

Universidad Empresarial Siglo 21

Trabajo Final de Grado



REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS NACIONALES

Sanciones disciplinarias y debido proceso

Sergio Leonardo Villavicencio

Matricula: VAVG 25680

Tutor: Pablo Cesar Mortarotti

2018

RESUMEN

En el presente trabajo se estudia el régimen disciplinario aplicable a los empleados públicos nacionales. Este régimen es una consecuencia de la potestad disciplinaria de la administración, por lo cual puede aplicar una serie de sanciones conforme a la gravedad de la falta o infracción.

La aplicación de sanciones por parte de la administración se realiza a partir de un procedimiento disciplinario. Este procedimiento varía conforme a los tipos de faltas y sanciones de que se trata en cada caso, respetando las reglas del debido proceso. El principio rector en esta materia es la necesidad de la sustanciación de un sumario administrativo previo a la aplicación de las sanciones correspondientes.

Dentro del catálogo de sanciones existe las de tipo expulsivas, que parecen contradecir la garantía constitucional de la estabilidad del empleo público. Esta garantía no concede al empleado derechos absolutos y la administración podrá expulsar al agente sin violar dicha garantía toda vez que respete las garantías del debido proceso, fundamentalmente concederle al interesado la oportunidad de ejercer su defensa.

Además existen, sanciones que expresamente establecen que para su aplicación no es necesaria la sustanciación de sumario administrativo previo. Lo que en principio es contrario a las reglas del debido proceso y por lo tanto violaría la garantía de estabilidad, cuando se trate de una sanción expulsiva. En este sentido no sustanciar un sumario administrativo previo, no impide a la administración de informar al agente sobre las actuaciones que se están realizando y concederle el derecho a efectuar su descargo, a fin de evitar vulnerar los derechos constitucionales en cuestión.

Palabras claves: empleo público, estabilidad, debido proceso, potestad sancionatoria, sanciones disciplinarias, proceso disciplinario.

ABSTRACT

In the present work the disciplinary regime applicable to national public employees is studied. This regime is a consequence of the disciplinary power of the administration, which can apply a series of sanctions according to the seriousness of the offense or infraction.

The application of sanctions by the administration is done through a disciplinary procedure. This procedure varies according to the types of faults and sanctions that are treated in each case, respecting the rules of due process. The guiding principle in this matter is the need for the substantiation of an administrative summary prior to the application of the corresponding sanctions.

Within the catalog of sanctions exist the expulsive type, which seem to contradict the constitutional guarantee of the stability of public employment. This guarantee does not grant the employee absolute rights and the administration may expel the agent without violating this guarantee whenever he respects the guarantees of due process, fundamentally grant the interested party the opportunity to exercise his defense.

In addition there are sanctions that expressly establish that for its application is not necessary the substantiation of previous administrative summary. What in principle is contrary to the rules of due process and therefore would violate the guarantee of stability, in the case of an expulsion sanction. In this sense not to substantiate a previous administrative summary, does not prevent the administration from informing the agent about the actions being carried out and granting him the right to carry out his discharge, in order to avoid violating the constitutional rights in question.

Key words: public employment, stability, due process, sanctioning power, disciplinary sanctions, disciplinary process.

ÍNDICE

• INTRODUCCIÓN	6
• CAPITULO 1: EMPLEO PÚBLICO	
Introducción.	11
1.1. Empleo público y empleo privado.	12
1.2. Naturaleza jurídica de la relación de empleo público.	14
1.3. Empleado público y funcionario público.	16
1.4. Función pública y administración.	19
1.5. Administración y estado de derecho.	21
Conclusiones parciales.	23
• CAPITULO 2: ESTABILIDAD DEL EMPLEADO PÚBLICO	
Introducción.	25
2.1. Constitución Nacional y derechos sociales.	25
2.2. Operatividad de los derechos constitucionales.	27
2.3. Precisando el concepto de estabilidad.	28
2.3.1. Estabilidad absoluta y relativa.	29
2.3.2. Adquisición de la estabilidad.	31
2.3.3. Estabilidad y reestructuración.	33
2.4. Jurisprudencia. Caso “Madorrán”.	34
Conclusiones parciales.	36
• CAPITULO 3: RÉGIMEN DISCIPLINARIO	
Introducción.	38
3.1. Potestad disciplinaria.	38
3.2. La discrecionalidad de la administración pública.	40
3.3. Derecho disciplinario y derecho penal.	42
3.4. <i>No bis in idem</i> y el procedimiento disciplinario.	44
3.5. Responsabilidad estatal y de los empleados públicos.	46
3.6. Sanciones disciplinarias.	48
Conclusiones parciales.	49

• CAPITULO 4: PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO	
Introducción.	51
4.1. Procedimiento administrativo. Nociones generales.	51
4.2. Principios:	53
4.2.1. Juridicidad.	53
4.2.2. Debido proceso adjetivo.	54
4.2.3. Informalismo a favor del administrado.	56
4.2.4. Impulso de oficio.	56
4.2.5. Razonabilidad.	57
4.2.6. Verdad material.	58
4.2.7. Buena fe.	59
4.3. Procedimiento disciplinario. Nociones generales.	59
4.4. Principios:	60
4.4.1. Tipicidad.	61
4.4.2. Culpabilidad.	62
4.4.3. Irretroactividad.	63
4.4.4. <i>Reformatio in pejus</i> .	64
4.4.5. Proporcionalidad.	65
4.4.6. Presunción de inocencia.	66
4.4.7. Plazo razonable.	66
Conclusiones parciales.	68
• CAPITULO 5: SUMARIO ADMINISTRATIVO.	
Introducción.	69
5.1. Sumario administrativo. Objeto sumarial.	69
5.2. Etapas y sujetos.	70
5.3. Cuestiones sobre prueba.	73
5.4. Teoría de la subsanación.	75
5.5. Faltas objetivas o de plano. Problemática.	77
5.6. Medios de impugnación de las sanciones disciplinarias.	79
Conclusiones parciales.	81
• CONCLUSIONES FINALES.	83
• BIBLIOGRAFÍA.	88

INTRODUCCIÓN

El Estado procura la realización de sus fines y por ello ha creado su propia estructura administrativa que permite su concreción por medio de la actuación, tanto a nivel intelectual como material, de las personas quienes se desenvuelven bajo una relación de dependencia con esta, y que son los denominados empleados públicos.

Como en toda organización se hace necesaria la existencia de un orden, es por ello que el Estado posee lo que se denomina potestad disciplinaria, que justifica su existencia en la necesidad de preservación y autoprotección de la organización administrativa. Esta potestad se ve plasmada en las facultades conferidas por el denominado régimen disciplinario. Este régimen debe necesariamente integrarse en un sistema de normas que se encuentra regidos por principios y garantías constitucionales que no pueden vulnerarse, como lo son el de la estabilidad del empleo público, consagrado por el artículo 14 bis., y el de observar las reglas del debido proceso del artículo 18 de nuestra Constitución Nacional.

Es justamente en este punto que la presente investigación adquiere relevancia jurídica, toda vez que la potestad disciplinaria otorga al Estado facultades sancionatorias. Y dentro del catalogo de sanciones previstas, en el régimen, se encuentran las sanciones de tipo expulsivas que ponen fin a la relación de empleo, como la cesantía y la exoneración. Por lo cual es admisible preguntarse si la aplicación de estas sanciones violan el principio de estabilidad del empleo público.

Avanzando en el estudio se observará que como principio se establece la necesidad de instruir un sumario administrativo previo a la aplicación de una sanción. Pero existen faltas, que doctrinariamente se las conoce como objetivas o de plano, para las cuales no es necesaria la sustanciación de un sumario administrativo previo a la aplicación de la sanción,

incluso para sanciones de tipo expulsiva. Por ello también se indaga si el procedimiento previsto en el régimen disciplinario respeta las reglas del debido proceso.

Así, los objetivos generales del presente trabajo son analizar el régimen disciplinario de los empleados de la administración pública nacional a fin de determinar, si el procedimiento previsto para la aplicación de sanciones respeta las garantías del debido proceso adjetivo, y si en la aplicación de sanciones de tipo expulsiva no se vulnera la garantía constitucional de la estabilidad del empleo público.

Y sus objetivos específicos son: interpretar la extensión de la garantía constitucional de estabilidad del empleo público, definir la potestad sancionatoria, identificar las diferencias y similitudes entre el derecho disciplinario y el derecho penal, examinar el procedimiento administrativo previsto para la aplicación de sanciones y evaluar el cumplimiento o no de las reglas del debido proceso adjetivo, establecer cuáles son los principios que gobiernan el procedimiento disciplinario, evaluar la constitucionalidad de las faltas objetivas o de plano y su vinculación con el accionar discrecional de la administración, y estudiar las vías existentes para el control judicial de las sanciones disciplinarias.

En la búsqueda de los objetivos anteriormente expuestos surgen otras preguntas, como: ¿A quienes se denomina empleados públicos?, ¿Qué tipo de sanciones contempla el régimen disciplinario de los empleados públicos nacionales?, ¿Cuáles son los requisitos previstos para la aplicación de las sanciones disciplinarias?, ¿Se viola la garantía constitucional de la estabilidad del empleado público al aplicar una sanción de tipo expulsiva?, ¿Existe vinculación entre la sanción penal y el procedimiento disciplinario?, ¿Cuáles son los principios rectores del procedimiento administrativo?.

El trabajo se divide en cinco capítulos en el que se busca dar respuestas a los interrogantes, señalados en el párrafo anterior. Primeramente se aborda el marco conceptual

del empleo público, distinguiéndolo del empleo privado y estableciendo la naturaleza jurídica del mismo.

En el segundo capítulo se establece el alcance del principio de estabilidad del empleo público, por lo que necesariamente se trata la cuestión de la operatividad de los derechos constitucionales. Seguidamente se conceptualiza a la estabilidad para luego definir a partir de qué momento el empleado público adquiere dicha estabilidad.

En el tercer capítulo titulado régimen disciplinario se analizan cuestiones como la potestad sancionatoria, la discrecionalidad de la administración, la vinculación entre el derecho disciplinario y el penal, las sanciones disciplinarias y por último la responsabilidad estatal y de los empleados.

Los principios del procedimiento administrativo general y disciplinario son estudiados en el cuarto capítulo, para poder avanzar en el último capítulo con el estudio del sumario administrativo, la problemática de las denominadas faltas objetivas, y los medios de impugnación de la decisión administrativa.

Como se señalara anteriormente el régimen disciplinario establece como principio la sustanciación de un sumario administrativo previo a la aplicación de las sanciones y, como excepción, exceptúa la realización de dicho sumario. En el presente trabajo se demostrará la inconveniencia de la aplicación directa de las sanciones, por considerar que las mismas son inconstitucionales al violar las garantías del debido proceso, por no otorgarle al agente la posibilidad de defenderse. Y en el caso de la aplicación de una sanción expulsiva se está violando, además, la garantía de estabilidad del empleo público. Así queda plasmado cómo necesario correr vista de las actuaciones al agente, dándosele la oportunidad de efectuar su descargo, aún cuando el régimen no lo prevea.

La investigación que se desarrolla en el presente trabajo, es de tipo descriptiva-correlacional. Se realiza una descripción del tema objeto del trabajo, a través de la

caracterización de sus rasgos generales, para luego precisar las variables del mismo y determinar cómo se comportan ante diferentes situaciones (Yuni-Urbano, 2.006).

Este tipo de investigación permite describir y analizar el régimen disciplinario de los empleados de la administración pública nacional, a partir del análisis y caracterización de las diferentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, para luego poder establecer cómo se relaciona dicho régimen con el resto del ordenamiento positivo y fundamentalmente con los preceptos constitucionales.

El enfoque de esta investigación es cualitativo, ya que el mismo permite, a través de la recopilación de jurisprudencia y posturas doctrinarias, hacer un análisis interpretativo profundo del régimen disciplinario objeto de estudio.

En este trabajo se acuden como fuente primaria a la ley marco de regulación del empleado público nacional n° 25.164, el decreto n° 1.421/2.002 reglamentario de la misma, y la ley n° 19.549 de procedimientos administrativos. Como fuentes secundarias a libros jurídicos de diversos autores que toman posición respecto de la temática a investigar, tales como Ivanega, Reppeto, Apesteguia, y García Pulles. Como así también se utilizarán fallos de la CSJN como por ejemplo el denominados casos “Madorran”¹, “Anaun”², “Spinosa Melo”³, etc. Y como fuentes terciarias manuales relacionados con la temática, como el “Manual de sumarios e informaciones administrativas” de Mahmud, J. (2.004), el “Manual de derecho administrativo” de Farrando-Martines (1.999).

La técnica de recolección de datos que se utiliza es la de análisis documental, es decir que se realiza un análisis de los textos legales, posiciones doctrinarias y jurisprudenciales, estableciendo cuales son las ideas principales expresadas en cada caso.

¹ CSJN, “Madorrán, Marta C. c/Administración Nacional de Aduanas”, Fallos: 330:1989 (2.007).

² CSJN, “Anaut, Roberto Javier c/Estado Nacional Armada Argentina s/despido”, Fallos 335:378 (2.012).

³ CSJN “Spinosa Melo, Oscar Federico c/ E.N. M de Relaciones Exter. Comer. Internacional y Culto s/ empleo público”, Fallos 329:3617 (2.006).

Teniendo en cuenta que el régimen disciplinario que se investiga, tiene como principal regulación la ley n° 25.164 que fue sancionada en 1.999 se parte de dicha fecha en el análisis hasta llegar a nuestro presente. En cuanto al nivel de análisis resulta necesario delimitarlo a la administración pública nacional, por ser este el ámbito de aplicación del régimen que se estudia.

CAPITULO 1

EMPLEO PÚBLICO

Introducción.

Abordar la cuestión del empleo público hace necesario brindar nociones mínimas de la administración pública, ya que se puede afirmar que es en el ámbito en el que se desarrolla esta relación de empleo, y se concretarán las relaciones jurídicas con los empleado públicos.

Toda vez que se habla de administración se hacer referencia por un lado a una acción y por otra al órgano del que emana dicha actividad. Es decir se relacionan las nociones de actividad y de organización.

La organización es un fenómeno presente en todo grupo humano que aspire a perdurar en el tiempo. Es la distribución racional de los medios con que cuenta el grupo, y que se ponen al servicio del cumplimiento de una finalidad común a los integrantes del mismo.

Ahora bien, el accionar del grupo muchas veces trasciende al mismo produciendo efectos jurídicos a terceros, como sucede en la administración pública.

El fenómeno organizativo tiene trascendencia jurídica, pues la existencia de una organización implica necesariamente la existencia de autoridad y normas a la cual se somete toda actividad desarrollada por la misma.

Partiendo de la noción de que las relaciones jurídicas de trabajo se desarrollan a través de alguna de las siguientes modalidades: relación de dependencia o en forma autónoma. Cuando se habla de empleo público se hace referencia a la modalidad de trabajo bajo relación de dependencia con el Estado.

1.1. Empleo público y empleo privado.

El trabajo es un derecho fundamental del hombre, y como tal debe ser respetado por todas las organizaciones y/o entidades que conforman el Estado.

Como se señala anteriormente, dentro de las variadas modalidades jurídicas en las que se puede encuadrar al trabajo humano, destacan básicamente dos: el trabajo en relación de dependencia y el trabajo autónomo.

En este punto interesa el trabajo en relación de dependencia, que teniendo en cuenta al empleador puede ser, este, un ente privado o el Estado.

Se puede afirmar que entre empleo público y empleo privado existen diferencias y similitudes.

El empleo público, como objeto de estudio, ha sido tradicionalmente disputado por el derecho administrativo y el laboral.

Dentro de las semejanzas entre empleo público y privado, la principal radica en el objeto de estas relaciones jurídicas que es la prestación de un servicio de una persona a favor de otra quien posee diversas prerrogativas, fundamentalmente las de conducción, control y disciplinarias. Tanto el empleo público como el privado responden a una misma estructura, que es una relación dada entre una persona que trabaja para otra a cambio de una remuneración prometido por esta última.

A su vez la principal diferencia está dada por el otro extremo de la relación jurídica, el empleador. Así en la relación de empleo común, el empleador es una persona de derecho privado, física o jurídica. En el empleo público el empleador es el Estado, que actúa como persona jurídica de carácter público, quien en su accionar está regido por el derecho público. Lo que implica que la relación de empleo queda sometida a una regulación o régimen de exorbitancia que al mismo tiempo la caracteriza.

Otra diferencia fundamental es el marco regulatorio, ya que es la misma Constitución Nacional en su artículo 14 bis. protege de distinta forma al empleado público del privado. Al empleado público le otorga la garantía de la estabilidad mientras que al privado, solo le otorga la protección contra el despido arbitrario.

Par la doctrina administrativista el empleo público se trata de una relación de subordinación en la que prevalecen las prerrogativas del Estado sobre los derechos del empleado. Así, por ejemplo, el Estado tiene la facultad de modificar unilateralmente las condiciones que rigen la relación.

