

Cesantia Nulidad

JURISPRUDENCIA

Cesantía. Nulidad

Se hace lugar al recurso de apelación y se

revoca la sentencia de primera instancia.

En la ciudad de San Nicolás de los Arroyos, a los 26 días del mes de marzo de

2015, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Nicolás, integrada por los Dres. Cristina Yolanda Valdez, Marcelo José Schreginger y Damián Nicolás Cebey (no suscribiendo la presente por encontrarse excusado), integrado el Tribunal por el Sr. Juez Dr. Fernando Gabriel Kozicki, desinsaculado conforme surge de fs. 245, se reúne en Acuerdo Ordinario para dictar sentencia definitiva en los autos "RANDELLO MIGUEL OSCAR C/ MUNICIPALIDAD DE SAN NICOLAS DE LOS ARROYOS S/ PRETENSION ANULATORIA", en trámite bajo el n° 1912-2014. Según el sorteo efectuado se estableció el siguiente orden de votación: Dres. Cristina Yolanda Valdez, Marcelo José Schreginger y Fernando Gabriel Kozicki .

ANTECEDENTES DEMANDA A fs. 21/36 el Sr. Oscar Miguel Randello inicia demanda contra la Municipalidad de San Nicolás, comprensiva en anulatoria y de resarcimiento de daños y perjuicios contra un acto administrativo de alcance particular emanado de su Poder Ejecutivo, Decreto N° 39/04, ante el cual dedujo en sede administrativa recurso de revocatoria, que posteriormente denegó las peticiones del agente a través de la resolución del 30 de junio de 2.004. Allí se confirmó la cesantía del recurrente, en virtud de considerarlo en situación de incompatibilidad por haber obtenido una jubilación ordinaria en el ámbito de la ley 24.241. Expone que la resolución vulnera en forma manifiesta derechos de carácter subjetivo, en especial, las disposiciones de los arts. 14, 15, 65 y cc. de la ley 11.757, afectando el derecho a la estabilidad en el empleo municipal. Entiende que el decreto de cesantía constituyó un acto ilegítimo y arbitrario, pues conforme a la Ley 11.757, su caso sólo podía haber sido tratado mediante la sustanciación de un sumario previo, procedimiento obligatorio al que el municipio debió respetar. Alude que el decreto describe una serie de actos y omisiones que califica de irregulares y configurativos de inconducta notoria que no implican vicios, a lo sumo incumplimiento de obligaciones o faltas disciplinarias en el marco del empleo público. Funda en derecho, acompaña y ofrece pruebas, hace reserva del Caso Federal y peticona sentencia favorable a su reclamo, con costas.

CONTESTACIÓN DE DEMANDA A fs. 51/59, comparece la Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos, representado por su apoderado, Dr. José Antonio Hormazábal, solicitando el rechazo de la demanda, con costas. A fs. 128/129 comparecen en nombre de la Municipalidad de San Nicolás, los letrados Sebastián Ferrari Sebastián Di Lorenzo, solicitando ser tenidos por parte en el carácter invocado y que acreditaron, manteniendo el mismo domicilio legal constituido. En el primer libelo, se efectúan las negativas pertinentes, se expresa que el decreto impugnado se originó con motivo de los requerimientos realizados por la ANSES, la que informó que el actor había obtenido en fecha 20 de octubre de 2.003 la prestación por jubilación, de conformidad a la Ley 24.241. Que dicha eventualidad no se comunicó a la Municipalidad, como tampoco a la referida Administración Nacional, acerca de la relación de dependencia que lo unía a la primera. Se explica que por el art. 34 de la Ley 24.241, la percepción de beneficios previsionales, incluso la jubilación por invalidez, derivado de leyes anteriores a la norma nacional, como los otorgados por el régimen previsional público creado por dicha ley, son incompatibles con el desempeño de tareas en relación de dependencia. Se considera que si el hoy actor había conseguido en octubre de 2.003 el beneficio previsional de jubilación al haber alcanzado las condiciones de edad y servicios descriptos, el Poder Ejecutivo comunal entendió que bajo esas circunstancias conforme la Ley 24.241, el mismo se encontraba comprendido dentro de las causales previstas en el art. 11 de Ley 11.757. Y se cita jurisprudencia.

Para culminar, en subsidio, para el caso hipotético que se resolviera hacer lugar a la demanda, solicita la demandada que la pretensión resarcitoria de los haberes dejados de percibir, así como la de reincorporarse al cargo, no podrían extenderse más allá del plazo en que el actor se encontrara en condiciones de obtener la jubilación en los términos del dto-ley 9650/80. Acompaña y ofrece pruebas y hace reserva del Caso Federal, requiriendo el rechazo de la demanda.

SENTENCIA Con fecha 7 de febrero de 2014 se dicta sentencia final en la causa bajo los siguientes fundamentos y alcances. Ponderando normativa aplicable al caso, cita el art. 59 de la Ley 11.757, que establece como obligación del agente municipal la de declarar las actividades oficiales o privadas que sean computables para los servicios jubilatorios, así como toda actividad lucrativa, ya sean éstas anteriores al empleo comunal o simultáneas; agrega también del legajo de personal, surgen denunciados los diferentes trabajos con aportes realizados por el accionante. Menciona que no resulta materia de controversia que a la fecha del decreto de cese cuya nulidad se pretende, el 9 de enero de 2.004, el actor se desempeñaba como empleado del municipio demandado, perteneciendo a su planta permanente. Explica que el art. 161 de la Ley 24.241 regula que la ley aplicable en materia jubilatoria es la vigente al cese de servicios o a la fecha de la solicitud del beneficio. Luego manifiesta que el actor dejó constancia en su legajo personal municipal al folio 46 en fecha 27 de junio de 2.000, que había ingresado su legajo jubilatorio en ANSES para la obtención de su beneficio pasivo, con

