y regulares de cualquier sentencia en donde se aplica el derecho.

6. El GCBA persiste en oponer como argumento, en cualquier situación y proceso, la afirmación de que los fallos judiciales conspiran contra la división de poderes. Sus dichos no alcanzan a demostrar que cumplir un fallo entre partes legitimadas y en un caso o causa afecta el principio constitucional invocado.

7. La alusión a la vulneración del art. 102 CCBA no resiste un examen mínimo. Frente a garantías y derechos constitucionales, no corresponde esgrimir ni facultades ni razones de eficiencia: lo primero porque las competencias constitucionales tienen como límite las garantías y derechos de esa misma jerarquía; lo segundo, porque la eficiencia no es un fin en sí mismo, y está siempre subordinada a los derechos y su efectividad. El poder judicial no ha suplido la voluntad de la Administración sino garantizado la del constituyente, y lo hizo a través de las competencias propias (art. 106, CCBA), por los procedimientos correspondientes y satisfaciendo el derecho de acción del pretensor (art. 8.1. CADH).

8. Otro de los supuestos agravios del GCBA insiste en que el fallo impone erogaciones al Tesoro público que no se encuentran previstas. En principio el criterio de que corresponde el resarcimiento, en el caso el pago de los salarios caídos porque el actor fue privado de un bien por la conducta ilegítima de la Administración, encuentra sustento constitucional (cfr. art. 14, bis y 17, CN), y asimismo se advierte una orientación en el mismo sentido por parte de la CSJN (cfr. *Ruiz, Emilio David c/D.G.I. s/despido*.R. 129. XXXVII; REX; 15-05-2007).

Por fin cabe recordar para tranquilidad de la demandada que la ley 189 prevé un sistema de ejecución diferida en donde se privilegia la racionalidad presupuestaria. Y por último, si la tesis de la Procuración se llevara hasta sus últimas consecuencias nunca correspondería resarcimiento frente a la actividad ilícita del Estado, lo que es tanto como justificar una de las formas posibles de impunidad, lo cual es inadmisible en el marco de un Estado de Derecho

9. Tan endeble como los agravios ya tratados es que se dirige a objetar el resarcimiento por daño material y moral, toda vez que no logran ir más allá del mero desacuerdo sin introducir ningún relevante aspecto constitucional.

10. Por lo expuesto, voto por hacer lugar al recurso de queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad por improcedente.

Así voto.

El juez José Osvaldo Casás dijo:

Comparto los argumentos desarrollados en el voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, como así también aquellos expresados en sentido concordante por mis colegas preopinantes, pues ponen acabadamente de resalto que el recurrente no ha logrado configurar un caso constitucional que habilite la instancia recursiva intentada.

En conclusión, más allá del acierto o error de lo resuelto en el caso y de la jurisdicción ejercitada por la Cámara CAyT, en virtud del específico alcance de los planteos esgrimidos por el GCBA para atacar la sentencia dictada por el tribunal *a quo*, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA, con costas, y rechazar la queja obrante a fs. 209/216.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el Fiscal General Adjunto, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia
resuelve:

1. Declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad, con costas, y **rechazar** la queja entablada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.