Para esta postura no es admisible la aplicación de normas y principios extraños al derecho público. El destacado jurista Marienhoff (1.988) entendía que aún cuando se discuta si la relación es de carácter contractual, no está en discusión que esta relación se regula por las normas de derecho público.

La relación de empleo público, es una relación de tipo contractual, pero no de derecho privado sino que se rige por los principios de derecho público.

Para la doctrina laboralista, el principio protectorio que rigen en el ámbito del contrato de trabajo privado es de aplicación al empleado público. Entienden que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional al ser redactado de modo amplio, estableciendo la protección del trabajo en sus diversas formas, debe ser entendido como aplicable a ambos tipos de empleos.

Dentro de esta doctrina existe una postura extrema que entiende que la naturaleza jurídica de ambas relaciones de empleo es idéntica. Lo que ha ocasionado la reacción del resto de la doctrina laboralista, que reconoce que esta relación tiene regulación distinta por pertenecer una al derecho público y otra al derecho privado.

Se puede concluir que ambas relaciones de empleo tienen naturaleza contractual, pero la relación de empleo público es regulada por normas de derecho público.

1.2. Naturaleza jurídica de la relación de empleo público.

Estudiar la naturaleza jurídica de la relación de empleo público, es una cuestión que no resulta sencilla, ya que ni la ley ni la jurisprudencia definen con certeza esta relación. Esto ha motivado un debate doctrinario en ámbitos constitucionalistas, administrativistas y laborales que se pueden resumir en dos posturas. Una que entiende que se trata de una relación estatutaria y la otra que estamos en presencia de una relación contractual.

Quienes entienden que se trata de una relación estatutaria sostienen que la relación de empleo público depende de un acto administrativo general unilateral y reglamentario. Para esta postura la manifestación de voluntad del agente es una condición para el perfeccionamiento del acto administrativo de designación, pero no constituye un elemento esencial del mismo.

Inscrito en esta corriente, Diez (1.981) entiende que la causa jurídica del empleo público radicaba en un acto unilateral de la administración y que el consentimiento del agente solamente es exigido a los efectos de dotar de eficacia al acto.

La voluntad del empleado no tiene el mismo rol que en una relación contractual ya que en este caso no existe intercambio de declaraciones de voluntad.

Así la Corte Suprema de Justicia desde su inicio se expresó a favor de esta postura. En el caso “Richeri”⁴ rechazó la aplicación del derecho privado al caso y aceptó la aplicación del derecho administrativo por entender que la relación no puede ser considerada una locación de servicios.

⁴ CSJN, “Richeri, Agustín c/Municipalidad de Buenos Aires”, Fallos 22:37 (1.880).

En el caso “Herrera c/Gobierno Nacional”⁵ la Corte expresó: “El nombramiento de los empleados de la administración, la conservación de sus empleos y la jubilación son materias ajenas al derecho común y no constituyen un contrato entre la Nación y dichos empleados”.

En el año 1.932 la Corte Suprema de Justicia en el caso “Berges, Pedro c/ Gobierno Nacional”⁶, asigna a la relación de empleo el carácter de acto de imperio o de mandato, por el cual el Estado sin acuerdo previo inviste como tal al empleado. No se trata de una relación que nace de un contrato civil de locación de servicios. La Corte reitera esta postura en el año 1.961 en el caso “Gerlero, Joaquín Carlos c/ Nación Argentina”.⁷

La doctrina mayoritaria en nuestro derecho, entienden que la naturaleza jurídica de la relación de empleo es contractual, constituyendo una especie de contrato administrativo. La voluntad del agente pasa a ser un elemento esencial, ya que para que exista el vínculo jurídico es necesario que, producido el nombramiento el empleado acepte la designación.

Los partidarios de esta doctrina entienden que no puede negarse al acuerdo de voluntades entre la administración y sus agentes sobre los derechos y deberes que rige la relación entre ellos la naturaleza contractual, mas si se entiende que existe contrato cuando dos o más personas realizan declaraciones de voluntad común destinadas a regular sus derechos. Y esgrimen que la Corte Suprema de Justicia, ha afirmado la naturaleza contractual de la relación de empleo público, pero sin configurar un contrato de derecho privado. Así en el caso “Guida”⁸ en el que la Corte realiza un análisis sobre las medidas de necesidad y urgencia se justificó el uso de prerrogativas por parte del Estado siempre que no se modifique la sustancia del contrato celebrado, afirmando además que

⁵ CSJN, “Herrera c/Gobierno Nacional”, Fallos 99:309 (1.904).

⁶ CSJN, “Berges, Pedro vs Gobierno Nacional”, Fallos 166:264 (1.932).

⁷ CSJN, “Gerlero, Joaquín Carlos Vs. Nación Argentina”, Fallos 220:283 (1.961).

⁸ CSJN, “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo Nacional s/empleo público”, Fallos 323:1566 (2.000).

No media lesión a la garantía del art. 17 de la Constitución Nacional, cuando como en el caso, por razones de interés público, los montos de las remuneraciones de los agentes estatales son disminuidos para el futuro sin ocasionar una alteración sustancial del contrato de empleo público en la medida en que la quita no resultó confiscatoria o arbitrariamente desproporcionada.

Expuestas las dos principales posturas doctrinarias se puede afirmar que la naturaleza del empleo público es contractual y en atención a sus características propias, es regulada por normas de derecho público. Sentar esta postura no constituye un obstáculo a la aplicación analógica, en caso de lagunas en el derecho público, de la regulación laboral en el ámbito privado.

1.3. Empleado público y funcionario público.

Conceptualizar al empleado público no es una tarea sencilla, ya que definiciones del mismo se encuentran dispersas en distintas leyes y tratados.

Tradicionalmente se distinguen dos categorías, empleados y funcionarios públicos.

En el derecho comparado se puede observar que en Europa el Tribunal Europeo de Justicia, logró la unidad conceptual en los países miembros de la Unión Europea. Así funcionarios públicos son quienes tienen funciones que se relacionan con el ejercicio del poder público y la defensa de la soberanía nacional. Y otra categoría la constituyen quienes son contratados teniendo a cargo, fundamentalmente, la prestación de servicios.

En América del Sur y principalmente en Centroamérica es de uso común la denominación servidor público, que es el agente que se rige por el derecho administrativo o por algún estatuto que regula la relación de empleo entre éste y el Estado.

Analizando nuestro derecho positivo, se observa que nuestra Constitución, no define ni establece tipos o categorías de empleados públicos. El Código Penal en su artículo 77 utiliza ambos términos como equivalentes al expresar “Por los términos funcionarios públicos

y empleados públicos usados en este código, se designa a todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”.

En tanto la ley de ética en el ejercicio de funciones públicas si bien utiliza ambos términos, la distinción carece de relevancia ya que le da igual trato a ambas categorías.

La ley n° 25.164, denominada ley marco que regula la relación de empleo público, tampoco define al empleado público ni establece diferencias entre este y el funcionario público.

El nuevo código civil y comercial de la nación en su artículo 1.766 dice:

Responsabilidad del funcionario y empleado público. Los hechos y omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que le están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

Se puede apreciar que en el epígrafe del artículo se hace mención de funcionario y empleado público, pero en el texto solo se hace referencia al funcionario público, por lo que se entiende que lo regulado se aplica a ambas categorías.

Así se puede afirmar que la distinción entre ambos términos carece en la actualidad de relevancia, siendo más bien un tema de importancia en la doctrina nacional de principios del siglo XX.

Las doctrinas que distinguían entre estos términos, señalaban que empleado público era quien se avocaba a las tareas normales de la administración y funcionario quien desarrollaba sus actividades teniendo como finalidad el interés jurídico y social de la colectividad.

Otros autores alineados con esta doctrina, basaban la diferencia en un criterio de jerarquía. Así, quienes ocupaban una función jerárquica más elevada que implicaba toma de

decisiones eran considerados funcionarios. Mientras que quienes ejercían sus actividades en un rango jerárquico menor eran considerados empleados.

Esta última postura adoptaba un criterio que no es fiable, ya que un empleado puede estar en categorías jerárquicas menores y no realizar actividades puramente materiales, debiendo tomar decisiones en su actividad.

La Procuraduría del Tesoro Nacional estableció parámetros que permiten identificar al empleado público, a saber: a) pertenecer a las filias del Estado, b) irrelevancia de la naturaleza de la relación que vincula al Estado y el agente, c) prestar sus servicios para o en nombre del estado (Ivanega, 2.013).

Teniendo en cuenta los parámetros propuestos por la Procuraduría, se aprecia que carece de interés la distinción de funcionario y empleado ya que no interesa si el agente se desempeña en forma permanente o transitoria, si es remunerado o no, ni tampoco interesa el procedimiento de designación del mismo, ni si su actuar participo o no en la conformación de la voluntad estatal.

Un antecedente que se debe tener en cuenta es el caso “Anaut”⁹ en el que la Corte Suprema de Justicia entendiera en el año 2.012. En el mismo, un empleado administrativo que se había desempeñado en la Comisión y Agregación Naval de la Embajada Argentina, reclamaba indemnización al Estado Nacional. La Corte entendió que el mismo no era un empleado público, ya que la relación que lo vinculaba con la Agregación Naval establecía expresamente que el personal nombrado conforme el Decreto N° 1.340/1.996 eran personal de la Agregación o Comisión Naval y no eran considerados empleado públicos del estado argentino.

⁹ CSJN “Anaut, Roberto Javier c/Estado Nacional Armada Argentina s/despido”, Fallos 335:378 (2.012).

Por todo lo anteriormente expuesto se podría definir al empleado público como, aquella persona que encontrándose vinculada con el Estado por una relación de dependencia, presta servicios intelectuales y/o materiales, para o en nombre del Estado y siempre que el ordenamiento jurídico no lo excluya de dicha categoría.

1.4. Función pública y administración.

Los conceptos de función pública y de funcionario público se encuentran íntimamente vinculados. Y esto es así porque el Estado se sirve de personas físicas capaces para que actúen en nombre de la administración. Es decir, que el accionar del Estado se ve plasmado en el accionar de sus funcionarios (Ivanega, 2.009).

El código de ética de la función pública define a la función pública, en su artículo 1º, como “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.”. Es decir que todo actuar de un empleado público en cumplimiento de sus funciones es función pública.

Tradicionalmente se han distinguido dos sistemas de función pública, uno abierto y el otro cerrado o de carrera. Estos sistemas difieren en la forma de ingreso a la administración.

En los sistemas cerrados el ingreso a la administración se realiza por medio de una selección de personal, fijando reglas generales y uniformes que serán aplicables a todos los postulantes. Las condiciones o exigencias están establecidas con anterioridad a la selección. Se prioriza el interés general, en el que se busca dotar al empleado de estabilidad como una forma de garantizar su independencia y eficacia, aún cuando existan cambios políticos en los gobiernos de turno.

Este modelo fue muy utilizado en Europa donde las monarquías, aún cuando los cargos no se concedían de forma perpetua, permitían que se ejercieran de forma vitalicia y hasta hereditaria.

A fines del siglo XVIII, con la aparición de los regímenes constitucionales el empleado público deja de ser un funcionario que se encontraba al servicio personal de la corona para pasar a ser un funcionario del Estado.

Esta evolución en el entendimiento de la función pública y con la proclamación del principio de igualdad ante la ley, tiene como corolario que cualquier ciudadano puede ingresar a la administración pública. La reacción a este sistema cerrado, que permitía la existencia de funcionarios inamovibles, fue la aparición de sistemas abiertos.

En el sistema abierto prima la eficacia del empleado por encima del interés general, de modo que la estabilidad no está garantizada en una forma más amplia de lo que se da en el ámbito privado, en el que el empleador puede prescindir del empleado por no considerarlo rentable o productivo.

Para este sistema el trabajo está definido según la tarea, es decir que la administración contrata conforme la necesidad que se tiene en el momento.

En definitiva en el sistema abierto la selección de los futuros agentes se realiza dentro de un conjunto de potenciales empleados existentes en el mercado, incluido el interno de la propia administración. Mientras que en el cerrado solamente se recurre al mercado externo en el nivel inicial o de ingreso en la estructura administrativa, y en los niveles superiores se accede mediante lo que se denomina carrera administrativa.

La realidad marca que no existen como tales estos modelos extremos, dándose un equilibrio entre los mismos.

En nuestro sistema jurídico el ingreso al empleo público tiene como base la idoneidad. Es la Constitución Nacional quien establece, en su artículo 16, que todos los

habitantes serán admisibles en los empleos sin otra condición que la idoneidad. Esto implica que existe igualdad de acceso al empleo público el cual debe concretarse a través de procedimientos que garanticen la transparencia de la selección.

El concurso como sistema de selección para ingresar a la administración es considerado como uno de los más eficientes y que brinda mayor transparencia. De esta forma el postulante conoce el perfil del funcionario que busca la administración y puede, o tiene la posibilidad, de demostrar su idoneidad para ocupar dicho cargo. El sistema de concurso puede utilizarse para el ingreso en cualquier nivel de jerarquía de la administración.

Además, en la administración existe una carrera administrativa la cual permite a los agentes escalar en la jerarquía. El fundamento, de dicha carrera, radica en la experiencia que el interesado tiene al venir ejerciendo funciones en la administración.

La forma de ingreso se verá plasmada por el nombramiento de una autoridad competente, independientemente del sistema de selección de personal que se realizara, incluso si se tratara de una contratación directa.

1.5. Administración y estado de derecho.

El estado de derecho es una forma que asume el Estado, como reacción a las formas absolutistas de ejercicio del poder. Es por ello que el surgimiento del mismo, se fue dando en distinta épocas en los diversos estados.

Hablar de estado de derecho significa básicamente consagrar la primacía de la ley, incluso sobre el Estado mismo, es decir que el Estado somete su propio accionar a la ley.

En su evolución la idea de estado de derecho comienza en una primera etapa que suele denominarse como estado liberal de derecho.

En esta etapa existe una gran influencia del positivismo jurídico por lo que el Estado pasa a estar limitado por el derecho positivo. La libertad es el centro de este pensamiento, de modo tal que toda actividad que limite la misma debe ser suprimida.

El Estado lleva adelante una política abstencionista, solo actúa en protección a la libertad, y esta política se trasladó también al plano económico, generando grandes desigualdades sociales.

La respuesta al Estado abstencionista fue el surgimiento del Estado social de derecho, en el que se busca un equilibrio entre el derecho a la libertad y el desarrollo económico y social.

Así el Estado deja su actitud abstencionista y comienza a intervenir en las diversas actividades, incluidas las económicas, aún cuando pudiera significar limitaciones a los derechos individuales fundamentales, justificando su actuar en el logro del bien común.

En este modelo de Estado la administración pública se convierte en el instrumento fundamental para la realización de los objetivos propuestos por el Estado.

La consecuencia negativa de esta etapa fue el sobredimensionamiento de la administración, con el aumento de personal y presupuesto, lo que no necesariamente significó un mejor funcionamiento.

Como consecuencias de esta falencia se da el surgimiento del Estado social y democrático de derecho, cuyo inicio se reconoce en la Constitución Española de 1.978. En este modelo la intervención del Estado no va a justificar el agrandamiento de su estructura administrativa. Se busca cumplir con las metas y obligaciones que eran desatendidas, pero siempre actuando con pautas cualitativas y selectivas (Ivanega, 2.009).

Se puede identificar cuatro principios fundamentales del Estado de derecho: supremacía de la ley, división de poderes, control judicial de la administración y reconocimiento de derechos y garantías.

Hablar de supremacía de la ley no es ni más ni menos que la aplicación del principio de legalidad, entendido en el derecho público como la exigencia de una ley previa que autorice y dé fundamento a los actos de la administración.

En términos simples el accionar de la administración tiene que encontrar su fundamento en la ley previa. Ello también implica no solo que la administración puede y debe hacer lo que la ley manda sino además puede hacer todo aquello que esta no prohíba, actuando siempre con discrecionalidad. La administración reconoce y actúa conforme un sistema de normas, cuyo pilar fundamenta esta dado por la Constitución Nacional que consagra derechos y garantías que imperativamente deben ser respetados.

La división de poderes busca evitar la concentración de poder, limitándolo y equilibrándolo a partir del reparto del mismo. El poder es uno solo pero dividido.

El control de la administración, es una cuestión de gran importancia, ya que significa que los actos de la administración son judiciales. La actividad administrativa es objeto de revisión tanto en sede administrativa, como por el poder judicial. La separación de poderes hace que sea prohibitivo por parte del poder ejecutivo asumir la función de administrar justicia.

El control jurisdiccional permite el acceso a la justicia a las personas que vean vulnerados o atacados sus derechos por actos de la administración.

El reconocimiento de derechos y libertades, se traduce en la exigencia del respeto por parte de la administración de los derechos y garantías que el sistema positivo reconoce a todos los integrantes de la comunidad.

Conclusiones parciales.