acreditación de sus servicios con aportes al régimen previsional nacional, para luego reseñar que: "Si bien dijo en esa nota que peticionó su beneficio jubilatorio en el año 2.000, del informe de gestión del sistema de A.N.Se.S. obrante en fs.146, se lee que la fecha de inicio o de alta de su expediente jubilatorio fue el 8 de setiembre de 2.003, ya en vigencia del decreto de necesidad y urgencia (D.N.U.) N°1.306/2.000, publicado en el Boletín Oficial el 3 de enero de 2.001 (arts. 1, 2 y 3 Cód. Civ.); no existiendo este D.N.U. al 27 de junio de 2.000 (folio 46, Legajo personal).- Ello -en armonía con el art. 161 de la Ley 24.241- significa que esta normativa -D.N.U. N°1.306/2.000- es la que debe aplicarse en la tramitación, otorgamiento y percepción del beneficio jubilatorio del actor." Resalta su discrepancia con el accionante cuando a fs. 22 vta. dice que "en fecha 20 de octubre de 2003,...obtuvo un beneficio previsional derivado de leyes especiales debido a su desempeño en tareas con altas calorías desarrolladas con anterioridad a su ingreso al Municipio, para la empresa SOMISA". La discrepancia sobreviene porque si bien se jubiló por el régimen previsional público nacional con actuación de la autoridad de aplicación, que es la Administración Nacional de la Seguridad Social, de la lectura de ese expediente N° 024-10-046924615-004-1, agregado sin acumular a este proceso, se lee que también denunció sus servicios municipales posteriores a los nacionales, prestados en la comuna local; circunstancia que surge incontrovertible del folio 2vta., del cómputo de sus servicios activos obrante en los folios 25 y 26 y de las remuneraciones por sus servicios bajo relación de dependencia de la comuna que fueran tomadas para el cálculo de su haber jubilatorio, según se lee en los folios 27 y 28 y del detalle del beneficio liquidado al folio 30/31.- Toda esta historia laborativa fue reconocida en el expediente N° 782-59000814-03 adjunto también a los demás; estando el cómputo de esos servicios prestados para S.O.M.I.S.A. al folio 11 de ese procedimiento. O sea que no se jubiló solamente con los servicios que por Leyes Especiales (tareas insalubres) se le reconocieron en el expediente iniciado al efecto, agregado al anterior y que corrió por N°024-20-046924615-118-1, también reconoció servicios prestados por cuenta propia mediante expediente N°782-0020830-6-03; aportes que acreditó con las boletas de pagos por sus tareas autónomas como peluquero (folios 4 a 30 inclusive)". Considera aplicable el fallo "Saglietti" emanado del Máximo Tribunal Federal que entiende deviene aplicable a esta situación, por el hecho que la Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos actuó dentro del marco de jurisdicción que le permitió el ordenamiento, al decretar la extinción de la relación laboral habida con el actor; no siendo necesario para ello la sustanciación previa de un sumario como éste sostiene en su demanda, citando: "...ya que como afirmó la C.S.J.N. a través del dictamen fiscal en "Saglietti" "En este orden de ideas y en lo que respecta al modo como debe interpretarse aquella norma, cabe recordar que V.E. tiene dicho que las leyes deben interpretarse conforme al sentido propio de las palabras, sin violentar su significado específico, máxime cuando aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente (Fallos 295:376; 315:1256; 316:2561, entre otros). Asimismo, ha establecido que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, que la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos 316:2561) y que debe buscarse una interpretación racional que permita a los jueces superar las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal (Fallos: 319:2678). Considera que al estar clara la motivación legal de cese el actor, y al haber planteado el demandante un recurso de revocatoria que fue resuelto con previo dictamen legal, estima que aunque esta última decisión no haya mencionado concepto alguno sobre la fundamentación de inconducta notoria y su disconformidad como plantea el actor, no fue esa la causa principal de cese, sino la incompatibilidad jubilatoria-laboral existente en la percepción simultánea de ambas remuneraciones activa y pasiva prevista por el ordenamiento jurídico vigente a la fecha de la solicitud jubilatoria. Por todo lo cual, desestima la pretensión de nulidad del decreto N° 39/04 incoada contra la Municipalidad local, y de la resolución que rechaza su recurso de revocatoria de fecha 30 de junio de 2.004, en tanto esos actos administrativos dictados por la accionada, se ajustan a derecho; por ende, no se expide sobre los rubros peticionados tales como reincorporación al cargo municipal y percepción de haberes impagos. Imponiendo las costas en el orden causado (con base en el art. 51 inc. 2° CCA). Regula los honorarios profesionales pertinentes. RECURSO DE APELACIÓN A fs. 204/217 la actora inerpone recurso de apelación, que funda en los términos que a continuación se señalan. Pone de resalto la omisión de sustanciación del respectivo procedimiento administrativo en función de las causales esgrimidas por el Municipio demandado, limitándose a dictar unilateralmente e inaudita parte un decreto, disponiendo su cesantía. Dice que los hechos descriptos en el decreto no están comprendidos en las causas que determina el ordenamiento normativo aplicable (Ley 11757) y que el Municipio no ha cumplido los procedimientos que prevé dicha norma para disponer el cese recurrido. Menciona que la normativa que regula la vinculación de empleo público municipal (art. 59 y cc. de la Ley 11757) no establece la obligación del agente de comunicar su situación previsional; así, resalta que si no existe dicha obligación, mal puede la administración reprocharle una omisión en tal sentido. Añade que ni siquiera ha existido omisión o incumplimiento del recurrente en relación a la ANSES, pues el beneficio previsional que goza en función de la ley 24.241, es totalmente compatible con cualquier prestación en relación de dependencia, pública o privada. No existe incompatibilidad de ninguna naturaleza, tal como lo determina el art. 34 de la citada norma. Enfatiza la circunstancia que no pueden ser objeto de sanción las causales invocadas si no medió la instrucción del correspondiente sumario

administrativo previo; que ello torna ilegal el cese. En otro pasaje indica que el ordenamiento jurídico que establece la prestación previsional del recurrente, en el art. 34 de la ley 24.241, determina expresamente la compatibilidad absoluta de la prestación previsional con el desempeño en relación de dependencia de cualquier naturaleza. A modo de conclusión, expresa que en cuanto el ejecutivo local argumenta omisión dolosa, conducta notoria y perjuicio a los recursos del Estado Nacional, la cesantía carece de legitimidad, ya que no ha cumplido con los procedimientos que le impone la ley 11.757 para decretar la misma. Además, insiste en que la resolución que rechaza el recurso de revocatoria introduce causales de cesantía que no habían sido esgrimidas en el decreto recurrido, extremo que invalida procedimentalmente dichas invocaciones. Expone que debe tenerse en cuenta que la propia ANSES (cita las fs. 120/121) reconoce la compatibilidad del beneficio previsional acordado al señor Randello con su empleo municipal, y que el actor comunicó su situación ante el órgano previsional. Por todo ello, ratifica en un todo los argumentos esgrimidos contra el decreto 39/04 del ejecutivo local, en el sentido que corresponde su total anulación y la fijación del resarcimiento de los haberes caídos desde el cese arbitrario, hasta la efectiva reincorporación del compareciente.

CONTESTACIÓN DE AGRAVIOS A fs. 223/227 se presenta la demandada a contestar agravios. Considera acertado manifestar que conforme lo sostiene la a quo en sentencia, atento al fallo "Saglietti" de la CSJN, es que la Municipalidad de San Nicolás actuó dentro del marco de juridicidad. Que se encuentra probado en autos que el actor no comunicó tanto al Municipio la obtención del beneficio previsional, como a la ANSES la prestación continuada de servicios en la Comuna local. Alude a la Ley 24.241, que en su art. 34 se fija que la percepción de beneficios previsionales, serán incompatibles con la percepción de remuneraciones por el desempeño de tareas en relación de dependencia, con las limitaciones establecidas en el punto 3 de dicho artículo. Menciona que a partir de la obtención del beneficio jubilatorio (detallado: NI5 U 85 3 7 U), el actor ha continuado trabajando en la Municipalidad local, sin comunicarle su nueva situación que le crea incompatibilidad, ni a la ANSES la prestación continuada de servicios (cita el art. 13 inc. 2 ley 24.241, art. 59 inc. j ley 11.757). Destaca que el Departamento Ejecutivo, atendiendo las situaciones descriptas, consideró que por haber alcanzado las condiciones de edad y servicios exigidos por la ley de jubilación 24.241, el mismo se halla comprendido dentro de las causales previstas en el art. 11 de la ley 11.757. Por ello, concluye que resulta clara la motivación legal del cese del actor. Por los fundamentos expuestos, solicita se confirme la sentencia de grado.