En síntesis, la relación de empleo público es una relación de tipo contractual que se rige por normas de derecho público. Esta relación se entabla entre un persona que presta servicios a favor del Estado y este remunera al mismo por dicha prestación.

En la actualidad carece de utilidad la distinción de los términos funcionario y empleado público ya que para el ordenamiento jurídico esta distinción, no es trascendente por darle un tratamiento igualitario a ambos términos.

La existencia de un estado de derecho implica para la administración, la sujeción al ordenamiento jurídico, y aún reconociendo la existencia de un régimen de exorbitancia el mismo no puede vulnerar derechos y garantías de los particulares.

CAPITULO 2

ESTABILIDAD DEL EMPLEADO PÚBLICO

Introducción.

Una de las características del empleo público es la estabilidad del mismo, y que se encuentra consagrada como una garantía en nuestra Constitución Nacional.

Estable es todo aquello que permanece, que no cambia, si se traslada esta noción al ámbito de una relación de empleo se entenderá que se hace referencia a que el empleado permanece en dicha relación sin peligro de perder su condición.

Ahora bien pensar esta garantía constitucional como una imposibilidad por parte de la administración de poder prescindir o excluir de modo alguno a los empleados que no respeten el marco normativo que regula su relación, llevaría al absurdo de admitir la existencia de un derecho absoluto o ilimitado a favor del empleado. Por lo que el agente podría comportarse indebidamente, no cumplir con sus funciones, realizar acciones perjudiciales para la administración, sin poner en riesgo su empleo.

En el presente capítulo se analizará el origen y alcance de esta garantía, cuales son las condiciones para que exista la misma y en qué casos el empleado puede perder su estabilidad.

2.1. Constitución Nacional y derechos sociales.

El denominado constitucionalismo social surgió como un proceso que se inició en el siglo xx, como una reacción a los excesos provocados por las políticas liberales que propugnaban un política de no intervención del Estado en las relaciones laborales. Esta

actitud, por parte del Estado, provocó que los empleadores o patronal cometieran atropellos en contra de los trabajadores no reconociendo derechos que protejan su actividad.

El proceso del constitucionalismo social busca la incorporación de los denominados derechos sociales a los textos constitucionales. Se procura el respeto por los derechos del trabajador como inherentes a la vida humana (Mirolo, 2.003). Se comienza a comprender que el trabajo tiene una función social y que como tal debe ser protegido.

Hasta la incorporación de estos principios en los textos constitucionales, se daba el fenómeno de reconocimiento de estos derechos sociales solamente por parte del legislador mediante el dictado de normas aisladas, pero que en definitiva no tenían rango constitucional. Como consecuencia de ello los derechos sociales se encontraban en un pié de inferioridad respecto de los derechos de la libertad clásico, que si gozaban de protección constitucional.

Históricamente se señala como las primeras manifestaciones del constitucionalismo social, la Constitución de México de 1.917 y fundamentalmente la Constitución de Weimar de 1.919.

En nuestro país la Constitución de 1.853 se encuentra profundamente influenciada por las ideas liberales, por lo que proclama el abstencionismo del Estado en la vida económica, siendo el lucro el móvil de la economía. Así, se consagran las más amplias libertades de trabajo con prescindencia de la intervención del Estado.

La Constitución de 1.853 contiene pocas clausulas referidas al trabajo y las mismas impregnadas por la filosofía liberal de la época. El artículo 14 reconoce el derecho de trabajar a todos los habitantes, el artículo 15 consagra la abolición de la esclavitud, el artículo 16 consagra la igualdad y la admisión en los empleos sin otra condición que la idoneidad, y el artículo 17 proclama que ningún servicio personal es exigible sino por una ley o en virtud de una sentencia fundada en la ley.

En 1.949 se produce la reforma de la Constitución, incluyéndose en el preámbulo la proclamación de constituir un Nación socialmente justa. Además, se incorporan otros derechos a favor de la familia, la educación, ancianidad y cultura. El artículo 38 proclamaba la función social de la propiedad privada.

En 1.956 el gobierno provisional derogó la Constitución de 1.949 y se reimplanta la del año 1.853. El 12 de abril de 1.957 se convoca a Convención Constituyente la que incorporará al texto constitucional el artículo 14 bis, siendo el mismo una manifestación del constitucionalismo social.

En el artículo 14 bis se protege al trabajo que presta cualquier habitante ya sea nacional o extranjero, estableciéndose derechos individuales de los trabajadores, derechos gremiales y derechos a la seguridad social.

Es justamente el artículo 14 bis, el que proclama la garantía de la estabilidad del empleo público.

2.2. Operatividad de los derechos constitucionales.

Como se señala en el punto anterior, a partir de 1.957 se incorpora la cuestión social en nuestra Constitución Nacional, fundamentalmente con la redacción del artículo 14 bis.

Surge como razonable preguntarse si con la consagración del texto constitucional es suficiente para que esta garantía sea aplicable o exigible, o si contrariamente se hace necesario la tarea posterior del legislador que reglamente los mismos. Este interrogante es lo que doctrinariamente se plantea en la distinción entre normas operativas y normas programáticas.

Se entiende que son normas operativas aquellas aplicables directamente por quienes ejercen la jurisdicción, sin necesidad de una previa reglamentación. En cambio, se consideran

programáticas aquellas normas constitucionales que requieren una actividad reglamentaria posterior a la consagración constitucional, y previa a su aplicación.

Se puede apreciar que esta distinción no resulta menor ya que afecta directamente el modo de entender el proceso por el cual se hace realidad la normativa constitucional.

Se trata de un problema de interpretación, pero la doctrina ampliamente mayoritaria entiende que las normas que consagran derechos fundamentales tienen carácter operativo.

Pero se debe tener presente que no existen derechos absolutos y que todos los derechos pueden ser reglamentados (Sagües, 2.007). Esta afirmación implica que aún los derechos considerados como fundamentales tales como: la vida, la intimidad, entre otros, pueden ser reglamentados por la actividad legislativa.

La reglamentación de los derechos consagrados constitucionalmente encuentran límites, siendo fundamental la no desnaturalización de los mismos.

Esta actividad reglamentaria solamente puede estar en manos del poder legislativo ya que se trata de derechos consagrados en la constitución y cualquier otro órgano que pretenda reglamentarlos, carecerá de legalidad para llevar adelante esta tarea. Justamente esto demuestra lo delicado de la cuestión, ya que la garantía de estabilidad es a favor del agente, y exigible su observación por parte del Estado. Y es un poder del Estado quien va a reglamentarla, lo que sería tanto como que el empleador reglamente una garantía a favor de su empleado.

En el ejercicio de la facultad de reglamentar derechos constitucionales no se debe perder de vista la finalidad de que estos derechos sean efectivos y no se termine convirtiéndoles en mera expresión de deseos, más que en una garantía.

2.3. Precisando el concepto de estabilidad.

En este punto, del presente trabajo, se hace patente la necesidad de precisar el concepto jurídico de estabilidad, ya que a partir de ello se puede tener una visión real de la finalidad y alcance de la garantía constitucional.

Estable es todo aquello que no cambia, por lo que se podría hacer una primera aproximación al concepto, entendiendo que la estabilidad del empleado público es la garantía a que su situación laboral de empleado público se mantenga sin sufrir cambios.

Se entiende por estabilidad “el derecho que todo trabajador por cuenta ajena tiene a conservar su empleo, con la correlativa obligación patronal de mantenerlo en el, salvo que aquél hubiere incurrido en causa justificada de despido legal”(Ossorio, 1.996, p.399). Esta definición hace referencia al derecho del trabajador y la obligación de la patronal de respetar el derecho a la permanencia en su cargo o función, salvo que el empleado incurriera en alguna causal legalmente determinada, en forma previa, que autorice al despido del mismo.

El hablar de estabilidad del empleado público implica la garantía de conservar el empleo por parte del agente y la protección contra la arbitrariedad de la administración.

Esta garantía no puede constituirse en un obstáculo para el cumplimiento de las funciones de la administración, ya que las mismas tienen incidencia social. En este sentido la administración puede tener la necesidad de reestructurar su organización para optimizar su funcionamiento, y una interpretación extrema de esta garantía podría impedir esta reestructuración. No obstante, es una cuestión delicada ya que bajo el lema de la necesidad de reestructuración puede darse el fenómeno de los despidos por razones de servicios, violando la garantía constitucional de la estabilidad.

2.3.1. Estabilidad absoluta y relativa.

En la búsqueda de precisar el concepto de estabilidad, encontramos que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia se distinguen dos clases de estabilidad, la absoluta o propia y la relativa o impropia.

La estabilidad absoluta o propia es aquella por la cual no puede suprimirse la relación de empleo sino media justa causa legalmente determinada, ni tampoco puede reemplazarse el empleo por una indemnización. Y ante el despido incausado que produce el cese de la relación el agente tienen el derecho a ser restituido en su empleo una vez que se determine la ilegitimidad del acto que motivó dicha cesación.

Estabilidad relativa o impropia, es aquella en la que no se garantiza al empleado la perdurabilidad de la relación de empleo, pudiéndose sustituir la misma con una indemnización.

Se debe tener presente, conforme lo anteriormente señalado, que el carácter absoluto de la estabilidad no tiene relación alguna con el carácter absoluto del derecho, ya que como se señalara anteriormente todo derecho, aún los fundamentales, pueden ser reglamentados no existiendo derechos absolutos.

La garantía constitucional hace referencia a la estabilidad absoluta o propia, ya que esta tiene una mayor correspondencia con los fines constitucionales de la reforma de 1957. Por lo que la administración no puede despedir al empleado sin que exista una justa causa prevista legalmente con antelación al hecho o acto que motiva la misma. De esta manera se excluye la cesantía sin causa justificada y sin un debido proceso previo, y en el caso que se viole esta garantía tiene como consecuencia la nulidad de la medida y la consiguiente reincorporación del empleado público, esto guarda estrecha relación con el principio de juridicidad y transparencia de los actos de la administración pública.

Una cuestión importante es que en el caso que se reincorpora el agente, no se produce la creación de una nueva relación jurídica sino que se produce el restablecimiento de la

relación original. Este tiene implicancia ya que deberá pagársele al agente las remuneraciones correspondientes al tiempo en que se lo separó del cargo y además se le debe reconocer otros derechos de los que fue privado como por ejemplo la antigüedad, nivel escalafonario, posibilidades de ascensos, etc.

Otra cuestión a tener en cuenta es que, la estabilidad propia, no se trata de un derecho a permanecer en la función, sino en el cargo presupuestario de este modo la administración puede modificar la función siempre que se respete la retribución, y que dicha modificación no implique una vejación o cesantía encubierta lo que debe ser probado por el agente, tal el criterio sostenido por la Corte Suprema de Justicia¹⁰.

2.3.2. Adquisición de la estabilidad.

Para que los empleados públicos adquieran o puedan estar al amparo de la garantía constitucional de la estabilidad, el mismo debe revestir el carácter de tal.

La doctrina mayoritariamente entiende que para que se de esta situación existen condiciones que se pueden resumir en:

- 1) Existencia de una vacante en la administración.
- 2) El ingreso por concurso, que sería la situación ideal, o por otro sistema.
- 3) Periodo de prueba.
- 4) El acto de nombramiento por autoridad competente.

En cuanto a la vacante, la misma va a estar determinada por la carencia de la cobertura de un puesto laboral dentro de la organización y que la administración considere necesaria cubrir.

¹⁰ CSJN “Chaulet Víctor José c/Nación”, fallos 295:759, (1976).

Respecto a la condición del ingreso por concurso se debe tener en claro que cada régimen determina el sistema de selección de los aspirantes a ingresar a la administración, pero la realidad ha demostrado que amparándose en cuestiones presupuestarias y de celeridad es la propia administración la que evita el llamado a concurso.

En cuanto al período de prueba el inciso a del artículo 17 de la ley 25.164 establece que para adquirir la estabilidad se debe acreditar “condiciones de idoneidad a través de las evaluaciones periódicas de desempeño, capacitación y del cumplimiento de las metas objetivos establecidos para la gestión durante transcurso de un período de prueba de doce (12) meses de prestación de servicios efectivos”. La jurisprudencia es uniforme en este punto y rechaza la estabilidad para los supuestos en que no se cumplió el período de prueba.

Un tema a tener en cuenta, es sobre el despido del agente durante el periodo de prueba, a lo que el convenio colectivo para la administración pública aprobado por decreto 214/06 establece que la cancelación de la designación del agente durante el periodo de prueba debe expresar la causa que justifique dicha medida. Es decir que la administración aún cuando el agente no haya concluido el tiempo del período a prueba no puede arbitrariamente dar por concluida la relación.

El requisito del acto de designación es fundamental, ya que una vez que se notifica este acto, surgen los derechos y deberes para las partes y por lo tanto la garantía de estabilidad a favor del empleado es exigible.

Estas condiciones anteriormente señaladas dependen exclusivamente de la administración.

La única condición que depende del empleado, es la idoneidad que está consagrada constitucionalmente en el artículo 16 de nuestra Constitución Nacional, como único requisito para acceder al empleo.

Se entiende por idoneidad a la capacidad que debe poseer un apersona para el desempeño de un cargo o función (Ossorio, 1.996). Y la forma en que se acredita la misma está íntimamente vinculada con el proceso o sistema de selección, siendo el ideal, el concurso, por la transparencia en la selección lo que constituye una garantía no solo para el aspirante sino para lo sociedad toda, ya que se asegura el ingreso de los más capacitados lo que redundará en un mejor servicio de la administración.

2.3.3. Estabilidad y reestructuración.

La administración debe buscar la eficiencia en su funcionamiento, ya que la misma tiene incidencia a nivel colectivo. En esta búsqueda puede plantearse la necesidad de reestructurarse a fin de adaptarse a los cambios y requerimientos que la realidad demande.

En algunos casos la reestructuración puede implicar la supresión de un cargo justificado en la desaparición de las funciones propias del mismo (Ivanega, 2.009).

Ante los casos de desaparición de un cargo, cesa la estabilidad. Es por ello que todo proceso de reestructuración que emprenda la administración debe ser transparente y llevado adelante de modo razonable.

Desaparecido el cargo el agente conforme al artículo 11 de la ley 25.164, debe ser reubicado. Si la reubicación no fuera posible, el agente se encontrará en disponibilidad por un plazo mínimo de seis (6) meses y un máximo de doce (12) meses. Concluido dicho plazo sin que sea reubicado, ya sea porque el agente no acepta el destino propuesto o por no existir la posibilidad de la reubicación, se produce el cese del agente y el pago de la consiguiente indemnización sustitutiva, equivalente a un mes de sueldo por año de antigüedad.

Es decir que el principio es la reubicación del agente y, ante la imposibilidad opera la indemnización sustitutiva.

En el caso de que la supresión del cargo no responda a una necesidad, y dicho cambio solo sea un mero cambio formal, el acto que lo determina será nulo por no estar debidamente motivado y resultaría contrario a la garantía aquí analizada.

2.4. Jurisprudencia. Caso “Madorrán”.

El denominado caso Madorrán¹¹ tiene gran importancia en la temática abordada en el presente trabajo, ya que en el mismo se discutió acerca de la estabilidad del empleado público. El caso se inicia ante el despido de la actora por parte de la Administración de Aduanas, fundado en el incumplimiento de sus deberes, en noviembre de 1.996. Haciendo aplicación del laudo 16/92 del Director Nacional de Relaciones de Trabajo, quien actuando como árbitro en un procedimiento de arbitraje voluntario previsto en la ley 14.786, entendía que conforme al artículo 7 del convenio colectivo de trabajo 56/92 del personal de la administración nacional de aduana, al personal de dicha administración incluidos en las convenciones colectivas de trabajo, no les era aplicable el régimen de estabilidad del derecho administrativo, sino el del trabajador convencionado.

A raíz de esta decisión se recurre a la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, y es su sala VI quien analiza la cuestión y declara la nulidad del despido por considerar nulo por inconstitucional el artículo 7 del referido convenio.

Ante esta decisión la Administración Nacional de Aduanas interpone recurso extraordinario.

¹¹ CSJN, “Madorrán, Marta C. c/Administración Nacional de Aduanas”, Fallos: 330:1989 (2.007).

Planteada la cuestión es nuestro máximo tribunal quien la trata y confirma la sentencia recurrida y declara la invalidez de la disposición por violar la garantía de estabilidad del empleado público consagrada en la Constitución Nacional.

La Corte al analizar la compatibilidad o no de las disposiciones del convenio colectivo de trabajo con la garantía de estabilidad, señaló que el objeto de esa garantía es “proteger a los servidores del Estado del abrigo de la discrecionalidad de la autoridad de turno y de los vaivenes de la vida política”¹².

Tomando como sustento los antecedentes de la Convención Constituyente de 1.957, la Corte entendió que la denominada estabilidad propia es el medio que tiene mayor correspondencia con las intenciones constitucionales, por lo que la sustitución de la reincorporación del agente, separado injustificadamente, por una indemnización no resulta compatible con la misma.