TRATAMIENTO La Cámara estableció la siguiente cuestión a resolver: ¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada? A la cuestión, la Dra. Valdez dijo: Motiva la apertura de esta instancia, el recurso de apelación que interpusiera el actor contra la sentencia definitiva de anterior instancia, por la cual se desestimara la acción de nulidad perseguida, no expidiéndose sobre los rubros peticionados en fs. 34/vta. de demanda, tales como reincorporación al cargo municipal y percepción de haberes impagos (ver punto 2° de sentencia, a fs. 200 vta.). Y se imponen las costas por su orden. I.- Preliminarmente, y en prieta síntesis, debo recordar y traer a colación, el criterio que sustentara en mi voto en los autos "Pedoto" n° 1911 en RSD de fecha 12/2/2015 sobre la innecesariedad, que desde ya adelanto de aplicación al sub examine, del sumario previo en materia como la de autos. La Ley 11.757 rige la relación de empleo público municipal. El inciso "f" de dicho articulado dispone como causal de cese estar comprendido en las causales de inhabilidad o incompatibilidad, mientras que el inciso "i" dispone que a partir que el agente haya alcanzado las condiciones de edad y servicios exigidos por las leyes jubilatorias -sin especificar cuáles- y automáticamente a partir de los 65 años si está en condiciones de obtener jubilación, también es causal de la medida. Quedó probado que al momento del cese 12/1/04 (folio 31 del legajo personal reservado), al actor le fue concedido el beneficio jubilatorio por parte del Anses a partir del 8/9/03 (folio 29 expte. Anses reservado). Ahora pues, entiendo que la causal de cese en lo que hace al régimen de incompatibilidad en el ámbito público municipal, resulta ser "objetiva" y que la estabilidad del empleado público cede ante el acaecimiento de la misma. Considero que, cuando median causales objetivas que habilitan la disposición del cese, no requiere de sumario administrativo previo, pues operada la situación legal, la Administración se encuentra facultada para la aplicación de aquél.

En el sub lite, las circunstancias fáctico-jurídicas dejaron expedita la potestad de aplicación de la medida, surgiendo de la parte resolutive del Decreto Municipal en cuestión, su fundamento en los incisos "f" e "i" del artículo 11 de la Ley 11.757. Advierto que no se trata de la disposición de una medida expulsiva proveniente de una actuación disciplinaria que requiera inexorablemente sumario previo que posibilitara el derecho de defensa. Si bien, en uno de los considerandos del Decreto se insinuó una conducta de contenido negativo del agente, ello no fue el fundamento central para disponer el cese del actor, sino su encuadramiento en la situación de incompatibilidad. Y en este aspecto coincido con la posición de la señora Jueza a-quo. Antes de continuar el análisis, haré un paréntesis para vincular al tema la queja referida a fs. 216 vta. en cuanto a la multiplicidad de argumentos para disponer el cese por parte de la demandada, y que ello -según la posición del apelante- habría hecho suponer el real fundamento a la señora jueza de la anterior instancia; considero que este punto debe desestimarse, en atención que la misma efectuó un análisis de la actuación de la Administración de la mano de la tarea interpretativa que ocupa a los jueces. Continuando entonces, y respecto al derecho de defensa del recurrente no lo encuentro afectado, debido a que en sede administrativa tuvo oportunidad de recurrir el acto

administrativo, sin efectuar postulaciones u ofrecimiento de medios probatorios que no hayan sido tratados o atendidos por el Ejecutivo Municipal interviniente, a través del recurso de revocatoria. Destaco que el planteo del recurso administrativo es similar al presentado en esta instancia, al igual que su prueba. A mi modo de ver, queda a la vista la inviabilidad de sumario administrativo previo. En primer lugar, por no corresponder actuación de orden sancionador o disciplinario, siendo aún la causa del cese, de carácter objetivo. Además, encuentro oportuno recordar la definición de Marienhoff de la potestad sancionadora de la Administración: "...es la que le compete a ésta para imponer correcciones a los ciudadanos o administrados, por acción de éstos contrario a lo ordenado por la Administración, y sanciones disciplinarias a los funcionarios o empleados por faltas cometidas en el ejercicio de su cargo, todo ello sin perjuicio de la acción de los tribunales judiciales." En segundo término, porque al derecho de defensa (art.18 CN y art. 10 CPBA) lo abarcan el derecho a ser oído, a ofrecer y producir prueba y a recurrir. En lo que a ello concierne, Helio Juan Zarini en "Constitución Argentina. Comentada y Concordada", Ed. Astrea, Bs. As, 1996, pág. 98, refiere a que la defensa es una garantía amplia y significa que todo habitante tiene derecho de ocurrir ante la justicia o los órganos administrativos para la defensa de su persona y de sus derechos, teniendo allí que ser oído, de hacer valer sus medios de defensa conforme la ley y de obtener una resolución que debe ser oportuna en el tiempo, y debe estar fundada debidamente y ser justa. El Sr. Randello ha ejercido su derecho de defensa en sede administrativa y ha reeditado su planteo en sede judicial. Aún en el extremo hipotético de pensar en la necesidad de una mínima actuación previa, que reitero, no requiere el caso, el derecho de defensa del recurrente, de raigambre constitucional (art. 15 CPBA, art. 18 CN, art. 8 punto 1, art. 8 punto 2 letra "g" del Pacto de San José de Costa Rica) no se ha visto afectado, teniendo en cuenta el suceso de las actuaciones administrativas. A mayor abundamiento, considero oportuno citar el voto del Dr. Hitters en la causa B 59.986, "Caselli, Juan Carlos c/ Provincia de Buenos Aires) Inst. de Loterías y Casinos) s/ Demanda contencioso administrativa", en el que expresó en lo pertinente: "...Según mi criterio, la existencia de irregularidades en el desarrollo del trámite relacionadas con la efectividad del debido proceso, no necesariamente debe llevar a la declaración de nulidad del acto administrativo, por cuanto la adopción de tal solución, de manera genérica, al imponer una trascendente dilación temporal en la adopción definitiva de la decisión de fondo (art. 15 de la Const. bonaerense). Los yerros que puedan originarse en la sustanciación de un procedimiento de este tipo admiten una categorización en función de su gravedad, en una graduación que puede comenzar en: irregularidades intrascendentes, pasar por defectos subsanables y culminar en anomalías insanables. Entiendo, en definitiva, que no es factible fijar criterios rígidos en la materia, razón por la cual no comparto el pensamiento de mi distinguido colega del primer voto cuando sostiene que no es aceptable como postulado general el principio de subsanación, es decir, que la ilegitimidad del trámite administrativo sea imposible de salvar en sede judicial. Sin que lo que acabo de expresar signifique un bill de inmunidad para que las autoridades administrativas violen las reglas del debido proceso, considero que aquélla debe seguir siendo la regla, pues la anulación del acto -como dije- puede atentar contra la celeridad y la seguridad, y por ende, contra la justicia del caso." En la misma causa y en forma previa, también dijo citando a Tribiño, Carlos "Procedimiento Administrativo y derecho de defensa, obra colectiva Procedimiento Administrativo. Jornadas organizadas por la Universidad Austral. Editorial Ciencias de la Administración. pág. 573 y sigtes.: "...Lo cierto es también que, como materia de reflexión, hay que tener en cuenta que la anulación de un procedimiento por razones formales dilata la decisión de fondo de la cuestión..." II.- Antes de ingresar en un segundo tópico, cual es ver si el actor encuadra o no en la incompatibilidad achacada, aclaro que el criterio aquí sustentado no difiere del por mí expuesto al emitir voto en la causa "Cocci", y más recientemente "Pedoto", siendo exacto además, la referencia efectuada por la colega de grado, en cuanto a que, ante el planteo del recurso extraordinario contra el fallo de esta Cámara dictado por mayoría, la SCBA no tratara en lo fondal por inadmisibilidad formal; y que aún robustece la posición de la instancia, como así también los fundamentos del presente, el fallo de la CSJN "Saglietti" sentencia del 22-02-2011. III.- El actor recurrente obtuvo el haber previsional al amparo de la Ley 24.241, modificatorias y complementarias a partir del 9 de setiembre de 2003, según refiere el propio acto de concesión del mismo (folio 29 expte. administrativo 024-20046924615-004-1 de la Anses reservado). La Ley 24.241 -B.O. 1/10/93- en su texto originario no admitía la compatibilidad entre el goce de prestaciones y el desempeño de actividades remuneradas (art. 34), por lo que el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social autorizó a que continuaran en actividad los beneficiarios que hubieran vuelto a trabajar antes de la fecha de prórroga del régimen de compatibilidad limitada dispuesta por Resolución 39/92 del citado Ministerio, concluyendo la autorización el 15 de Julio de 1994 (conf. art. 1º, decreto 56/94). La Ley 24.347 -B.O. 24/6/94-reformó el art. 34 y autorizó a los beneficiarios previsionales a que reingresaran a la actividad, sin limitación alguna en cuanto a la percepción de los haberes previsionales. La Ley 24.463 -B.O. 30/3/95- modificó nuevamente el art. 34 y dispuso que: "los beneficiarios de prestaciones del régimen previsional público podrán reingresar a la actividad remunerada tanto en relación de dependencia como en carácter de autónomos". El Decreto de Necesidad y Urgencia n° 1306/00 -B.O. 3/1/01- dispuso en su artículo 9, la sustitución del artículo 34 de la Ley 24.241 y modificatorias, para normar en lo que al tema interesa, el régimen de incompatibilidades. Prescribió que resulta incompatible la percepción de beneficios previsionales incluida la jubilación por

invalidez, derivados de leyes anteriores a la sanción de la misma o leyes especiales. También resultan incompatibles con los otorgados por el Régimen Previsional Público creado por la propia Ley, con la percepción de remuneraciones por el desempeño de tareas en relación de dependencia, con las limitaciones que indica en el artículo 9° del Decreto 1906/00. Dicha limitación refiere a que la incompatibilidad sólo se aplicará al excedente de la suma equivalente a siete con cincuenta MOPRE. A su vez, dispone la absoluta incompatibilidad en caso que el beneficiario tenga menos de 55 años de edad. Seguidamente, el artículo alcanzado (34 de la Ley 24.241, punto 4, dispuso que: "A los beneficiarios de Jubilación Ordinaria del régimen de capitalización individual que continúen o reingresen a la actividad, percibiendo remuneraciones por tareas en relación de dependencia, se les suspenderá la percepción de todo componente estatal que supere la suma establecida en el punto anterior. Luego en el punto 6 dispuso que: "Las remuneraciones correspondientes a trabajadores jubilados que continúen o reingresen a la actividad dependiente o autónoma generarán aportes y contribuciones a todos los sistemas de seguridad social, incluso los establecidos en el artículo 11 de la presente ley. Los aportes personales para el régimen jubilatorio se regirán por lo dispuesto en el art. 145 apartado 5 inciso a) de la ley 24.013." Del estudio de la normativa reseñada y su confronte con los hechos y actos acaecidos señalados en los antecedentes, surge claro que el Decreto 1306/00 resultaba de aplicación al caso de incompatibilidad del Sr. Randello. Y siendo que no se patentizan en las constancias de autos, que la inaplicabilidad al caso de dicho decreto fuera sostenida en esta instancia, debe estarse a su prescripción en lo que hace al tema de incompatibilidad para el recurrente. Aclaro que, aún constando en autos el informe de fs. 120/121, el mismo no posee carácter vinculante y resulta una prueba más entre todos los medios probatorios rendidos, desde que los jueces no están obligados a valorar todas las pruebas producidas, sino solamente aquellas que resulten idóneas y conducentes (conf. CSJN, F: 314:303; arg. art. 384 CPCC, art. 77 inc. 1° CCA), es decir, sólo las que se estimen decisivas para la solución de la controversia, así como tampoco se encuentran obligados a analizar los argumentos utilizados por las partes que a su juicio no sean decisivos (F: 311:1191). Ha quedado acreditado que la fecha de solicitud del beneficio previsional por parte del recurrente fue el día 08/09/03, y que habiendo nacido el día 19/12/45 (v. fs. 3 de estos autos), contaba para entonces con 57 años de edad. La situación apuntada, selló de manera indubitada la suerte de la pretensión que ocupa este pleito, ya que no cabe sino encuadrar al actor en la incompatibilidad (artículo 34 punto 3 Ley 24.241 modificado por Decreto 1306/00) respecto de la percepción del beneficio previsional del cual goza. La norma resulta amplia en su alcance al señalar la incompatibilidad del pasivo-dependiente, por lo que no corresponde excluir del precepto al dependiente público municipal, calidad que revistara el actor al momento de la medida cuestionada. Por los fundamentos expuestos, y no encontrando que el acto impugnado inicialmente se haya emitido en contradicción con el orden jurídico positivo vigente, que merezca el reproche de ilegítimo, propongo confirmar la sentencia recurrida. Costas por su orden (art. 51 ap. 2 CCA s/ Ley 14.437). ASI VOTO. El Juez Dr. Schreginger dijo: I. Efectuaré, de modo liminar, un repaso de las constancias de autos. a. Se presenta el Sr. Miguel Oscar Randello (fs. 21/ 36 vta.) e interpone demanda contencioso administrativa contra la Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos, pretendiendo se declare la nulidad y se deje sin efecto el Decreto Comunal n° 39/04 (de fecha 9-I-2004) y sus consecuentes, en cuanto dispuso el cese de la condición de agente municipal a su respecto. Asimismo, pretende se reparen los daños y perjuicios que sostiene le ocasionara la medida (fs. 34, apartado VI.). Tras describir lo atinente a la relación de empleo público que lo vinculara con la Municipalidad de San Nicolás y efectuar diversas consideraciones jurídicas y legales del caso, expresó que el 13-I-2004 le fue notificado el Decreto Municipal n° 39/04, en el que, el entonces titular del Departamento Ejecutivo, dispuso el cese en su calidad de agente municipal. Alega que el cese se fundamentó en lo dispuesto en el artículo 60 del decreto ley n° 9650, artículo 34 Ley n° 24.241, artículo 9 decreto n° 1306/00 y artículo 11 incisos f) e i) de la Ley n° 11.757. Señala que contra dicho decreto interpuso recurso de revocatoria, que provocó la formación del expediente administrativo n° 441/R/04, siendo rechazado con fecha 30-6-2004, y notificado de ello el 2-7-2004. Expresa las razones por las cuales peticona la nulidad del Decreto aludido y de los actos comunales que son su consecuencia; focalizando su argumentación en lo atinente a la omisión dolosa que se le achacara. b. Corrido el traslado de la pretensión, la Comuna demandada A FS. 51/59 contesta la pretensión interpuesta. Sostiene que, mediante el Decreto del Departamento Ejecutivo n° 39/04, se dispuso con fecha el cese del agente municipal ahora actor, por los fundamentos expuestos en los considerandos y conforme lo dispuesto en el artículo 11 incisos "f" e "I" de la Ley n° 11.757. Expresa que, del Decreto aludido, surge que las actuaciones se originan con motivo de los requerimientos realizados por la Administración Nacional de la Seguridad Social (ANSES), que informa que el actor obtuvo con fecha 20-10-2003 la prestación por jubilación conforme lo recepta la Ley n° 24.241; agrega que el actor no comunicó ni al Municipio de San Nicolás, ni a la Administración Nacional de la Seguridad Social, la prestación continuada de servicios en la misma. Esgrime que el actor, en síntesis, poseía una incompatibilidad con la percepción de remuneraciones por el desempeño de tareas en relación de dependencia y que, pese a ello, continuó trabajando en la Municipalidad sin comunicarle (artículo 13 inciso 2 Ley n° 24.241, artículos 59 inciso j de la Ley n° 11.757) su nueva situación que le crea incompatibilidad. c. a fs. 186/201 la Sra. Jueza de grado dicta sentencia, desestimando la pretensión de nulidad del

Decreto n° 39/04, con los fundamentos que sintetizo. Repasa el texto del aludido Decreto, en especial en cuanto a que -en el "visto"- se lee que la Administración Nacional de la Seguridad Social (A.N.Se.S.) informó a la Comuna que el actor había obtenido con fecha 20-10-2002 su prestación jubilatoria bajo el régimen nacional regulado por la Ley 24.241; y añade que, en su motivación, se transcribieron los artículos 60 del decreto ley n° 9650/80, 34 de la Ley Nacional de la Seguridad Social n° 24.241, y 11 de la Ley n° 11.757; concluyéndose que el actor había dolosamente ocultado la percepción de su jubilación, por lo cual -ante la sola comprobación del vicio apuntado- correspondía restablecer el orden jurídico afectado, encontrándose alcanzado por causas que posibilitaban su cesantía, la que se dispuso con fecha 12-1-2004, con fundamento en el artículo 11 incisos f) e i) de la Ley n° 11757.