Otra cuestión en lo que la Corte se expidió, es sobre la aplicación de un convenio colectivo celebrado con posterioridad al ingreso del agente que sustituye un régimen de estabilidad vigente al tiempo del ingreso. En los votos de los doctores Highton y Maqueda se expresa que la inconstitucionalidad del convenio en cuestión no es aplicable a todos los empleados de esta administración, por lo que se deberá analizar en cada caso la naturaleza del vínculo, la forma de incorporación del agente y las normas aplicables.

Así también se destaca el voto de la doctora Argibay quien entiende como posible, si bien con carácter excepcional, que la reincorporación sea sustituida por una indemnización, pero siempre sujeta a la existencia de un interés público debidamente justificado y acreditado. En un sentido similar se expidió la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa

¹² CSJN, “Madorrán, Marta C. c/Administración Nacional de Aduanas”, Fallos: 330:1989 (2.007), consid. 5.

Baena¹³ el condenar al gobierno de Panamá a reintegrar a 270 empleados despedidos y en el caso de que no fuera posible brindarles alternativas de empleo que respeten las condiciones, salarios y remuneraciones que tenían al momento de ser despedidos, el Estado debe pagar las indemnizaciones que correspondan a la terminación de la relación de trabajo conforme al derecho laboral interno.

En definitiva la Corte entiende que la estabilidad es absoluta y que la reglamentación de la misma no puede modificar esa naturaleza y reconocer una indemnización sustitutiva.

Conclusiones parciales.

Como se tratara en el capitulo presente la estabilidad del empleado público es una garantía constitucional y como tal debe ser respetada por el empleador. No se puede negar la facultad de reglamentar la misma, por parte del poder legislativo, pero esta reglamentación no puede dejar de tener en vista la protección que nuestra ley suprema pretende otorgar al empleado público diferenciándolo del privado.

Esta garantía es exigible por parte del agente desde el momento en que se dicta y se notifica el acto administrativo de designación, independientemente del proceso de selección que se realizara para determinar su ingreso en la administración.

Esta estabilidad es la denominada estabilidad propia, por lo cual en la reglamentación de la misma no puede permitirse la sustitución, de la reincorporación del agente que resultare indebidamente separado de la administración, por una indemnización.

¹³ Corte I.D.H. Sentencia, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, del 2 de febrero de 2001.

En definitiva hablar de estabilidad propia significa excluir la posibilidad que la administración despidiera a un agente sin una causa justificada y sin la realización de un procedimiento previo en el que se garantice el debido proceso, al agente.

La administración podrá poner fin a la relación de empleo, sin violar la garantía de la estabilidad, en dos casos: cuando existe una causa justificada prevista previamente en la norma, y en los casos de reestructuración en que resulte imposible la reubicación del empleado, debiendo en este último supuesto indemnizarse al agente.

La principal consecuencia de la estabilidad absoluta o propia en el caso de despido injustificado es la nulidad de lo actuado con la consiguiente reincorporación del agente, y en el caso de reestructuración de la administración la prioridad debe ser la reubicación del agente teniendo carácter supletorio la indemnización. Tanto nuestra Corte de Justicia como la Corte Interamericana de Derechos Humanos entienden a la estabilidad del empleado público con esta extensión.-

CAPITULO 3

RÉGIMEN DISCIPLINARIO.

Introducción.

La administración pública se encuentra investida de facultades que le permiten ordenar su actuación, en procura de la optimización de su funcionamiento.

Dentro de estas facultades se encuentran las disciplinarias, como una especie de manifestación del poder sancionador de la administración. Al hacer referencia a la existencia de un poder sancionador es ineludible la referencia a si existen vinculaciones con el derecho penal y cuáles son estas.

Existe comúnmente la noción de que la administración actúa discrecionalmente, asociando esto a la idea de un actuar sin limitación alguna. Se observará en el presente capítulo cuales son los límites que la actividad discrecional de la administración encuentra en materia disciplinaria. Como así también, cuales son las sanciones que el régimen faculta a la administración aplicar a los agentes.

3.1. Potestad disciplinaria.

Miriam Ivanega dice que las potestades son “los medios jurídicos con que la administración procura sus fines”(Ivanega,2.013, p.89), y el ejercicio de esas potestades por parte de la administración presupone necesariamente un poder que la ley en forma previa le otorga y que al mismo tiempo delimita.

Es importante distinguir que mientras en los derechos subjetivos se está frente a una pretensión concreta y el consiguiente deber de un sujeto pasivo. En las potestades no es así,

ya que el ámbito de las mismas es definido en grandes líneas. No se trata de una pretensión concreta, ni tampoco nadie se va a posicionar en una situación de deber u obligación, sino que se trata de una “abstracta situación que vincula a soportar efectos jurídicos que surgen del ejercicio de la potestad” (Ivanega, 2.013, p.90).

Mayoritariamente las potestades administrativas, a excepción de aquellas que son organizadoras, pertenecen a la denominada potestad-función, entendidas estas últimas como aquellas que “deben ser ejercitadas en interés ajeno al propio y egoísta del titular” (Pulles, 2.016, p.410), y que tienen en vista el interés de la comunidad. Y es justamente, en atención a que se procura la satisfacción del interés público, por lo que el ordenamiento jurídico otorga estas potestades a la administración.

Ivanega (2.013) destaca la siguiente clasificación doctrinaria:

a) Potestades innovativas y conservatorias: las primeras son las que tienen la posibilidad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas concretas, derechos, deberes, obligaciones, como son las potestades reglamentarias y las de policía. Y son conservatorias las que provocan la conservación y tutela de situaciones jurídicas preexistentes, sin provocar modificaciones o su extinción, como por ejemplo la potestad certificante.

b) Potestad de supremacía general y supremacía especial: se entiende a la existencia o no de un título concreto que justifique la potestad. Así se habla de supremacía general en el caso en que se encuentran sujetos los ciudadanos en cuanto administrados. Y supremacía especial, respecto de quienes se encuentran en una situación de subordinación originada en la existencia de un título concreto, como por ejemplo en el caso de un contrato celebrado con la administración.

c) Potestad reglada y potestad discrecional: será reglada toda vez que la misma esta predeterminada, por lo que la libertad del órgano administrativo es menor. Mientras que las

discrecionales hacen referencia a una mayor libertad para que la administración actúe en procura del bien común.

d) Potestad poder y potestad funcional: la primera es creativa y se ubica en un posición superior en el ordenamiento jurídico, reconociendo por sobre ellas únicamente la superioridad constitucional. En tanto que la funcional se deriva de la anterior, encontrando la justificación en los fines perseguidos por la administración. La potestad disciplinaria se encuentra comprendido dentro de la potestad función, por ser el ordenamiento jurídico quien concede este poder a la administración.

Se puede afirmar que la potestad disciplinaria es un autentico poder jurídico derivado del ordenamiento jurídico, de carácter represivo frente a las perturbaciones que se producen en el actuar de la administración.

Como expresara García Pulles (2.016) las facultades disciplinarias que posee la administración, son en definitiva una expresión de sus potestades que se originan en la ley y que se encuentran reguladas por las mismas y por los principios que regulan el ejercicio de estos poderes-deberes.

Esta potestad se manifiesta por medio de tres expresiones:

- a) La competencia para el dictado de normas que definan el tipo infracción y la consiguiente sanción.
- b) La facultad de decidir si impone una sanción.
- c) La facultad de aplicar dicha sanción.

3.2. La discrecionalidad de la administración pública.

Hablar de discrecionalidad no significa hacer referencia a la existencia de una libertad ilimitada. Por ello la administración, en su actuar, aún tratándose de ejercicio de sus facultades discrecionales, debe adecuarse a principios de racionalidad, eficacia y justicia.

Esa discrecionalidad será más fuerte o más débil teniendo en cuenta la posibilidad de que la elección en el actuar, esté más o menos limitada por el ordenamiento jurídico.

El actuar discrecional del Estado, también se manifiesta en el ejercicio de su facultad disciplinaria. Así actúa discrecionalmente cuando determina el contenido de las conductas que considera como infracciones, y esto es así ya que se sanciona la conducta que transgrede la norma dictada con anterioridad a que ocurra la misma.

Es este sentido la Corte Suprema de Justicia en el caso “Spinosa Melo”¹⁴ expresó, que no es admisible que los funcionarios estén expuestos a ser separados de sus cargos por incurrir en ciertas conductas innominadas, cuya calificación depende de un juicio a posteriori por el órgano sancionador.

La facultad disciplinaria de la administración le concede, la autoridad para aplicar sanciones. Existen algunas posiciones doctrinarias que entienden que en este plano también se manifiesta la discrecionalidad, ya que la administración podría decidir si sanciona o no al administrado. Estos justifican su postura, en que el ordenamiento solo enumera las sanciones y cuáles son los casos en que las mismas serán aplicables, pero no indican que la administración este obligada a la aplicación de las mismas.

En una postura contraria a la anteriormente descrita, se señala que una de las características principales del poder disciplinario es su carácter irrenunciable, ya que la administración no actúa en interés propio sino en el interés del bien colectivo. Además permitir a la administración el sancionar o no una conducta que previamente fue calificada

¹⁴ CSJN “Spinosa Melo, Oscar Federico c/ E.N. M de Relaciones Exter. Comer. Internacional y Culto s/ empleo público”, Fallos 329:3617 (2.006).

por el ordenamiento jurídico como una infracción administrativa, sería tanto como admitir la posibilidad de que la administración autorice la violación de la ley, lo que resulta totalmente inadmisibles en un estado de derecho.

Producida la conducta calificada como infracción la administración tiene la facultad de elegir la sanción aplicable, lo que daría a entenderse como una manifestación de su discrecionalidad. Pero esta facultad de elección, está limitada a la posibilidad de que la normativa le conceda, ya que las sanciones disciplinarias enumeradas en las leyes revisten carácter taxativo. Es decir solo se aplica las sanciones previstas legalmente para la conducta infractora. Por ello la discrecionalidad de la administración es muy limitada a los casos en que el régimen lo prevea, como sería el caso de sanciones alternativas.

Si, es más clara la actuación discrecional al momento de determinar la extensión de la sanción, como sería precisar la cantidad de días de suspensión con que se sanciona a un agente. Pero aún así, este actuar necesariamente debe ser razonable y responder a criterios de proporcionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en la causa Baena¹⁵ manifiesta que la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, inclusive en materia laboral y administrativa, siendo uno de estos límites el respeto de los derechos humanos, no pudiendo la administración reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Y es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir este deber.

3.3. Derecho disciplinario y derecho penal.

¹⁵ Corte I.D.H. Sentencia, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, del 2 de febrero de 2001.

Como ya se viene plasmando en el presente trabajo, a través de la potestad disciplinaria la administración ejerce su facultad sancionadora que aproxima el derecho disciplinario al derecho penal, en atención a la faz represiva de ambos.

Doctrinariamente la teoría penalista entiende que el derecho disciplinario es un parte del derecho penal, y en este sentido las faltas disciplinarias no serían otra cosa que una categoría de delitos cometidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones. Y los actos disciplinarios son entendidos como sentencias que dictan los órganos administrativos (Ivanega, 2.013).

De este modo ambas disciplinas se diferencian por la importancia de las transgresiones y de la importancia de la pena, así en el derecho disciplinario sus sanciones son más leves que las del derecho penal.

Otra postura doctrinaria es la que defiende la autonomía del derecho disciplinario. Y se señala como características, que distinguen a ambas disciplinas, la diferencia cualitativa entre los ilícitos penales y los disciplinarios, fundados en que ambas disciplinas persiguen distintos fines ya que el derecho disciplinario procura establecer modelos de conductas, consagrando deberes que de ser transgredidos implican la comisión de una falta. Mientras que el derecho penal tiene en mira la protección de los bienes jurídicos, definiendo previamente la lesión o puesta en peligro de los bienes que el Estado pretende proteger.

Además las sanciones disciplinarias no excluyen de modo alguno la aplicación de una sanción penal, ni viceversa. Esto es así porque ambos regímenes poseen finalidades distintas. Así el disciplinario persigue asegurar el buen servicio de la administración y el derecho penal procura la represión penal.

Dentro de la postura administrativista se sostiene que no deben trasladarse las garantías y principios del derecho penal, a las relaciones de empleo público, ya que se tratan

de protecciones constitucionales de distintas especies. Por ello proclaman que no pesa sobre la administración la obligación de respetar las garantías penales, sino la garantía de la estabilidad del empleado público.

En definitiva lo trascendente para el objeto de estudio de este trabajo, radica en reconocer que estas disciplinas y sus consecuentes procesos, responden a una garantía común que es la del debido proceso. Por lo cual ante la aplicación de una sanción, sea de cualquier tipo, se debe garantizar al acusado de cometer la falta y/o delito la posibilidad de ejercer su derecho de defensa. De no ocurrir esto, dicha sanción es nula por violar una garantía fundamental para los ciudadanos.

3.4. *Non bis in idem* y el procedimiento disciplinario.

El principio del *non bis in idem* o *ne bis in idem* como prefiere denominar Julio Maier (1.996) es aquel por el cual, a una misma persona no se le puede imponer dos o más sanciones por un mismo hecho, siempre que se de la triple identidad de: sujeto, hecho y fundamento o razón jurídica.

Este principio que en realidad es una garantía, no estuvo previsto en forma expresa originariamente en nuestra Constitución, pero con arreglo al artículo 33 era reconocido como una de las garantías no enumeradas, por ser compatible con los principios del estado de derecho.

Recién es a partir de la reforma constitucional en el año 1.994 que a través del artículo 75 inciso 22 se incorpora este principio por medio de los tratados con jerarquía constitucional.

Así la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que: “el inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido nuevamente a un juicio por esos hechos”.

Como se señalara inicialmente, para que se configure esta garantía es necesaria la concurrencia de los tres requisitos mencionados. De estos tres requisitos los dos primeros no ofrecen mayor complejidad en su determinación, simplificándose su entendimiento en que la garantía opera a favor de una persona respecto de una misma situación fáctica.

En cuanto a la identidad de razón jurídica, resulta de gran interés ya que ante la comisión de un delito por parte de un empleado público se persigue la aplicación de la sanción penal pero también la remoción de su cargo. En este caso se trata de la aplicación de fuentes de persecución o sanción distintas. Así la Sala I de la Cámara Nacional Contenciosa Administrativa Federal en la causa “Sánchez Marta S. C/Consejo Federal de Inversiones”¹⁶ expresó:

Al aplicarse ambas especies de sanción en ámbitos y situaciones distintas, nada impide que un mismo hecho pueda constituir una falta disciplinaria, pese a que en sede judicial se haya dispuesto el sobreseimiento o la absolución.

Pero se debe tener presente que esta independencia de las sanciones penales y disciplinarias de ningún modo son absolutas, ya que ello podría llegar a implicar que en un ámbito se declare la inexistencia de un hecho y en otra sede se lo declare existente. Lo central de la cuestión radica en que una misma conducta puede ser analizada desde dos enfoques distintos. De este modo, una conducta puede no ser reprochable penalmente pero si desde la visión del régimen disciplinario.

¹⁶ CNACF “Sanchez Marta S. C/Consejo Federal de Inversiones” Sala I del 17/7/1.997.

Pero si la absolución en sede penal radicó en la demostración de que el agente no cometió el hecho que se le imputa, en sede administrativa no se puede sancionar, ya que está demostrada la inexistencia del hecho como autoría del agente.

En la práctica, sin perjuicio de la independencia de las sanciones, y siempre que la investigación que se está desarrollando en sede penal pueda llegar a tener influencia en la actuación administrativa, se suspende esta última hasta la resolución de la actuación penal. En este sentido el artículo 130 del Reglamento de Investigaciones Administrativas, establece que:

Si el trámite debiera suspenderse por estar pendiente la causa penal, el instructor informará de ello a su superior, quedando desafectado del mismo hasta su reapertura. No obstante, deberá requerir informes periódicos a efectos de conocer la situación procesal del sumariado.

3.5. Responsabilidad estatal y de los empleados públicos.

El hecho de reconocer personalidad jurídica al Estado, implica el reconocimiento de acciones de responsabilidad contractuales y extracontractuales con él y su consiguiente deber de rapar (Dromi, 2.001).

Se puede decir que tener responsabilidad significa responder por lo que se hace o se deja de hacer, asumiendo las consecuencias de dicha actitud.

En nuestro sistema jurídico no existen normas jurídicas específicas que establezcan las condiciones para que opere la responsabilidad estatal.

Nuestra Constitución carece de preceptos que de forma expresa reconozcan la responsabilidad del Estado. Pero la existencia y reconocimiento de esta responsabilidad encuentra su base en los principios del estado de derecho.

La responsabilidad del Estado es materia propia del derecho público, que se caracteriza por ser de regulación local y como tal tiene un tratamiento totalmente ajeno al derecho privado.