Señala que, de los antecedentes obrantes en la causa, no se encuentra controvertido que el actor, a la fecha del Decreto Municipal de su cese, era personal municipal de planta permanente y también que comenzó a gozar de una prestación previsional. Seguidamente, refiere que ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Saglietti, Inés Marina c/ E.N., Ministerio de Justicia s/ amparo", sentencia del 22-II-2011, haciendo distintas citas de dicho fallo para justificar el cese del agente ante la pérdida de estabilidad producto del comienzo del goce de una jubilación o haber de retiro. Expone que, frente al dictado del decreto de extinción de la relación de empleo público no resultaba imprescindible la pervia instrucción sumarial por pérdida de la estabilidad, por ser la incompatibilidad la que está expresamente vedada por los artículos 34 de la Ley 24241 texto según artículo 9 del DNU n° 1306/2000 y 11 de la Ley 11757, como también por la doctrina legal del fallo "Saglietti" en cuanto a que: "...la pérdida de la estabilidad se produce cuando el agente comienza a gozar de una jubilación o haber de retiro y, desde ese momento, su designación puede ser cancelada por la autoridad competente..." d. A fs. 204/217 la actora interpone recurso de apelación, y expone sus agravios. En primer lugar efectúa una síntesis de los antecedentes y de los fundamentos de su pretensión (omisión de sustanciación de procedimiento, atribución de omisión dolosa de comunicación e inconducta notoria, hechos no comprendidos en el ordenamiento normativo aplicable Ley 11757), la actitud de la Comuna en sede judicial (incorporando argumentos no esgrimidos en el Decreto n°39/04), y el fallo de grado (que no considera como causa principal del cese la inconducta notoria u omisión dolosa)- expresa como agravios que -en el decisorio de grado- se soslayó la omisión comunal de sustanciar el procedimiento impuesto por la Ley n° 11.757 para disponer el cese del agente; y no se tuvo en consideración la falta de configuración de la pretendida incompatibilidad o inhabilidad del compareciente en el empleo público, y exponiéndose situaciones contradictorias. Destaca la contestación del ANSES de fs. 120/121 evacuando una medida para mejor proveer dispuesta por la sentenciante. Evoca el apelante que, recién al resolver el recurso de revocatoria se mencionaron algunos argumentos vinculados con el inciso f del artículo 11 del EPM, y que el decisorio de grado yerra al apreciar los fundamentos del acto cuestionado. Añade que, en el decisorio recurrido, erróneamente se determina que la incompatibilidad jubilatoria-laboral fue el principal motivo del cese del actor; e itera que -pese a las disposiciones del dnu n° 1306/2000- la incompatibilidad parcial que implica dicha norma, lo es respecto de la percepción del haber previsional, y de ningún modo constituye una inhabilidad o incompatibilidad del empleo público; y que está previsto que -en dicho caso- el beneficiario pueda solicitar la reducción de su haber previsional hasta la concurrencia de la incompatibilidad. Añade que la Ley n° 24241 refiere al beneficio previsional y no al empleo público. Se expone también acerca de la inaplicabilidad, al caso, de los incisos "f" e "i" del artículo 11 del EPM; recurriendo a diversos argumentos, en especial los vinculados con el informe de la ANSeS, ya señalado. Añade que las normas invocadas en el fallo implican un reproche por incumplimiento de los deberes o quebrantamiento de las obligaciones del agente, que requieren de la sustanciación de sumario o procedimiento que garantice el derecho de defensa. Por ello considera erróneo que se apliquen los artículos 59 y 60 del EPM, invocados en el decisorio de grado. Itera que el actor no se encontraba en situación de incompatibilidad o inhabilidad, porque el artículo 11 inciso f del EPM refiere a la incompatibilidad prevista por el decreto ley n° 8078/73, el cual determina la imposibilidad de acumular más de un empleo público, sean nacionales, provinciales o municipales, lo que no se da en autos. Insiste que la incompatibilidad parcial del dnu n° 1306/2000 lo es con relación a la percepción del haber jubilatorio, no de la continuidad en el empleo. Señala que, por Decreto n° 438/2001 el PEN suspendió la entrada en vigencia del Decreto n° 1306/2000 hasta tanto adquiriera firmeza un eventual fallo que rechace la inconstitucionalidad del mismo, en la causa n° 700.027/2001 de la CFSG, para luego ser derogado por la Ley n° 26.222, por lo que ,sostiene, sus efectos y vigencia no fueron acreditados en los presentes actuados.

Señala que no resulta aplicable el inciso i) del artículo 11 de la Ley n° 11.757 toda vez que el actor no había alcanzado las condiciones de edad y servicios, e insiste que el actor obtuvo su beneficio previsional en el marco de la Ley n° 24241, computando servicios especiales (calorías e insalubridad), lo que le permitió acceder a un beneficio jubilatorio especial y no reunía los requisitos de edad de la Ley n° 9650, ni contaba con sesenta y cinco (65) años. Considera también como agravio la multiplicidad de argumentos para disponer el cese, la que no debe favorecer a quien en ella incurriera, y ante la cual la a quo -sostiene- ha tenido que interpretar cual fuera el principal. Solicita se haga lugar al recurso y se revoque la sentencia recurrida, haciendo lugar a la demanda incoada en todos sus términos. e. A fs. 223/227 la demandada contesta los agravios; aludiendo centralmente al fallo de

la CSJN ?Saglietti? que citara la a quo en la sentencia recurrida, y transcribiendo normativa y jurisprudencia que estima hace a su posición. II. Señalo que el presente caso, sin perjuicio de algunas circunstancias que lo diferencian (sobre todo las que refieren a las condiciones personales del actor), se asemeja sobremanera a lo que tuviéramos oportunidad de opinar -por mayoría- en sentencia del 19 de febrero de 2009 en causa n°581/2009 caratulada ?Cocci, Gabriel Omar c/ Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos s/ Pretensión Anulatoria? y que, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires confirmara en sentencia del 28 de marzo de 2011 en causa A. 70.148, "Cocci, Gabriel Omar contra Municipalidad de San Nicolás de Los Arroyos. Pretensión anulatoria - Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley". En el caso de autos la a quo adiciona la evocación del caso ?Saglietti?, de la CSJN, el cual -desde ya- considero que no resulta aplicable a nuestros actuados, cuestión que también ha sido resuelta en ocasión de fallar -por mayoría- en otro caso semejante al que se está tratando en el presente, ello en sentencia del 12 de febrero de 2015 en causa n° 1911-2014 caratulada ?Pedoto, Haroldo Mario c/ Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos s/ Pretensión Anulatoria y Resarcitoria?. III. Expresado lo anterior, considero oportuno señalar que la pretensión anulatoria actoral se dirige contra un Decreto del DE de la Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos, ratificado al rechazar -el entonces Intendente- la revocatoria articulada por Randello. Lo decidido y la motivación que se expresa en tal Decreto, esencialmente, coinciden con el que se analizara en ?Cocci? y ?Randello?. Y difieren en lo atinente a la edad de los agentes públicos, y lo que se vincula con sus respectivos trámites y haberes jubilatorios. En dichos precedentes se vislumbra un debate vinculado con la ?incompatibilidad? / ?inhabilidad? que alega la Comuna para hacer cesar (o, aunque no son sinónimos desde lo jurídico, ?dejar cesante?) a un agente municipal vinculado con ella mediante una relación de empleo público, de planta permanente, con estabilidad; y a los que se atribuyera un incumplimiento de sus deberes y obligaciones (sostiene la Comuna que comunicar la obtención del beneficio jubilatorio quedaba incluido en tales conceptos). IV. Considero oportuno principiar por analizar lo atinente a ?la causa principal? -que así estimó el decisorio en crisis- de la desvinculación dispuesta por el entonces Intendente Municipal. Aclaro, en primer término, que surge de la propia fundamentación de la sentencia que se sostiene, por la a quo, una pluralidad de causales para disponer la desvinculación, considerando la iudex que la principal se vinculaba con la incompatibilidad / inhabilidad entre el desempeño del empleo público (municipal, en el ámbito bonaerense, esto es, conforme el EPM) y el haber jubilatorio nacional; el cual -a su vez- el actor no había comunicado a su empleador (Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos), y que lo tornaba incurso en una conducta que subsume la a quo en los artículos 11, 59 y 60 del EPM, que cita en su resuelvo (fs. 200 vta.). Disiento con los argumentos de la distinguida colega de Primera Instancia, toda vez que: - a- se invoca en sentencia, en diversas oportunidades, el dictamen de la Procuración General de la Nación, en autos ?Saglietti Inés Marina c/ EN- M° Justicia -Resol 28/08 s/ amparo? [S.C. S. 853, L. XLV. (RECURSO EXTRAORDINARIO)]; - b- repararé lo allí expresado: - La Sala 1 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal había confirmado la sentencia de Primera Instancia anterior, rechazando un amparo interpuesto contra el Estado Nacional (Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos) tendiente a la revocación de la resolución mediante la cual se ordenó cancelar la designación de la amparista en la Secretaría de Seguridad por razones de servicio, con fundamento en lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley n° 25.164. La Cámara consideró que la opción ejercida por la actora (suspendiendo la percepción de su haber previsional para continuar desempeñándose en su función) en los términos del artículo 20 del decreto n° 894/01, no significa quitar virtualidad a lo establecido por el artículo 21 de la Ley n° 25.164, pues la Administración podía (Nacional, acoto), dentro de la competencia asignada, (subrayo) disponer o no el cese de los empleados comprendidos en ella, sin afectar la estabilidad del agente (artículo 14 bis de la Constitución Nacional), y dando primacía a que la agente (nacional) tuviese otorgado el beneficio, independientemente que no lo percibiera por su propia opción. Al reseñar la posición de la actora en su recurso extraordinario, se alude a que sostuvo la amparista que la resolución que cancela la estabilidad en el empleo afecta la garantía prevista por el artículo 14 bis de la Constitución Nacional, pues se hace mérito de una incompatibilidad inexistente e importa una cesantía encubierta, en tanto se cercena su carrera administrativa por una falsa causa ya que el goce de su haber de retiro se encuentra suspendido, en cumplimiento de las normas que así lo disponen para poder trabajar en la Secretaría de Seguridad y, por lo tanto, el artículo 21 de la Ley n° 25.164 no le resulta aplicable. El dictamen consideró que la actora percibió su haber de retiro (Caja de Retiro, Jubilaciones y Pensiones de la Policía Federal) hasta agosto de 2001, oportunidad en la que quedó suspendido el beneficio al haber optado (en los términos del Decreto n° 894/01) por percibir la remuneración correspondiente al cargo que desempeñó en la Secretaría de Seguridad Interior; y que posteriormente -mediante la resolución n° 208/08 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos- se dispuso la cancelación de su designación en aquel organismo por razones de servicio. Evoca que tal decisión se funda en el artículo 21 de la Ley n° 25.164, en tanto dispone que el personal que goza de jubilación o retiro no tiene derecho a la estabilidad y que su designación podrá ser cancelada en cualquier momento por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, mediante el pago de una indemnización. - c- Ante ello, señalo: tal reglamentación de la estabilidad del agente público abarca a los agentes del Estado Nacional, y no a los provinciales (y, en nuestro caso, a los municipales nicoleños), por

elementales razones vinculadas con el artículo 1 de la CN. El actor no ha perdido, por conducto de esa norma nacional la estabilidad que consagra el artículo 14º Inciso a) del Capítulo I "Planta Permanente", del EPM, y el artículo 103 inciso 12 de la Constitución Bonaerense, normas locales. Además, la Provincia de Buenos Aires constituye un estado autónomo y, por lo tanto, en principio no le sería posible al Estado Nacional inmiscuirse en la relación de empleo público de las jurisdicciones locales (Dejamos a salvo las posibles discusiones respecto de la aplicación de leyes de concertación o leyes base respecto de derechos fundamentales reconocidos por la Consitución Nacional, como así también respecto a la legislación de emergencia). Observando la normativa nacional (dejo aclarado que lo subrayado seguidamente no obra en el original) tenemos: La Ley n° 25164 (ver en <http://www.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/60000-64999/60458/norma.htm>) se denomina "LEY MARCO DE REGULACION DE EMPLEO PUBLICO NACIONAL?". Su artículo 1º dispone: - "Apruébase la ley marco de regulación de empleo público nacional que, como anexo, forma parte integrante de la presente?". Aunque tampoco se aplica a "todo" el personal del ámbito nacional: - "ARTICULO 5º - Quedan expresamente excluidos del ámbito de aplicación de la presente ley el personal del Poder Legislativo nacional y del Poder Judicial de la Nación, que se rigen por sus respectivos ordenamientos especiales.?" Por su parte, el Anexo de la Ley nuevamente acota su alcance: - "Artículo 1º - La relación de empleo público queda sujeta a los principios generales establecidos en la presente ley (...). Los derechos y garantías acordados en esta ley a los trabajadores que integran el servicio civil de la Nación constituirán mínimos que no podrán ser desplazados en perjuicio de éstos en las negociaciones colectivas que se celebren en el marco de la citada Ley 24.185?". Y también lo sigue acotando su artículo 3º: "La presente normativa regula los deberes y derechos del personal que integra el Servicio Civil de la Nación. Este está constituido por las personas que habiendo sido designadas conforme lo previsto en la presente ley, prestan servicios en dependencias del Poder Ejecutivo, inclusive entes jurídicamente descentralizados. Quedan exceptuados de lo establecido en el párrafo anterior: (...). Al personal que preste servicios en organismos pertenecientes a la Administración Pública Nacional, y esté regido por los preceptos de la Ley de Contrato de Trabajo N° 20.744 (t.o. 1976), y modificatorias o la que se dicte en su reemplazo, se les aplicarán las previsiones contenidas en ese régimen normativo?". Ahora bien, transcribiré el artículo 21 de la referida Ley Marco: "El personal que goza de jubilación o retiro no tiene derecho a la estabilidad. La designación podrá ser cancelada en cualquier momento, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. En ese supuesto el agente tendrá derecho al pago de una indemnización que se calculará de conformidad con lo normado en el artículo 11 de la presente ley, computándose a los fines del cálculo de la antigüedad, el último período trabajado en la administración?". Obviamente solamente puede aplicarse tal reglamentación del derecho a la estabilidad a los agentes comprendidos en la referida norma nacional, esto es, los agentes del servicio civil de la Nación, en las circunstancias que prevén los artículos antes transcritos. La norma local aplicable al agente municipal Randello, en su vínculo de empleo público con la Municipalidad de San Nicolás de los Arroyos, resulta ser el EPM, esto es, la Ley n° 11.757, la cual carece de una previsión reglamentaria como la prevista en el artículo 21 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional. En cuanto a la incompatibilidad que se invoca en el dictamen, y que se sostiene extendida a Randello, se sustentaría en el régimen nacional. El artículo 25 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional establece: "Es incompatible el desempeño de un cargo remunerado en la Administración Pública Nacional, con el ejercicio de otro de igual carácter en el orden nacional, provincial o municipal, con excepción de los supuestos que se determinen por vía reglamentaria, o que se establezca en el Convenio Colectivo de Trabajo?". El aludido EPM carece de una previsión como la antes transcripta. En efecto, solamente establece una limitación temporal para el ingreso (artículo 5º: "No podrán ingresar a la Administración: a) El que se hubiere acogido al régimen de retiro voluntario -nacional, provincial o municipal- sino después de transcurridos cinco (5) años de operada la extinción de la relación de empleo por esta causal, o a cualquier otro régimen de retiro que prevea la imposibilidad de ingreso en el ámbito provincial?"), y no aplicable al caso de autos toda vez que no se trata de un "retirado voluntariamente?". Por todo lo anterior, el Decreto comunal, en este aspecto de su motivación, debe ser desechado, en tanto no surge patente que existiera incompatibilidad o inhabilidad en las normas provinciales que regulan el empleo público municipal de modo de provocar la desvinculación del agente del modo en que lo ha plasmado la Comuna. Tampoco resulta de aplicación en autos lo que indica el dictamen evocado en la sentencia de grado, toda vez que el Decreto reglamentario n° 1421/02 (nacional, del 08-VIII-2002) establece que este derecho alcanza al personal incorporado a la planta permanente con anterioridad a la vigencia de la ley mencionada, pues a partir de su entrada en vigor la circunstancia de gozar de un beneficio previsional constituye un impedimento para el ingreso a la Administración (artículo 5º, inciso f, de la Ley n° 25.164). La reglamentación del artículo 21 de la LMEPN, conforme el Decreto n° 1421/02, prevé: "Este derecho alcanza al personal incorporado a la planta permanente con anterioridad a la vigencia de la Ley que se reglamenta por el presente, de conformidad con lo previsto en el artículo 5º inciso f) del Anexo a dicha norma?". Acoto, ley nacional y decreto nacional que la reglamenta, por ende, doy por iterado lo expresado en los anteriores párrafos. Cabe añadir que tampoco es aplicable al actor, lo previsto en el artículo 1 del decreto 894/01 en cuanto dice: "Establécese la incompatibilidad entre el cobro de