Como se señalara en capítulos precedentes no existe en nuestra legislación una distinción entre empleado y funcionario. Por la que el actuar de los agentes públicos, cualquiera fuera su naturaleza y jerarquía, tiene el carácter de órgano del Estado. En este sentido todos los agentes del Estado son órganos suyos, por lo que la responsabilidad será siempre directa del Estado por los hechos y los actos de los mismos.

Además los agentes pueden también ser responsables civilmente por los daños ocasionados en el ejercicio de sus funciones. En este punto Dromi (2.001) entiende que esta responsabilidad no se hace efectiva en la práctica, ya que generalmente el interesado demanda directa y exclusivamente al Estado, y de este modo obtiene el resarcimiento pretendido. Y la administración no suele reclamar a sus agentes por los daños provocados a terceros, que son los que motivan la indemnización que el Estado debe hacer frente.

Esta afirmación anterior de ningún modo es fundamento para proponer la supresión de la responsabilidad del funcionario, quedando como único responsable el Estado.

En el código de Vélez Sarfield en artículo 1.112 se establecía que “Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este título”, lo que suscitó grandes debates a nivel doctrinario sobre la aplicación del derecho privado en materia de responsabilidad de los funcionarios.

Con la sanción del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, se plasma lo hasta aquí desarrollado en cuanto a la pertenencia al ámbito del derecho público respecto de las cuestiones de responsabilidad, al establecer en su artículo 1.766 que:

Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas se rigen por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

El agente además puede ser responsable penalmente toda vez que sus actos encuadren dentro de los tipos penales.

También se puede hablar de responsabilidad patrimonial del agente, siempre que se dañe el patrimonio estatal, y de esta forma se buscará el resarcimiento de los daños provocados al Estado.

Además de estas responsabilidades, el agente tiene una responsabilidad disciplinaria respecto a la administración. Por lo que ante el incumplimiento o inobservancia de sus obligaciones el agente, es posible de ser sancionado administrativamente conforme a las sanciones que el régimen disciplinario establece.

Es fundamental tener en claro que el reconocimiento de estas diversas responsabilidades no implica violar el principio del *non bis in idem*, aún cuando se trate de un mismo hecho, ya que el mismo es analizado conforme los fines que se persiguen en cada una de ellas.

3.6. Sanciones disciplinarias.

Como se viene desarrollando en el presente capítulo, el Estado posee facultades disciplinarias y el agente puede incurrir en responsabilidad disciplinaria, toda vez que viole el régimen disciplinario legalmente previsto. La consecuencia de esto es la aplicación de sanciones por parte de la administración al agente, que se le atribuya dicha responsabilidad.

La Ley Marco de Regulación de Empleo Público en su artículo 30 establece las sanciones que son aplicables al agente. Estas sanciones son “a) Apercibimiento. b)

Suspensión de hasta treinta (30) días en un año, contados a partir de la primera suspensión. c) Cesantía. d) Exoneración”.

La doctrina ha clasificado estas sanciones en dos grupos, en sanciones correctivas y en sanciones segregativas o expulsivas.

En el grupo de las correctivas se encuentran el apercibimiento y la suspensión. Y en las segregativas o expulsivas están la cesantía y la exoneración.

García Pulles (2.016) entiende que si bien esta clasificación tiene en miras la permanencia o no de la relación, no debe despojarse de finalidad correctiva a las clasificadas como segregativas, ya que el objetivo de reeducar o capacitar al agente debe presidir el ejercicio de la potestad disciplinaria.

En materia de sanciones disciplinarias rige el principio de *numerus clausus* por lo que no existen más sanciones que las expresamente establecidas por la ley, en este sentido el artículo 30 anteriormente citado debe interpretarse con carácter estrictamente restrictivo, ya que no se trata de una enumeración ejemplificativa la que contiene el texto.

Conclusiones parciales.

La administración esta investida de facultades disciplinarias aplicables a sus empleados toda vez que sus conductas estén previstas como infracciones en el régimen legal. En el ejercicio de estas facultades la administración no puede observar un comportamiento totalmente discrecional, ya que la importancia que la materia tiene obliga a que la misma actúe con respeto a la ley. No puede, so pretexto de ejercer sus facultades discrecionales sancionar conductas que no estén legalmente previstas.

En definitiva la administración debe actuar responsablemente al ejercer estas funciones, respetando la garantía de la estabilidad del empleado público, ya que dentro del

catalogo de sanciones existen sanciones que ponen fin a la relación laboral. Y solo serán aplicables este tipo de sanciones en los casos legalmente establecidos.

Es de suma importancia la observancia de las reglas del debido proceso, de modo que si es necesaria la aplicación de sanciones, las mismas no resulten de una decisión arbitraria o caprichosa de la administración, y fundamentalmente haberle dado al agente la posibilidad de ejercer su defensa.

Se debe tener presente que en el estado de derecho que vivimos, el ordenamiento jurídico reconoce esta facultad disciplinaria a la administración por el hecho que su actuar tiene en miras el bien común. Y es justamente por ello que no puede, amparada en el uso de facultades discrecionales, desconocer a la fuente misma de sus facultades.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos expuso que es un derecho humano el obtener las garantías que le permitan al agente obtener una decisión justa y la administración encuentra en esto un límite a sus facultades discrecionales.

CAPÍTULO IV

PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO

Introducción.

En un sentido amplio se asocia la idea de proceso a una serie de actos, que se desarrollan en forma concatenada para lograr un fin determinado. Se destaca de esta noción el carácter teleológico de las mismas, es decir la idea de que esos actos se encaminan a la consecución de un fin determinado.

En el presente capítulo se tratará sobre el procedimiento administrativo haciendo hincapié fundamentalmente en los principios que rigen el mismo. Y el procedimiento disciplinario analizado como un procedimiento administrativo especial, que comparte los principios generales y presenta sus propias particularidades.

4.1. Procedimiento administrativo. Nociones generales.

Hablar de procedimiento administrativo significa hacer referencia a los trámites y formalidades que debe observar la administración, en ejercicio de su función administrativa, como así también los administrados en el ejercicio de su tutela individual.

Dromi enseña que “El procedimiento es el conducto por el que transita en términos de derecho la actuación administrativa”(Dromi, 2.001, p.1.016). Así se puede afirmar que a través del procedimiento administrativo la administración exterioriza su voluntad.

En el procedimiento administrativo se pueden distinguir dos etapas, primero una etapa en la que se forma la voluntad de la administración y la segunda que es la de control o

fiscalización. El administrado tiene participación en ambas etapas del procedimiento, en la primera por medio de vistas, peticiones, observaciones, etc., y en la etapa impugnativa por medio de los recursos administrativos.

La observancia del procedimiento administrativo, por parte de la administración, resulta fundamental ya que el mismo constituye una garantía tanto para el interés de particulares como del interés público, puesto que la manifestación de voluntad de la administración tiene incidencia colectiva. Por ello se le atribuye carácter instrumental al procedimiento.

La doctrina tradicional clasifica al procedimiento administrativo en: a) general y especial y b) de formación e impugnación.

El procedimiento administrativo general es básicamente aquel que se encuentra regulado por normas generales, y que se aplican a todos los órganos de la administración pública con principios jurídicos comunes. En este sentido la Ley de Procedimientos Administrativos establece como su ámbito de aplicación a la administración nacional centralizada y descentralizada, incluyendo a los entes autárquicos, con la excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad.

Procedimientos especiales son aquellos que presentan características específicas y que nacieron con anterioridad a la Ley de Procedimiento Administrativo, por lo cual la misma norma encomienda al poder ejecutivo determinar que procedimientos quedarán subsistiendo con posterioridad a la sanción de dicha ley. La génesis de estos procedimientos especiales radica en la naturaleza o ámbitos específicos de actuación, como serían los casos del procedimiento militar o el procedimiento en materia tributaria.

El procedimiento de formación es el que debe observar la administración para el dictado de un acto administrativo válido. Y el procedimiento de impugnación es aquel que inicia una vez concluido el procedimiento de formación, y a instancia del particular que

cuestiona el acto administrativo, iniciándose un control de legalidad o de oportunidad, merito o conveniencia por parte de la administración.

4.2. Principios:

El procedimiento administrativo está constituido por una serie de principios que delimitan el contenido y finalidad del mismo.

Estos principios se encuentran íntimamente vinculados, por lo que es habitual al referirse a uno de ellos relacionarlo con otros.

La fuente de los principios del procedimiento administrativo se encuentra en la Constitución Nacional, como así también en las leyes formales como la Ley de Procedimientos Administrativos. Cassagne(2002) entiende que estos principios tienen operatividad por sí mismos, y constituyen verdaderos deberes para la administración. Así la transgresión a los mismos provoca una lesión jurídica que tiene como consecuencia la nulidad de lo actuado. Este autor además señala, que no debe obviarse que estos principios tienen una triple función: fundamento, interpretación e integración y de garantía de la efectiva tutela administrativa.

4.2.1. Juridicidad.

El principio de juridicidad o legalidad, constituye uno de los principios fundamentales del procedimiento administrativo, siendo simultáneamente una condición esencial para la existencia del mismo.

Este principio tiene raíz constitucional al encontrarse consagrado en el artículo 19 de la Constitución Nacional que expresa que “Ningún habitante de la Nación será obligado a

hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”, en este sentido la actuación de la administración debe fundarse en la ley. Este principio se constituye en una verdadera garantía a favor de los particulares.

Se prefiere hablar de juridicidad por sobre legalidad, ya que se entiende que el accionar de la administración debe respeto al orden jurídico en la procura del bien común, respeto este que debe observar no solamente en un proceso impugnativo sino en todo procedimiento administrativo.

Este principio constituye la columna vertebral de la actuación de la administración y su contenido está constituido por cuatro condiciones:

- 1) Reserva de la ley, es decir la delimitación que la ley establece a su aplicación.
- 2) Sujeción de las reglas del procedimiento al orden jerárquico de las leyes.
- 3) Determinación de la norma al caso concreto.
- 4) Precisión de las facultades que el ordenamiento confiere a la administración.

4.2.2. Debido proceso adjetivo.

Estamos en presencia de un principio general del derecho, que resulta esencial en países en el que rige el estado de derecho, por ello resulta aplicable en el procedimiento administrativo.

Este principio está consagrado constitucionalmente al expresar el artículo 18 de nuestra Constitución:

Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo; ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente.

Este principio implica el reconocimiento de tres garantías:

1) A ser oído:

Se puede sintetizar esta garantía como el derecho que tienen las partes de argumentar y formular descargos dentro del proceso, y tener acceso irrestricto a las actuaciones en curso.

2) A ofrecer y producir pruebas:

El interesado tiene derecho a que se recepte toda prueba que considere pertinente al objeto del proceso, siempre que las mismas no resulten manifiestamente improcedentes. Así como puede ofrecer pruebas, también se le reconoce el derecho a participar e intervenir en las diligencias, audiencias, constataciones, etc., relacionadas con la prueba ofrecida.

3) A una decisión fundada:

El procedimiento administrativo va a tener como corolario la decisión final adoptada por el órgano administrativo que tiene a cargo dicha función. Esta decisión adoptada por la administración no puede ser arbitraria, debe responder al análisis de los argumentos expresados en el proceso y de las pruebas producidas en el mismo. La administración tiene el deber de pronunciarse de forma clara y coherente, expresando la relación entre la causa, la finalidad y el objeto. Principios como equidad, buena fe, razonabilidad deben inspirar la decisión administrativa.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó que:

La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso.¹⁷

¹⁷ Corte I.D.H. Sentencia, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, del 2 de febrero de 2001.

4.2.3. Informalismo a favor del administrado.

El procedimiento administrativo carece de formas estrictas que impidan al interesado la participación en el mismo. Se exime al administrado del cumplimiento de formas no esenciales.

Esta falta de rigidez es aplicable únicamente para el administrado y no para la administración, ya que la actuación de ella es reglada y debe ajustarse plenamente al cumplimiento de las formas impuestas.

Este principio implica para la administración, ya el deber de intimar al particular, o realizar de oficio, la subsanación de los defectos de formas pero de ninguna manera faculta a la administración a rechazar una presentación.

Algunos autores encuentran el fundamento de este principio en la existencia de diversos y variados procedimientos administrativos que no se encuentran reunidos en un código, sino dispersos en leyes, decretos, resoluciones, de modo que no resulta fácil para el administrado encausar su actuación.

Otros señalan que este principio es una consecuencia de que el particular es un colaborador dentro del proceso administrativo, y en este sentido la administración es quien carga con la responsabilidad de llevar adelante el proceso.

Se vinculan con este principio los de celeridad, economía, sencillez y eficacia.

4.2.4. Impulso de oficio.

Si bien el procedimiento administrativo puede instarse a petición de parte o de oficio, la administración tiene el deber de impulsar el proceso aún ante el abandono o inactividad por

parte del interesado, salvo en los casos en que expresamente el ordenamiento legal establezca lo contrario.

Este principio obliga a la administración a realizar todas las actuaciones necesarias para llegar al dictado de una resolución, es decir debe ordenar que se practiquen todas las diligencias que se estimen necesarias. Y en este sentido podrá solicitar directamente datos o informes de terceros.

La oficialidad rigen aún cuando el proceso se hubiera iniciado por petición de parte, y es así porque el resultado del proceso no solo satisface un interés individual sino también un interés público.

El reglamento de la Ley de Procedimientos Administrativos en su art. 4° establece que:

Todas las actuaciones administrativas serán impulsadas de oficio por el órgano competente, lo cual no obstará a que también el interesado inste el procedimiento. Se exceptúan de este principio aquellos trámites en los que medie sólo el interés privado del administrado a menos que, pese a ese carácter, la resolución a dictarse pudiera llegar a afectar de algún modo el interés general.

4.2.5. Razonabilidad.

Este principio consiste en que los actos de la administración deben reunir los siguientes requisitos:

1) Los hechos invocados deben ser ciertos, debidamente probados y razonablemente apreciados. No debe existir error de hecho, no se deben ignorar cuestiones ciertas que hacen a la cuestión.

2) Los hechos acreditados deben dar sustento a las pretensiones, de modo tal que la conclusión debe ser razonada, no incurriendo en falacias ni soluciones desproporcionadas.

3) Los medios deben ser congruentes y proporcionados a los fines, y los hechos que fundamentan la decisión deben tener entidad suficiente.

4.2.6. Verdad material.

La administración está obligada a ajustarse a los hechos, sin que tenga interés que los mismos hubieren sido alegado y probados por el administrado. Es la administración quien debe esclarecer hechos precisando sus circunstancias y condiciones.

Este principio implica que:

1) Los órganos administrativos deben realizar todas las diligencias que sean necesarias para indagar los hechos, con prescindencia de las alegaciones y demostraciones realizadas por el particular.

2) Si los elementos acreditados son insuficientes para demostrar los hechos controvertidos, debe la administración arbitrar los medios necesarios para arribar a una solución.

3) Reabrir un procedimiento es obligatorio para la administración, pero sin que esto implique una vía de repetición para intentos fallidos.

4) Se considera una conducta arbitraria por parte de la administración, la no valoración correcta de la prueba producida en la casusa, como así también la falta de diligencia en la producción de la misma.

La administración debe arribar a la verdad material, siendo esto un objetivo fundamental en el procedimiento administrativo. Este principio de verdad material se opone al de verdad formal, que implica que el juzgador al resolver se ajusta a las peticiones, hechos y pruebas esgrimidas por las partes.

La verdad material implica que la administración tiene el derecho y el deber de reunir toda la prueba necesaria para arribar al conocimiento real de los hechos.

4.2.7. Buena fe.

La buena fe es un principio rector al momento de interpretarse los hechos o actos de las partes. Se distingue la buena fe objetiva o buena fe-creencia, de la buena fe subjetiva o buena fe lealtad.

La buena fe objetiva es la que se analiza a través de la conducta o comportamiento del sujeto quien tiene el deber jurídico de no actuar en perjuicio de otro. Y la buena fe subjetiva es la consciencia de que se está obrando correctamente.

Así, en base a este principio surgen reglas de interpretación:

- 1) Al interpretar las palabras de las partes no se debe tener a las mismas por su significado técnico, ya que muchas veces las partes las utilizan desconociendo su verdadero significado jurídico.
- 2) Se debe valor las palabras dentro del contexto de los usos y costumbres, otorgándole el significado que los mismos atribuyen a las palabras.
- 3) Las declaraciones de voluntad no se deben interpretar aisladamente, sino dentro del contexto general.
- 4) Se impone la obligación de expresarse claramente.

4.3. Procedimiento disciplinario. Nociones generales.

La administración como ya se tratara en capítulos anteriores posee facultades disciplinarias que le son concedidas por el ordenamiento jurídico, en vista de que su actuar

procura el bien común. El ejercicio de estas facultades no puede ser realizadas en forma absolutamente discrecional sino que deben observar determinadas reglas, un procedimiento.

Así se puede decir que el procedimiento disciplinario es un procedimiento administrativo especial e interno, por medio del cual se encausa el ejercicio de las facultades disciplinarias de la administración. Por medio de este procedimiento la administración busca investigar los hechos para la aplicación o no de una medida disciplinaria.

Por ser un procedimiento administrativo especial, le cabe la aplicación de los principios generales del procedimiento administrativo.

El principio de legalidad resulta fundamental en este procedimiento, es decir la necesidad de la regulación legal de la materia que se trata. De este modo se convierte, este principio en una verdadera garantía ya que la materia sobre la que recae una decisión debe estar legalmente regulada.

El debido proceso adjetivo es otro principio de gran importancia ya que el particular ante la posibilidad de ser sancionado, debe necesariamente conocer los motivos por los cuales se le inicia el proceso disciplinario, se le debe conceder el derecho de realizar las alegaciones que considere oportunas, ofrecer pruebas y participar en la producción de las mismas. Y como consecuencia de dicho proceso obtener una resolución fundada, que pondrá fin al mismo.

Además de los principios del procedimiento administrativo general, la materia propia del procedimiento disciplinario implican la existencia de otros principios que se encuentran emparentados con reglas del proceso penal, pero respetando las particularidades propias de la disciplina.

4.4. Principios.

Seguidamente se analizaran alguno de los principios fundamentales del procedimiento disciplinario.

4.4.1. Tipicidad.

Este principio unido al de legalidad responde a la máxima de *nulla crimen sine lege* y *nulla poena sine lege*, que a su vez contiene tres sub principios:

1) *Nulla poena sine lege praevia*: que significa ninguna pena sin ley previa. Este sub principio prohíbe la retroactividad de nuevas o más severas leyes.

2) *Nulla poena sine lege scripta*: no existe pena sin ley escrita, lo que implica la prohibición del derecho consuetudinario.

3) *Nulla poena sine lege stricta*: no hay pena sin que exista un mandato textual de la ley, implica la prohibición de la analogía.

El artículo 18 de nuestra Constitución expresa que para ser penado es necesaria la realización de un juicio previo a la sanción, y que el mismo se funde en la existencia de una ley anterior al hecho que motiva la aplicación de la pena.

Ahora bien en materia penal es a través del tipo que se determina con precisión la conducta humana punible. Igualmente en materia disciplinaria se hace necesaria la determinación previa de las faltas y sus consiguientes sanciones, para que sea posible el ejercicio de la potestad disciplinaria por parte de la administración.

En materia disciplinaria se habla de tipos de carácter abierto que describen las conductas ilícitas. Esto implica la aplicación de operaciones y procedimientos lógicos para determinar el alcance de los mismos, y no son una consecuencia de la discrecionalidad con la que actúa la administración. Así para el caso de conductas que no permitan una mayor

determinación, es la misma norma la que debe contener la mayor precisión a fin de que la autoridad pueda interpretar la acción u omisión de forma razonable.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación acepta el hecho de que las infracciones disciplinarias no pueden ser siempre típicamente descriptas como en el caso de delitos penales, pero señala que:

A pesar de que como regla se acepte que las infracciones disciplinarias no son susceptibles de ser típicamente descritas, en el sentido en que lo son los delitos del derecho criminal, no resulta posible admitir que los funcionarios estén expuestos a ser separados forzadamente del servicio por el mero hecho de incurrir en conductas innominadas, cuya descripción concreta depende exclusivamente del juicio formulado a posteriori por el órgano sancionador, según el libre arbitrio de éste.¹⁸

Es decir la tipicidad penal no es aplicable en la forma estricta que requiere el ámbito penal, es necesario en materia disciplinaria la existencia de una técnica legislativa que permita al agente conocer las acciones u omisiones que son sancionables de manera exacta y precisa.

4.4.2. Culpabilidad.

Para que un hecho sea sancionado disciplinariamente es necesaria la existencia de culpa por parte del agente, esta afirmación implica la aceptación del principio de presunción de inocencia.

Es una exigencia del ordenamiento jurídico que el agente en su actuar, haya obrado con culpa, dolo o negligencia, por lo que el trabajo de la administración será probar la existencia de estos estados. Estamos en presencia de un elemento subjetivo consistente en la voluntariedad en el comportamiento del agente.

¹⁸ CSJN “Spinosa Melo, Oscar Federico c/ E.N. –M de Relaciones Exter. Comer. Internacional y Culto– s/ empleo público”, Fallos:329: 3.617 (2006).

Se puede decir que la culpabilidad es el límite de la responsabilidad, es decir que no puede imponerse una sanción disciplinaria sin tener en cuenta la existencia de la voluntariedad en la acción u omisión del agente.

Existen ciertas circunstancias en que la ley presupone la existencia de la culpa, como es el caso de situaciones de hecho, como la existencia de inasistencias injustificadas frente a la obligación del agente de justificar las mismas, en este caso el régimen prevé sanciones automáticas. La existencia de estas sanciones no anulan de modo alguno el principio de culpabilidad en materia disciplinaria.

4.4.3. Irretroactividad.

Este principio hace referencia a la imposibilidad de aplicar la ley a un hecho ocurrido con anterioridad a la sanción de ella. Se protege al agente de sufrir consecuencias más gravosas que las previstas al momento del hecho, por un cambio en la valoración que de ellos se realicen en la nueva ley.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se expide en la denominada causa Baena¹⁹ y señala que las sanciones administrativas al igual que las penales constituyen una manifestación del poder punitivo del Estado y que como tal implican un menoscabo de los derechos de las personas como consecuencia de una conducta contraria al ordenamiento jurídico. Por lo que en un Estado de Derecho se deben tomar las medidas necesarias para garantizar los derechos básicos de las personas, de modo que la calificación de un hecho como ilícito y la fijación de las consecuencias jurídicas deben ser preexistentes a la conducta

¹⁹ Corte I.D.H. Sentencia, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, del 2 de febrero de 2001.

del sujeto. Si el Estado no observa este comportamiento los particulares no podrán orientar su actuar conforme al ordenamiento jurídico vigente.

Pero este principio tiene una excepción, que es el de la aplicación de una ley posterior al hecho, siempre y cuando esta resulte más beneficiosa para el agente, en el caso que las nuevas valoraciones determinen consecuencias menos gravosas será de aplicación la nueva norma.

En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos expresó “En un Estado de Derecho, los principios de legalidad e irretroactividad presiden la actuación de todos los órganos del Estado, en sus respectivas competencias, particularmente cuando viene al caso el ejercicio de su poder punitivo”²⁰.

4.4.4. *Reformatio in pejus*.

Se entiende que el particular impugna una decisión administrativa en procura de obtener una respuesta favorable a su pretensión, pero se habla de *reformatio in pejus* toda vez que como consecuencia de esa impugnación el órgano que resuelve la misma se expide de forma más gravosa que la originaria. Es decir como consecuencia de esa impugnación el particular ve agravada su condición jurídica.

La procedencia de la *reformatio in pejus* en materia administrativa a motivado una extensa discusión doctrinaria.

Marienhoff (1.995) niega la procedencia de la *reformatio in pejus* en materia administrativa, ya que la misma implicaría desvirtuar el principio de estabilidad del acto administrativo, por que la administración carece de facultad para extinguir en sede

²⁰ Corte I.D.H., Caso Lori Berenson Mejía C/Peru, del 25 de noviembre de 2.004.

administrativa aquellos actos que crearon derechos subjetivos a favor de los administrados. Además dentro del procedimiento de los recursos, el órgano que resuelve debe circunscribirse al examen y resolución de las cuestiones que planteó el interesado.

Una postura diferente a la anterior es la que desarrolla Ivanega(2.013), en la cual parte de la distinción entre un procedimiento judicial y un procedimiento administrativo en el que prevalece el principio de verdad material u objetiva por el que la administración debe adoptar todas las medidas necesarias a fin de determinar la verdad, más allá de las pruebas aportadas por los interesados. Además la administración posee facultad revocatoria de oficio por lo que sería incoherente revocar esta facultad en el ámbito recursivo, exigiéndosele el inicio de un nuevo proceso, lo que sería contrario al principio de economía. Entiende la autora que puede resultar peligrosa la admisión del principio, pero esto no debe constituirse en un instrumento de coacción hacia el particular a fin de que no interponga recursos. Por todo ello es necesaria la notificación de las razones que pueden llevar a resolver de forma más gravosa la situación planteada y conceder al particular un plazo para que realice los descargos que estime convenientes.

Es decir que para esta autora la *reformatio in pujus* tiene carácter excepcional y siempre sujeta a la concesión del derecho de defensa previa al particular. Contrariamente la Corte Suprema de Justicia en el caso “Álvarez”²¹, modifica una sanción de suspensión de treinta días que había aplicado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, resolviendo aplicar la sanción de cesantía, agravando de este modo la sanción.

4.4.5. Proporcionalidad.

²¹ CSJN “Álvarez, Mónica Susana – Inc. Med. C/ Estado Nacional s/Empleo Público”, Expte. 3.807/2.003.

En un sentido amplio este principio hace referencia a la relación que debe guardar el hecho que motiva el procedimiento disciplinario y la sanción que se aplica como consecuencia del mismo.

Este principio es un deber para la administración toda vez que ejerza potestades disciplinarias. Debe existir proporcionalidad tanto en el momento de realizar el encuadre jurídico a una conducta por sobre varias alternativas, como así también al momento de decidir que sanción se aplica, sobre todo al determinar el quantum de la sanción dentro de un mínimo y máximo.

4.4.6. Presunción de inocencia.

Se trata de una presunción de carácter constitucional, por la que cualquier persona que se encuentre frente a una acusación de una infracción sancionable, debe ser considerada como inocente mientras no se demuestre lo contrario.

El artículo 8 del Pacto de San José de Costa Rica, establece que toda persona inculpada de delito tiene el derecho a que se presuma su inocencia hasta que no se compruebe legalmente su culpabilidad.

Esta presunción solamente será derribada en la medida que la administración prueba la culpabilidad del agente. La actividad probatoria no solo se refiere a prueba directa, sino además a la prueba indiciaria o indirecta de la cual pueda inferirse la falta cometida, y la participación culpable del agente en la comisión de la misma.

4.4.7. Plazo razonable.

Si bien este principio puede ser analizado como un sub principio derivado del de legalidad y del debido proceso, se lo trata separadamente por la relevancia que el mismo tiene en materia de procedimiento disciplinario.

Un procedimiento disciplinario debe cumplirse dentro de plazos razonables, desde su inicio, tramitación y ejecución de las resoluciones que se decidan en el mismo. Esta cuestión no es menor ya que quien se encuentra inmerso en un sumario administrativo que se prolonga en el tiempo, ve afectado su derecho al progreso en la carrera administrativa, lo cual constituye un grave perjuicio para el agente máxime si de dicho sumario se demuestra la inocencia del mismo respecto de la acusación.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa Losicer²² dejó sin efecto una multa impuesta por el Banco Central por considerar que existió una indebida dilación en el proceso sumarial, violándose de esta manera la garantía constitucional de obtener un pronunciamiento judicial en un plazo razonable, consagrada constitucionalmente en el artículo 18 de nuestra Constitución y en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos. La Corte expresa que son los jueces quienes deben determinar si ha existido razonabilidad en los plazos, analizando ciertas pautas como: la complejidad de la cuestión planteada, la actividad procesal del interesado, la conducta de las autoridades públicas y por último, realizar un análisis global del procedimiento.

Dentro de un estado de derecho todas las actuaciones de la administración deben respeto a los principios y garantías constitucionales. Y en este sentido el principio de desarrollar el procedimiento disciplinario dentro de plazos razonables no es una excepción, que se pueda justificar aduciendo que la potestad disciplinaria se aplica en el ámbito interno

²² CSJN “Losicer Jorge Alberto y otros c/ BCRA Resol 169/05 (EXP. 105666/86 SUM FIN 708)”, Fallos 335:1126 (2012).

de la administración, ya que como se señaló en capítulos anteriores, la actuación de la administración tiene incidencia colectiva.

Conclusiones parciales.

En definitiva el procedimiento disciplinario como especie del procedimiento administrativo general comparte los mismos principios de este, pero además por la influencia que evidentemente tiene el derecho penal, a través de lo que los autores llaman proceso de penalización del derecho administrativo, se ve influenciado por mucho de los principios del mismo con algunas características particulares.

La observación de los principios del procedimiento constituye un deber para el Estado y una garantía a favor de los particulares. Ya que esto garantizará el cumplimiento de la ley por parte de la administración, quien debe buscar descubrir la verdad material de los hechos y probar la culpabilidad del agente, para poder aplicar su poder sancionador. Así el no cumplimiento de estos principios implicará una actividad ilícita de la administración, que vulnera derechos fundamentales del agente.

Las reglas del debido proceso deben ser observadas por los Estados en los procedimientos disciplinario tal como lo sostiene la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no pudiendo alegar que estas son exclusivas del procedimiento penal.

CAPITULO V

SUMARIO ADMINISTRATIVO.

Introducción

En el presente capítulo se aborda el análisis del sumario administrativo, entendiendo al mismo como el procedimiento por medio del cual la administración busca determinar los hechos y responsabilidades que motivan la aplicación de una sanción disciplinaria. Esta es una cuestión de suma importancia, ya que la resolución del sumario puede ocasionar la pérdida del empleo por parte del agente, en los casos que se aplique una sanción del tipo expulsiva, por lo cual la observación de las reglas del debido proceso debe estar presente durante la tramitación del mismo.

El resultado del sumario administrativo, que está a cargo de una autoridad distinta a la del funcionario que tuvo a cargo la realización de las etapas previas, puede ser recurrido por el agente ya sea en sede administrativa o en sede judicial.

5.1. Sumario administrativo. Objeto sumarial.

Se puede definir al sumario administrativo como:

Un procedimiento administrativo iniciado por la Administración, que tiene por objeto determinar la existencia de actos u omisiones contrarios al orden jurídico – y que revisten el carácter de faltas disciplinarias – y la responsabilidad que de ellos se deriven, cometidos por agentes públicos que gozan de estabilidad.(Ivanega, 2.013, p.173)

Definido el sumario administrativo es oportuno diferenciarlo de la información sumaria. Así la información sumaria tendrá lugar toda vez que se hace necesario comprobar la existencia de un hecho irregular que pueda dar motivo a la sustanciación de un sumario

administrativo posterior en el que se buscará precisar el hecho, determinar e individualizar a los responsables y proponer sanciones según corresponda. Así el artículo 34 inciso a del Reglamento de Investigaciones Administrativas establece que se podrá ordenar información sumaria “Cuando sea necesaria una investigación para comprobar la existencia de hechos que pudieran dar lugar a la instrucción de sumario.”

La Procuración del Tesoro de la Nación dictamino que “La información sumaria es un procedimiento que permite aclarar, en un plazo breve, pero simplemente ordenatorio, si los hechos ocurridos tienen una entidad disciplinaria suficiente para promover un sumario.”²³, y que cuando se requiera la sustanciación de sumario administrativo se tiene por finalidad, entre otras, la aplicación de una de las sanciones previstas en la Ley Marco de Regulación del Empleo Público.

Gran incidencia tiene en la sustanciación del sumario administrativo el principio de verdad material, ya que mas allá de los argumentos y pruebas aportados por el sumariado es un deber de la administración investigar los hechos, respetando las etapas sumariales, en vista de la eficiencia y eficacia de su actuación.

Otro aspecto fundamental es el de la neutralidad y objetividad con la que debe conducirse el instructor sumariante en las etapas de investigación, ya que hace a la transparencia que deben de gozar los actos de la administración.

5.2. Etapas y sujetos.

²³ Procuración del Tesoro de la Nación, Dictamen 270:213 (2.009).

El sumario administrativo se desarrolla a través de distintas etapas, iniciando con el dictado del acto administrativo que ordena su instrucción, y se requiere que como hipótesis se mencione el o los hechos que podrían configurar una falta disciplinaria.

En general el sumario comprende dos etapas o fases que son, una primera etapa de investigación y la segunda que se denomina requisitoria, en el caso de que exista un sumariado.

Estas etapas están a cargo de un instructor o sumariante, quien en su actuar debe circunscribir la investigación al objeto del sumario dispuesto por la autoridad competente, estándole vedado el ampliar por sí mismo el ámbito de investigación. Esto no significa que no deba tomar conocimiento de hechos nuevos, pero no posee la facultad de ampliar el objeto de investigación.

La actuación del sumariante o instructor debe ser independiente, sin recibir presiones, lo cual genera ciertas suspicacias ya que al ser él un agente público se puede generar la sospecha de recibir instrucciones de sus superiores.

En la primera etapa del sumario la tarea del instructor resulta fundamental para su desarrollo, gozando de una amplia discrecionalidad para determinar las medidas, diligencias o convocatoria de testigos, que estime pertinentes a los fines de esclarecer los hechos.

En esta etapa se procura preservar la investigación y los elementos que el instructor va reuniendo, por ello los distintos regímenes normativos establecen el secreto sumarial.