un haber previsional y la percepción de remuneración por cargo en la función pública, concediendo al personal involucrado la posibilidad de optar por la percepción de uno de los citados emolumentos?. Esto es, prevé la incompatibilidad entre haber jubilatorio y remuneración, y también la posibilidad de optar entre ellos. Obviamente, se vincula con lo expresado en el propio Decreto, esto es ?VISTO el Régimen sobre Acumulación de cargos, funciones y/o pasividades para la Administración Pública Nacional aprobado por el Decreto N° 8566 del 22 de septiembre de 1961, sus modificatorios y complementarios?. Y para mayor claridad: ?Que, en atención al principio de igualdad ante la ley, se dispone que esa incompatibilidad debe tener alcance general, comprendiendo a todas las personas que se desempeñan en la Administración Pública Nacional, con independencia del régimen o vinculación laboral o contractual a la que estén sujetas?. Por consecuencia, se acota al ámbito de aplicación del Decreto, esto es, ?todas las personas que se desempeñan en la Administración Pública Nacional?y, por ende, no involucra a un agente municipal bonaerense como el actor de autos. Acoto: más allá de la inaplicabilidad de tales normas nacionales a un agente no comprendido en su ámbito jurisdiccional, tampoco se percibe en autos que el Municipio implementara algún sistema de opción, como prevé el aludido artículo 2 (?El personal alcanzado por las disposiciones del artículo 1° del presente deberá formular dentro del plazo de TREINTA (30) días corridos a partir de su publicación la opción entre: a) la percepción del haber previsional o de retiro y continuar en el desempeño de la función, cargo o relación contractual, sin percibir la contraprestación correspondiente. b) solicitar la suspensión de su haber previsional o de retiro durante el desempeño simultáneo con el cargo, función o contrato, percibiendo la retribución correspondiente al mismo o el monto del contrato.- A partir de la vigencia del presente, el plazo para ejercer la opción prevista en este artículo para el personal ingresante de acuerdo con las regulaciones respectivas o por celebración de contratos, será de QUINCE (15) días corridos contados a partir de la notificación de la designación o celebración del contrato, según sea el caso?).

Por ende, en el caso de autos no se ha producido una ?pérdida de la estabilidad? que se produzca cuando el agente (acoto: nacional) comienza a gozar de una jubilación o haber de retiro y, desde ese momento, su designación puede ser cancelada por la autoridad (nacional) competente por razones de oportunidad, mérito o conveniencia. Por consecuencia, lo actuado por la comuna bonaerense demandada ha afectado [aún de sostenerse el criterio -que, itero, no comparto- sustentado en sentencia, en cuanto a que la incompatibilidad / inhabilidad habría sido la ?causa principal?] el derecho a la estabilidad que protege el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y el artículo 103 inciso 12 de la CP, toda vez que -por más que sea un derecho sujeto a reglamentación y pudiese ser limitado- no obran, en el ordenamiento bonaerense, supuestos que permitiesen configurar tal limitación. A modo de síntesis: el caso citado en la sentencia recurrida, y que vertebró el modo en que se decide la pretensión anulatória, no resulta aplicable al actor (artículos 1, 5, 14 bis, 28, de la CN y artículo 103, incisos 3 y 12. ss. y ccs. de la CP). Añado respecto de una cuestión que estimo no resulta central en el caso, pero que abordaré ante las iteradas transcripciones en sentencia, vinculadas con el modo en que deben interpretarse las normas [?En este orden de ideas y en lo que se respecta al modo como debe interpretarse aquella norma, cabe recordar que V.E. tiene dicho que las leyes deben interpretarse conforme al sentido propio de las palabras, sin violentar su significado específico, máxime cuando aquél concuerda con la acepción corriente en el entendimiento común y la técnica legal empleada en el ordenamiento jurídico vigente (Fallos: 295:376; 315:1256; 316:2561, entre otros). Asimismo, ha establecido que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, que la primera fuente para determinar esa voluntad es la letra de la ley (Fallos: 316:2561) y que debe buscarse una interpretación racional que permita a los jueces superar las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal (Fallos: 319:2678)?]. Lo transcripto no resulta aplicable en el sentido con que se pretende en autos, toda vez que no se planteó un debate como el que surge del fallo referido (?gozar?, ?percibir?). V. Despejado, a mi criterio, lo que refiere a la aplicabilidad del antecedente jurisprudencial nacional, en sentido contrario; y, por ende, lo que hace a la ?causa principal? de la desvinculación del agente público municipal Randello, corresponde continuar analizando los agravios del actor y, ahora, en lo que concierne a la restante causa invocada en el Decreto y en la sentencia, esto es, la ?inconducta notoria? y la ?omisión dolosa?. Cabe evocar que la Comuna ha considerado que el agente ha incurrido en tales conductas al no comunicar la obtención del haber jubilatorio nacional y, en virtud de ello, agregó tal motivación al acto por el cual dispuso la desvinculación. Debo comenzar evocando que el EPM, norma aplicable de modo primario al actor, en tanto agente municipal y en la órbita de la Provincia de Buenos Aires, dispone que son causales para el ?Cese?, entre otras, ?f) Estar comprendido en disposiciones que le creen incompatibilidad o inhabilidad? y ?i) A partir del momento en que el agente haya alcanzado las condiciones de edad y servicios exigidos por las leyes jubilatorias y automáticamente al cumplir los sesenta y cinco años de edad, siempre que se halle en condiciones de obtener la jubilación? (artículo 11). También como causal de cese la ?Cesantía encuadrada en el régimen disciplinario que impone este Estatuto? (inciso j del artículo 11). Destaco que surge evidente que ?cese? y ?cesantía? no son sinónimos, es más, la propia norma incluye como causal de ?cese? a la ?cesantía?. Cabe señalar, en cuanto a la alegada por la Comuna ?omisión?, que ésta habría consistido en no comunicar la obtención del beneficio jubilatorio nacional; empero, la obligación del agente es la de ?Declarar bajo juramento los cargos y actividades oficiales o privadas,