La existencia de secreto sumarial confronta con el principio de transparencia de las actuaciones, y del debido proceso adjetivo, por ello algunos autores propugnan que el secreto debería ser declarado por el sumariante, cuando este aprecie que el mismo es necesario para garantizar el éxito de su actuación, en caso contrario las actuaciones no serían secretas y de acceso libre al particular.

La manera en que el secreto sumarial no haga que el sumario entre en conflicto con los principios de debido proceso adjetivo y transparencia de las actuaciones, es que la sustanciación del mismo no se dilate en el tiempo de modo irrazonable.

La primera etapa concluye con un informe realizado por el instructor, dando comienzo a la segunda etapa, la cual es estrictamente contradictoria, cesando el secreto sumarial que regía en la primera fase. Este informe debe ser autosuficiente ya que el mismo se constituye en un instrumento fundamental para el ejercicio del derecho de defensa del agente. Se asimila este informe con la acusación penal, razón por la cual se exige que contenga un detalle preciso de la conducta imputada.

El Reglamento de Investigaciones Administrativas establece en su artículo 108 que “Clausurada la investigación, el instructor producirá, dentro de un plazo de diez (10) días, un informe lo más preciso posible, que deberá contener: a) La relación circunstanciada de los hechos investigados.”

El agente va a adquirir la calidad de sumariado a partir de que es convocado a declarar, este acto es esencial en el procedimiento y como tal, presupuesto de los posteriores. Resulta esencial que el sumariado comprenda con precisión la imputación que se le realiza como así también las consecuencias de la misma, ya que a partir de esta comprensión podrá responder y ejercer su derecho de defensa.

El auto de imputación es un acto de procedimiento que resulta necesario para el pleno ejercicio de los derechos del imputado.

En la segunda etapa se produce la defensa técnica por parte del imputado, pues esta etapa es esencialmente contradictoria. El imputado puede concurrir en esta etapa con asistencia de un letrado, toma conocimiento de las actuaciones, ofrece prueba, presenta descargos y alegatos. El agente va a producir su versión de lo sucedido, ofreciendo pruebas que sustenten su posición.

El instructor que tiene a su cargo la instrucción del sumario, no tiene competencia para decir, solo se limita a emitir un informe con su opinión sobre el resultado de las actuaciones y una recomendación sobre cómo debería decidirse la cuestión.

Luego de producido este informe se arriba al momento resolutorio, en el cual la autoridad competente dictará resolución que deberá pronunciarse sobre los siguientes puntos establecidos por el art. 122 del reglamento de investigaciones administrativas:

a) La exención de responsabilidad del o de los sumariados. b) La existencia de responsabilidad del o de los sumariados y la aplicación de las pertinentes sanciones disciplinarias. c) La no individualización de responsable alguno. d) Que los hechos investigados no constituyen irregularidad. e) En su caso, la existencia de perjuicio fiscal y la pertinente autorización al servicio jurídico respectivo para la iniciación de las acciones judiciales correspondientes, cuyo ejercicio recién se llevará a cabo cuando se haya intentado previamente su cobro en sede administrativa con resultado infructuoso y en la medida que no resulte antieconómico, todo ello en los términos del Decreto 1154/97.

5.3. Cuestiones sobre prueba.

Durante la sustanciación del sumario tanto el sumariado como la parte acusadora, puede proponer medidas probatorias, en cualquiera de las dos etapas.

Las pruebas aportadas serán apreciadas conforme a las reglas de la sana crítica racional, es decir que tanto el instructor como la autoridad que dictará el acto conclusivo asignarán el valor que estime según reglas de la lógica, de la psicología y de la experiencia. Este sistema es también denominado de libre convicción, por la cual la ley confiere a la autoridad amplias facultades para valorar la prueba, pero siempre respetando principios lógicos.

El razonamiento de la autoridad se expresará al momento en que se dicta el acto administrativo, al concluir el sumario administrativo.

En cuanto a las pruebas que son aceptadas por el ordenamiento jurídico son: declaraciones, testifical, denuncia, informe, pericial, careo, e inspección.

En cuanto a la declaración se debe tener en cuenta si quien declara intervino de algún modo en el hecho. Si se lo considera responsable, con un alto grado de probabilidad, su declaración será en los términos del artículo 61 del Reglamento de Investigaciones Administrativas, es decir que se procederá a recibirle declaración sin exigir juramento ni promesa de decir verdad, además este acto de llamamiento implica el inicio de su carácter como sumariado. Ahora bien si solo existe contra el declarante un estado de sospecha el instructor puede llamarlo a declarar respecto de hechos personales que pudieran implicarlo, pero no adquiere la calidad de sumariado. En ambos casos el declarante tiene aseguradas las garantías de la defensa en juicio, y declara si es su voluntad, no exigiéndosele en ningún momento promesa de decir verdad, y puede concurrir a prestar declaración acompañado por un letrado.

Si el que declara no participó del hecho y declara conforme lo que apreció por sus sentidos, declara como testigo y como tal prestará “juramento o promesa de decir verdad antes de declarar y serán informados de las consecuencias a que puedan dar lugar las declaraciones falsas o reticentes”, conforme el artículo 82 del reglamento de investigaciones administrativas.

Si en la declaración existe reconocimiento de hechos, ésta si bien adquiere gran importancia y juega un rol decisivo, la administración no debe conformarse y debe acreditar la materialidad de los hechos. Esto es consecuencia de los principios de verdad material y de impulso de oficio.

Una temática de actualidad es la aceptación de medios modernos o tecnológicos de prueba y en este sentido en el caso “De Lorenzi”²⁴ la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, se expidió respecto a la utilización de cámaras ocultas y escuchas telefónicas en ámbitos privados, aceptando las mismas por entender que no afecta de modo alguno el derecho a la intimidad. En el caso, las pruebas estuvieron a cargo de un investigador pero con conocimiento del fiscal de control administrativo. El investigador si bien contaba con amplias facultades respecto de las medidas de prueba, estas encontraban como límite la no injerencia en un derecho o garantía individual, en este caso debía requerir autorización judicial. Además que toda su actividad debía ser desplegada al solo efecto de verificar un hecho constitutivo de una irregularidad y obtener las pruebas necesarias para acreditar el mismo.

Los medios tecnológicos de prueba son receptados como tales, pero siempre se debe guardar respeto por los derechos a las libertades individuales de las personas.

5.4. Teoría de la subsanación.

Esta teoría hace referencia a la posibilidad de satisfacer la garantía de defensa en etapas posteriores a la administrativa, cuando no ha sido respetada durante el procedimiento administrativo. Así se dará un desplazamiento del derecho de defensa a fin de atacar una resolución para hacer efectivo el mismo en una etapa posterior.

La subsanación se presenta en dos modalidades, dentro del ámbito administrativo y en la relación procedimiento administrativo – proceso judicial.

²⁴ Sala III Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, “De Lorenzi, María Gabriela c/Estado Nacional M. Justicia IGJ-Resolución N° 6/2.008”.

Dentro del ámbito administrativo es típico el caso de la omisión del dictamen previo al dictado del acto administrativo, que se subsana al emitírsele en ocasión de analizar las impugnaciones.

En el segundo ámbito, el de la relación procedimiento administrativo - proceso judicial, es más grave ya que las etapas del procedimiento administrativo tienen una finalidad de garantía, por ello la omisión de alguna de ellas implica el desconocimiento del debido proceso.

La tendencia jurisprudencial es la de negar la posibilidad de subsanar en sede judicial los defectos del procedimiento administrativo.

Así la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en la causa “Caselli”²⁵ sostuvo que no existe una relación de continuidad entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, por lo que la indefensión producida en el primero pueda solucionarse en el segundo. Por ello resulta improcedente auspiciar, la posibilidad de minimizar los vicios graves acaecidos en el ámbito del actuar de la administración por la circunstancia de que exista luego una acción impugnativa en la esfera jurisdiccional. La administración pública se encuentra obligada por el principio de legalidad a observar un proceder ajustado a derecho, por ello el cumplimiento del procedimiento configura un elemento esencial para la legitimidad del acto administrativo.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Adidas”²⁶ confirma una sentencia de segunda instancia en la que se declaró la nulidad del acto administrativo por omisión de etapas esenciales en el procedimiento administrativo.

²⁵ SCJBA, "Caselli, Juan Carlos contra Provincia de Buenos Aires (Inst. de Loterías y Casinos). Demanda contencioso administrativa", Causa B. 59.986, Sent. (2.005).

²⁶ CJSN “Adidas Argentina y otros c/ EN – M° de Economía – resol. 987/97, 512/98 y 1506/98 s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 325:1.038 (2.002).

En definitiva la teoría de la subsanación no debe ser entendida en términos absolutos, debiendo analizarse en cada caso la entidad del perjuicio que se le pudo ocasionar al particular en razón de la omisión de alguno de los requisitos del acto y, si el perjuicio subsiste luego de la pretendida subsanación. (Ivanega, 2013)

La existencia de la vía recursiva no habilita al desconocimiento del cumplimiento de las reglas del debido proceso, la cual constituye una garantía a favor de los particulares, y mucho menos la posibilidad de reparar en sede judicial las omisiones del procedimiento en sede administrativa.

5.5. Faltas objetivas o de plano. Problemática.

Se denominan faltas objetivas o de plano a aquellas conductas irregulares que se configuran al reunirse los extremos legales, y que tienen como consecuencia la aplicación de una sanción automática sin necesidad de la instrucción de sumario administrativo previo.

Así la Ley Marco de Regulación de Empleo Público establece este tipo de faltas, en el artículo 35

La aplicación de apercibimiento y suspensión hasta el máximo de cinco (5) días, no requerirá la instrucción de sumario. Las suspensiones que excedan de dicho plazo serán aplicadas previa instrucción de un sumario, salvo que se funden en las causales previstas en los incisos a) y b) del art. 31. La cesantía será aplicada previa instrucción de sumario, salvo que medien las causales previstas en los incisos a), b) y c) del art. 32.

Cuando se aplique sanciones de apercibimiento no se requiere la sustanciación de sumario. Tampoco en los casos de que corresponda aplicar la sanción de suspensión hasta un máximo de cinco (5) días. Si la sanción excede de cinco días pero se aplica en virtud de incumplimiento reiterado del horario, o por faltas injustificadas que no excedan de diez (10)

días discontinuos en el lapso de los doce meses anteriores, no se exige la instrucción de sumario administrativo previo.

La cuestión es más compleja para el caso de la aplicación de cesantías. El principio es la de realizar instrucción de sumario previo a la sanción, pero este requisito no es exigido para los casos de: “Inasistencias injustificadas que excedan de 10 (diez) días discontinuos, en los 12 (doce) meses inmediatos anteriores”, “Abandono de servicio, el cual se considerará consumado cuando el agente registrare más de cinco (5) inasistencias continuas sin causa que lo justifique y fuera intimado previamente en forma fehaciente a retomar sus tareas”, y cuando se trata de “Infracciones reiteradas en el cumplimiento de sus tareas, que hayan dado lugar a treinta (30) días de suspensión en los doce meses anteriores”, todos estos casos previstos en el artículo 32 de la ley marco de regulación de empleo público nacional.

Se trato en puntos anteriores el principio de culpabilidad, por el cual se debe demostrar la existencia de voluntariedad en el actuar del agente, es decir que se excluye la responsabilidad objetiva en el derecho disciplinario. No obstante en estos casos se puede afirmar que se presume la culpa del agente y por ello se aplican automáticamente las sanciones antes detalladas.

No deja de ser controvertida la cuestión ya que esta automaticidad en la sanción puede afectar la garantía del debido proceso. Siendo esta garantía fundamental y que debe ser respetada.

Una correcta interpretación de la normativa lleva a entender que si bien el ordenamiento exceptúa en estos casos la instrucción de sumario previo, no significa que no se deban respetar garantías mínimas del derecho de defensa del particular, más aún si se trata de una medida de tipo expulsiva.

Se debe otorgar al agente la posibilidad de conocer los hechos de los cuales se lo acusa, y brindarle la oportunidad que realice su descargo brindando las explicaciones que estime pertinente.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación expresó que “Las normas sustanciales de la garantía de la defensa deben ser observadas en toda clase de juicios, sin que corresponda diferenciar causas criminales, los juicios especiales o procedimientos seguidos ante tribunales administrativos”²⁷

En este mismo sentido la Corte en la causa “Castro Veneroso”²⁸ expresó:

Las garantías constitucionales del debido proceso y de la defensa en juicio son de inexcusable observancia en todo tipo de actuaciones, inclusive en los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria, para lo cual resulta indispensable que la persona en cuestión haya sido notificada de la existencia del procedimiento que se le sigue o haya seguido, y que además se le dé la oportunidad de ser oída y de probar de algún modo los hechos que creyere conducentes a su descargo.

Siguiendo la interpretación que nuestra Corte Suprema de Justicia realizó, se puede afirmar que se debe priorizar la vigencia de la Constitución y las garantías por ella concedidas. No se puede aceptar que amparado en la discrecionalidad administrativa, se vulnere garantías constitucionales.

5.6. Medios de impugnación de las sanciones disciplinarias.

La administración en ejercicio de su potestad disciplinaria puede aplicar algunas de las sanciones previstas en el ordenamiento jurídico.

El acto por medio de la cual se aplica una sanción disciplinaria puede ser rechazado por el agente sancionado, estando facultado a interponer recursos administrativos contra la

²⁷ CSJN, “De Soto, Arturo Constantino s/ apelación clausura”, Fallos 316:1133(1993).

²⁸ CSJN “Castro Veneroso, Oscar Juan s/ recurso arts. 40, 41 y 42 ley 22.140”, Fallos 324:3.593(2001).

decisión, por error o inobservancia en la aplicación del Régimen Jurídico Básico de la Función Pública que diera lugar a sanción disciplinaria, por inobservancia o errónea aplicación del Reglamento de Investigaciones Administrativas. Este recurso debe interponerse ante la Procuración del Tesoro de la Nación dentro de los diez (10) días de notificada la medida adoptada. Y la Procuración debe expedirse sobre el recurso dentro del plazo de cuarenta y cinco (45) días.

Además el artículo 39 del Reglamento de Investigación otorga al agente la posibilidad de optar por la impugnación por vía administrativa y una vez agotada acudir a sede judicial, o puede recurrir directamente ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal o ante las cámaras federales en la provincia que corresponda conforme el lugar de prestación de servicios del agente.

El ejercicio de la opción de recurrir judicialmente en forma directa, solo puede fundarse en la ilegitimidad de la sanción, debiendo expresar las normas presuntamente violadas o los vicios que se atribuyen al sumario instruido.

Es generalmente aceptado que el ejercicio de las potestades disciplinarias, se traduce en una actividad administrativa discrecional, no obstante que existe una determinación legal de las faltas, sanciones y de procedimiento disciplinario. Por ello el poder judicial ejerce el control de la legitimidad o razonabilidad de la actuación administrativa, pero siempre con gran cautela en cuanto a la apreciación de las potestades disciplinarias resultando aplicable la expresión de que se trata de una potestad privativa de la administración.

Algunas de las cuestiones revisadas judicialmente son: verificación de la materialidad de las faltas que motivan la aplicación de la sanción disciplinaria, la razonabilidad en las actuaciones, la magnitud de las sanciones aplicadas las cuales responden al criterio de la autoridad administrativa siempre que no se configure una arbitrariedad manifiesta, la nulidad de la sanción en los casos en que no se invoque un hecho concreto de mala conducta, la

cesantía del agente en cuanto esto implica la pérdida de la estabilidad entendiendo que no se está ante una facultad discrecional sino reglada.

El exceso de punición es otra cuestión que se revisa judicialmente, ante la falta de proporcionalidad entre la sanción y el hecho que motiva la misma. Si bien es una facultad discrecional de la administración al analizar los hechos y sus consecuentes sanciones, estas últimas no pueden ser consecuencia de un actuar manifiestamente arbitrario.

Por exceso de punición puede declararse nulo el acto administrativo, debido a la falta de proporcionalidad.

Lo que debe quedar claro es que de ningún modo el juez puede sustituir la decisión administrativa.

Admitir la existencia de facultades discrecionales de la autoridad administrativa no implica otorgar facultades a la autoridad judicial a sustituir la decisión administrativa. La función judicial se limita al examen de si la decisión del órgano administrativo responde a un criterio razonable y no a una decisión arbitraria y desproporcionada.

Conclusiones parciales.

La potestad disciplinaria que posee la administración se encauza a través de la sustanciación del denominado sumario administrativo. En dicho sumario intervendrá un instructor que se encargará de desarrollar el mismo, y elaborará informes al concluir cada una de las etapas de este procedimiento.

El sumario culmina con el acto administrativo dictado por la autoridad administrativa que tiene a su cargo la toma de decisión. El actuar de este funcionario si bien es discrecional debe respetar reglas establecidas en el ordenamiento jurídico, fundamentalmente las reglas relativas al respeto de las garantías del debido proceso.

El respeto de las garantías del debido proceso es necesario para no violar la garantía de la estabilidad del empleo público al aplicar una sanción expulsiva.

El mismo Reglamento de Investigaciones Administrativas concede al agente sancionado las vías para impugnar la sanción, pudiéndolo hacer por vía administrativa o recurrir judicialmente.

El control judicial pone énfasis en que la decisión de la administración debe responder a criterios de racionalidad y proporcionalidad, aun aceptando la facultad discrecional que se le reconoce a la administración.

La facultad de sancionar al agente es exclusiva de la administración, pero como consecuencia lógica de vivir en un estado de derecho, las decisiones de la administración pueden ser revisables dentro de la misma administración por medio de la vía recursiva, y también por vía judicial.

La existencia del control judicial no suple la decisión de la administración ni tampoco puede corregir errores cometidos en el proceso disciplinario.

CONCLUSIONES FINALES

La administración posee facultades disciplinarias que le son otorgadas por el ordenamiento jurídico en atención a que su actividad está dirigida a la concreción de un bien de incidencia colectiva. Esto es así ya que la administración ejerce distintas actividades que en definitiva buscan satisfacer necesidades o intereses de la comunidad.

El actuar de la administración se concreta por medio de las acciones que llevan adelante los denominados empleados públicos, queda claro a lo largo del presente trabajo que en la actualidad carece de relevancia la distinción entre funcionario y empleado público.

Empleado público es toda aquella persona que ha sido nombrada o puesta en funciones por medio de un acto administrativo firme, emanado de autoridad competente, independientemente del proceso de selección y sin otro requisito que la idoneidad para cumplir la función encargada.

La relación que se establece entre la administración y sus empleados, es una relación de tipo contractual, pero que se rige por normas y principios propios del derecho público. Entre estos principios se reconoce la existencia de un régimen exorbitante a favor de la administración pública, pero que encuentra límites impuestos por el propio ordenamiento, y fundamentalmente por los principios y garantías constitucionales que son consecuencia necesaria de reconocer la existencia de un estado de derecho.

Nuestra Constitución Nacional consagra la garantía de la estabilidad del empleo público, que debe ser respetada por la administración. Esta garantía es exigible por parte del empleado público desde el momento mismo en que ha sido designado como tal, y opera como una barrera ante los despidos incausados.

Reconocer la existencia de potestades disciplinarias por parte de la administración y la existencia de la garantía constitucional de estabilidad del empleo público, podría en principio

parecer contradictorio, ya que esa facultad disciplinaria le permite a la administración aplicar sanciones de tipo expulsivas que en definitiva terminan ocasionando la pérdida del empleo por parte del empleado sancionado. Pero negar dicha facultad a la administración en pos de respetar la garantía constitucional de estabilidad ocasionaría un gran perjuicio a la comunidad, por no permitir a la administración tener las herramientas necesarias para garantizar su correcto funcionamiento, ante el riesgo de quedar en manos de empleados ineficientes.

La garantía constitucional hace referencia a lo que doctrinariamente se denomina estabilidad propia en el sentido de que no puede reemplazarse el empleo por una indemnización sustitutiva. De modo que ante un despido sin justa causa opera la nulidad del acto administrativo que lo determinó y la consiguiente reincorporación del agente.

La administración tiene la facultad de sancionar a los empleados que no cumplan correctamente sus funciones, y para ello tiene a disposición un catálogo de sanciones que se clasifican en expulsivas y no expulsivas. La aplicación de estas sanciones no puede ser llevada adelante de un modo arbitrario por parte de la administración ya que debe observar las reglas del debido proceso.

El respeto a las reglas del debido proceso, es lo que va a permitir la correcta y legal aplicación de las sanciones disciplinarias, aún las expulsivas como cesantía y exoneración, toda vez que implica el derecho del agente a ser oído, ofrecer y producir pruebas y obtener por parte de la administración una decisión fundada. Obtener un pronunciamiento justo constituye un derecho humano que la administración no puede desconocer, principio este sostenido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La sustanciación de un procedimiento administrativo previo, que permita al agente acusado, conocer la acusación y ejercer su derecho a la defensa, resulta obligatoria para la administración.

El procedimiento disciplinario es, en definitiva, una especie de procedimiento administrativo que se encuentra influenciado por principios propios del derecho penal, en atención a la finalidad sancionatoria del mismo. La observancia de los principio y reglas del debido proceso es una obligación para la administración y una garantía a favor de los agentes, que no puede la administración obviar alegando que no se trata de sanciones de tipo penal, ya que este principio es de aplicación en materia disciplinaria como en reiteradas oportunidades lo expresara nuestra Corte Suprema de Justicia y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Tienen gran relevancia los principios de legalidad y de irretroactividad, ya que de este modo el agente conoce de antemano sus obligaciones y las consecuencias que apareja su inobservancia, no quedando expuesto a situaciones arbitrarias sobre la valoración de su comportamiento y las eventuales consecuencias del mismo.

Obtener un pronunciamiento dentro de plazos razonables es de gran importancia ya que la dilación injustificada en los plazos genera un estado de incertidumbre en el administrado, pudiendo afectar eventuales derechos y oportunidades en su carrera administrativa. Además esta actitud no es compatible con un correcto obrar de la administración, lo que generaría la nulidad de la sanción impuesta, en el caso de retardo injustificado, por no respetar este principio elemental.

El sumario administrativo es el procedimiento específico que el ordenamiento prevé como idóneo a fin de que la administración ejerza sus facultades disciplinarias. En el mismo se busca establecer la existencia de los actos u omisiones que resultan contrarios al ordenamiento jurídico y que son atribuibles a los empleados públicos. El sumario se desarrolla a través de dos etapas una primera de investigación y una segunda denominada requisitoria, estas etapas están a cargo de un instructor o sumariante quien elaborará informes

al finalizar cada etapa. Culmina el sumario con el dictado de un acto administrativo en la que se decidirá sobre la cuestión planteada.

Toda vez que la administración determine, a través del procedimiento administrativo correspondiente la aplicación de una sanción, incluso las que tengan como consecuencia el cese de la relación de empleo de uno de sus agentes, no resultaría violatoria de la garantía constitucional de la estabilidad del empleo público, ya que la misma responde a una decisión fundada y no arbitraria.

La existencia de vías impugnativas le permite a la administración, ante el reclamo del administrado, subsanar en algunos casos sus errores u omisiones en el procedimiento como por ejemplo la falta de dictamen previo al dictado del acto administrativo. Pero la impugnación en sede judicial, no habilita al órgano jurisdiccional a subsanar las omisiones de la administración ni mucho menos a suplir la decisión administrativa.

Del análisis realizado a lo largo del presente trabajo, surge que existen dentro del régimen disciplinario las denominadas faltas objetivas o de plano donde expresamente se exime a la administración la realización de sumario administrativo previo. Indudablemente este tipo de faltas constituyen una excepción al principio de la necesidad de instruir sumario administrativo previo a la aplicación de sanciones. Pero eximir de sustanciar un sumario administrativo previo no significa que la administración no deba garantizar, al agente, el derecho de defensa, permitiéndole conocer sobre la acusación y ejercer ampliamente su defensa.

De lo anteriormente expuesto se concluye que el régimen disciplinario de los empleados de la administración pública nacional, exige a la administración el respeto de las reglas del debido proceso, y es justamente el respeto a estas reglas lo que permitirá aplicar sanciones expulsivas sin violar la garantía constitucional de la estabilidad del empleo público.

La existencia de las faltas objetivas, pueden constituir un riesgo de violar las garantías del debido proceso, ya que las mismas exigen de la obligatoriedad de sustanciar sumario administrativo previo. Pero no sustanciar sumario administrativo previo, no implica que se dispense a la administración de informar al agente sobre la acusación ni permitirle ejercer su defensa. El problema radica en que muchas veces la aplicación de algunas sanciones, fundamentalmente las de menor cuantía como apercibimientos o suspensiones por menos de cinco días, que no requiere sustanciación de sumario administrativo previo, quedan en manos de legos que no realizan una interpretación armónica y sistemática del ordenamiento, y al no estipularse en forma expresa en la norma la necesidad de garantizar el derecho de defensa por parte del agente, pueden aplicar directamente las sanciones violando esta garantía.

Sería recomendable que en los casos en que la norma expresamente exige la sustanciación de un sumario administrativo, establezca la obligatoriedad de notificar al agente sobre la acusación y concederle un plazo mínimo a fin de que efectúe el descargo que crea oportuno, de modo de respetar su derecho de defensa.

BIBLIOGRAFÍA:

Doctrina:

- Apestegui, C. (2.008). *Sumarios administrativos* (3ra. Ed. aumentada y actualizada). Buenos Aires: La Roca.
- Cassagne, J. (2.002). *Derecho administrativo* (7ma Ed.,Vol.II.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Diez, M. (1.981). *Manual de Derecho Administrativo* (2da Ed., Vol. II). Buenos Aires, Argentina: Plus Ultra.
- Dromi, R. (2.001). *Derecho administrativo* (9na Ed.,actualizada). Buenos Aires, Argentina: Ciudad Argentina.
- Farrando, I. (1.999). *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires, Argentina: Depalma.
- Gordillo, A. (2.014). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* (Vol. II). Buenos Aires, Argentina: Fundación de Derecho Administrativo.
- Gordillo, A. (2.016). *Tratado de derecho administrativo y obras selectas* (Vol. IV). Buenos Aires, Argentina: Fundación de derecho administrativo.
- Ivanega, M. (2.013). *Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa* (2da Ed., actualizada). Buenos Aires, Argentina: Rap.
- Ivanega, M. (2.009). *Las relaciones del empleo público*. Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Mahmud, J. (2.004). *Manual de sumarios e informaciones administrativas*. Buenos Aires, Argentina: Grün.
- Maier, J. (1.996). *Derecho procesal penal* (2da Ed., Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Editores del Puerto.

- Marienhoff, M. (1.995). *Tratado de derecho administrativo* (5ta Ed., Vol. I). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Marienhoff, M. (1.998). *Tratado de Derecho Administrativo* (4ta Ed., actualizada, Vol. III B). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Mirolo, R. (2.003). *Curso de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (2da Ed. actualizada, Vol. I). Cordoba, Argentina: Advocatus.
- Orihuela, A. (2.015). *Ley de procedimientos administrativos comentada* (2da Ed.). Buenos Aires, Argentina: Editorial Estudio.
- Ossorio, M. (1.996). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales* (23a Ed. actualizada). Buenos Aires, Argentina: Heliasta.
- Pullés, F. (2.016). *Régimen de Empleo Público en la Administración Nacional* (3ra Ed.). Buenos Aires, Argentina: Abeledo Perrot.
- Repetto, A. (2.014). *Procedimiento administrativo disciplinario* (2da Ed. , ampliada y actualizada). Buenos Aires, Argentina: Cathedra Jurídica.
- Sagües, N. (2.007). *Manual de derecho constitucional*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.
- Yuni, J. - Urbano, C. (2.006). *Técnicas para investigar* (2° Ed., Vol. II). Córdoba, Argentina: Brujas.
- Yuni, J.- Urbano, C. (2.006). *Técnicas para investigar* (2° Ed., Vol. I). Córdoba, Argentina: Brujas.

Legislación.

- Ley Marco de Regulación del Empleado Público Nacional N° 25.164.
- Decreto reglamentario de la ley marco de regulación del empleado público nacional N° 1.421/2.002.

- Ley de Procedimientos Administrativos N° 19.549.
- Reglamento de Investigaciones Administrativas, Decreto 467/99.
- Constitución Nacional.
- Código Penal de la Nación.
- Código Civil y Comercial de la Nación.
- Código de ética de la función pública, Ley N° 25.188.
- Reglamento de la ley de procedimientos administrativos, Decreto N° 1759/1.972.

Jurisprudencia:

- CSJN “Castro Veneroso, Oscar Juan s/ recurso arts. 40, 41 y 42 ley 22.140”, Fallos 324:3.593(2.001).
- CSJN, “De Soto, Arturo Constantino s/ apelación clausura”, Fallos 316:1133(1.993).
- SCJBA, "Caselli, Juan Carlos contra Provincia de Buenos Aires (Inst. de Loterías y Casinos). Demanda contencioso administrativa", Causa B. 59.986, Sent. (2.005).
- CJSN “Adidas Argentina y otros c/ EN – M° de Economía – resol. 987/97, 512/98 y 1506/98 s/ amparo ley 16.986”, Fallos: 325:1.038 (2.002).
- Sala III Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, “De Lorenzi, María Gabriela c/Estado Nacional M. Justicia IGJ-Resolución N° 6/2.008”.
- CSJN “Álvarez, Mónica Susana – Inc. Med. C/ Estado Nacional s/Empleo Público”, Expte. 3.807/2.003.
- Corte I.D.H., Caso Lori Berenson Mejía C/Peru, del 25 de Noviembre de 2.004.
- Corte I.D.H. Sentencia, Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá, del 2 de febrero de 2001.
- CSJN “Losicer Jorge Alberto y otros c/ BCRA Resol 169/05 (EXP. 105666/86 SUM FIN 708)”, Fallos 335:1126 (2012).
- CSJN “Spinosa Melo, Oscar Federico c/ E.N. –M de Relaciones Exter. Comer. Internacional y Culto– s/ empleo público”, Fallos:329: 3.617 (2.006).
- CNACF “Sanchez Marta S. C/Consejo Federal de Inversiones” Sala I del 17/7/1.997.

- CSJN “Spinosa Melo, Oscar Federico c/ E.N. M de Relaciones Exter. Comer. Internacional y Culto s/ empleo público”, Fallos 329:3617 (2.006).
- CSJN, “Madorrán, Marta C. c/Administración Nacional de Aduanas”, Fallos: 330:1989 (2.007).
- CSJN “Anaut, Roberto Javier c/Estado Nacional Armada Argentina s/despido”, Fallos 335:378 (2.012).
- CSJN “Chalet Víctor José c/Nación”, fallos 295:759, (1976).
- CSJN, “Berges, Pedro vs Gobierno Nacional”, Fallos 166:264 (1.932).
- CSJN, “Gerlero, Joaquín Carlos Vs. Nación Argentina”, Fallos 220:283 (1.961).
- CSJN, “Guida, Liliana c/Poder Ejecutivo Nacional s/empleo público”, Fallos 323:1566 (2.000).
- CSJN, “Richeri, Agustín c/Municipalidad de Buenos Aires”, Fallos 22:37 (1.880).
- CSJN, “Herrera c/Gobierno Nacional”, Fallos 99:309 (1.904).

ANEXO E – FORMULARIO DESCRIPTIVO DEL TRABAJO FINAL DE GRADUACIÓN

AUTORIZACIÓN PARA PUBLICAR Y DIFUNDIR TESIS DE POSGRADO O GRADO A LA UNIVERIDAD SIGLO 21

Por la presente, autorizo a la Universidad Siglo21 a difundir en su página web o bien a través de su campus virtual mi trabajo de Tesis según los datos que detallo a continuación, a los fines que la misma pueda ser leída por los visitantes de dicha página web y/o el cuerpo docente y/o alumnos de la Institución:

Autor-tesista <i>(apellido/s y nombre/s completos)</i>	Villavicencio, Sergio Leonardo
DNI <i>(del autor-tesista)</i>	24.570.343
Título y subtítulo <i>(completos de la Tesis)</i>	REGIMEN DISCIPLINARIO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS NACIONALES Sanciones disciplinarias y debido proceso
Correo electrónico <i>(del autor-tesista)</i>	sergioleo01@hotmail.com.ar
Unidad Académica <i>(donde se presentó la obra)</i>	Universidad Siglo 21

Otorgo expreso consentimiento para que la copia electrónica de mi Tesis sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21 según el siguiente detalle:

Texto completo de la Tesis <i>(Marcar SI/NO)^[1]</i>	SI
Publicación parcial <i>(Informar que capítulos se publicarán)</i>	

Otorgo expreso consentimiento para que la versión electrónica de este libro sea publicada en la página web y/o el campus virtual de la Universidad Siglo 21.

Lugar y fecha: _____

Firma autor-tesista

Aclaración autor-tesista

Esta Secretaría/Departamento de Grado/Posgrado de la Unidad Académica:
_____certifica que la tesis

adjunta es la aprobada y registrada en esta dependencia.

Firma Autoridad

Aclaración Autoridad

Sello de la Secretaría/Departamento de Posgrado

[1] Advertencia: Se informa al autor/tesista que es conveniente publicar en la Biblioteca Digital las obras intelectuales editadas e inscriptas en el INPI para asegurar la plena protección de sus derechos intelectuales (Ley 11.723) y propiedad industrial (Ley 22.362 y Dec. 6673/63. Se recomienda la NO publicación de aquellas tesis que desarrollan un invento patentable, modelo de utilidad y diseño industrial que no ha sido registrado en el INPI, a los fines de preservar la novedad de la creación.