computables para la jubilación, que desempeñe o haya desempeñado, así como toda otra actividad lucrativa? [artículo 59, inciso j) del EPM]. De autos surge que el Municipio (con anterioridad a disponer la desvinculación) conocía que el actor se había desempeñado en SOMISA (legajo personal, fs 46/ 48, 90 y 91) y en Ferrocarriles Argentinos (legajo personal, fs. 88/89); también que, por su edad, carecía de las condiciones (al momento de la desvinculación) exigidas por la norma provincial para obtener su jubilación (fs. 46 del legajo personal). Ahora bien, en caso que el actor hubiese incurrido en tales circunstancias, y por la consecuencia que ello podría acarrearle, no podía obviarse las garantías que establece el EPM para llegar al cese por disponerse su cesantía, derivada de la acreditación de la imputación y tras contar con la oportunidad de ejercer su derecho de defensa. Queda claro que, en este orden de ideas, puede ocurrir el cese mediante una resolución que dispone la cesantía, esto es, dentro del régimen disciplinario del EPM. El aludido EPM señala como primera norma de tal régimen, que "El agente de la Administración Municipal no podrá ser privado de su empleo, ni objeto de sanciones disciplinarias sino por las causas y procedimientos determinados en este Estatuto" (artículo 61). Prosigue distinguiendo entre sanciones disciplinarias correctivas, y expulsivas (artículo 62). Dentro de las expulsivas se encuentran la cesantía y la exoneración. Ahora bien, también señala las causales por las cuales se podrá sancionar "hasta con cesantía" (artículo 64), e incluye: - "4. Incumplimiento de las obligaciones determinadas en el artículo 58°, salvo cuando origine las sanciones establecidas en el artículo anterior?". "10. Falta grave que perjudique materialmente a la Administración Municipal o que afecte el prestigio de la misma?". La Comuna -de sostener que el actor había incurrido en omisión dolosa o conducta notoria, debía salvaguardar el derecho del agente, que dispone el artículo 67 del EPM: - "No podrá sancionarse disciplinariamente al agente con suspensión de más de diez (10) días o con sanción de mayor severidad, sin que previamente se haya instruido el sumario administrativo ordenado por la autoridad competente en las condiciones y con las garantías que se establecen en este Estatuto. No obstante, cuando la sanción no exigiere sumario previo, deberá preverse un procedimiento breve que asegure las garantías del debido proceso?". En autos, tales procedimientos de índole disciplinaria no se realizaron y directamente se procedió a la desvinculación. No resulta intrascendente la invocación comunal de las normas en su Decreto, ni tampoco en el fallo recurrido, toda vez -y así lo expresa el apelante- dan por sentado que Randello incurrió en las conductas que se le achacan. Recordemos que -en autos- el actor interpuso una pretensión anulatoria, contra los actos administrativos emanados del Departamento Ejecutivo de la Municipalidad de San Nicolás, por los cuales se dispuso su cese (en el Decreto n° 39/2004) y se rechazó el recurso de revocatoria (Resolución del 30 de junio de 2004). En su presentación inicial, sostuvo el apelante que "el decreto recurrido, en sus considerandos -que recoge como fundamentos de la parte resolutive- atribuye al presentante -extremos que negamos- haber omitido dolosamente comunicar su situación previsional, conducta notoria, y un acto irregular que perjudica los recursos del Estado Nacional? y "...que los hechos descriptos en el decreto, no están comprendidos en las causas que determina el ordenamiento normativo aplicable -Ley 11.757-, y que el municipio ha cumplido con los procedimientos que prevé dicha norma, para disponer el cese recurrido? (fs. 10 vta.). Añade: "También debe señalarse en relación a las imputaciones que fueron objeto de tratamiento precedentemente, que la mera invocación de las mismas en el decreto de la cesantía, constituyen un acto ilegítimo y arbitrario de la administración pública municipal, pues conforme lo determina la Ley 11.757 sólo pueden ser juzgadas, valoradas y sancionadas, mediante la substanciación del sumario previo, que dicha norma impone como procedimiento obligatorio al que el Municipio debe restringirse." (fs. 12 vta.). Seguidamente continúa dando argumentos en torno de esa idea central. En la apelación, el actor retoma su planteo (fs. 204 y ss.). De la lectura del Decreto por el cual el titular del Departamento Ejecutivo de la Comuna accionada dispone el cese, se desprende que: - * se dispuso "el cese del agente municipal (...) y conforme lo dispuesto en el Artículo 11 Inc. f) e i) de la Ley n° 11.757"; - * se consideraron diversas normas, tanto nacionales (artículo 34 de la Ley n° 24241 modificado por Ley n° 24.463; artículo 34 de la Ley n° 24241 sustituido por el decreto nacional n° 1306/00) como provinciales (artículo 60 del decreto ley n° 9650 y artículo 11 de la Ley n° 11.757); - * se tomó en cuenta el informe de la A.N.Se.S.; - * se achacó al actor haber "omitido dolosamente comunicar esta situación previsional?, lo que se entendió como "incumplimiento por conducta notoria ante el ocultamiento de tal situación previsional"; - * se sostuvo que tenía el actor un deber de comunicación ante la A.N.Se.S. y que, al no proceder de tal modo, "ha realizado un acto irregular que perjudica los recursos del Estado Nacional"; - * "en consecuencia, deviene legítima la posibilidad de disponer el cese del agente de mención por la sola comprobación del vicio, hallándose comprometido el interés público en la preservación del orden jurídico...".

Debo señalar que, de lo reseñado, se desprenden dos líneas argumentales utilizadas por el Municipio para emitir el Decreto: normas provinciales y nacionales, que tienden a dar marco normativo y conectarse con la segunda, centrada en el achaque de "omisión dolosa", "conducta notoria", realización de "acto irregular". Esta segunda línea argumental comunal se vincula con lo articulado en demanda, con lo expuesto en la sentencia de primera instancia, y con los agravios expuestos en el recurso de apelación.

Consecuentemente, estimo imprescindible analizar tales expresiones, en el marco de la norma estatutaria de los empleados públicos de los Municipios Bonaerenses. La Ley n° 11.757 (artículo 1) "dispone el régimen para el personal de las

Municipalidades de la Provincia de Buenos Aires" y regulando en su artículo 11 que "El cese del agente (...) se producirá por las siguientes causas: (...) f. Estar comprendido en disposiciones que le creen incompatibilidad o inhabilidad. i. A partir del momento en que el agente haya alcanzado las condiciones de edad y servicios exigidos por las leyes jubilatorias y automáticamente al cumplir los sesenta y cinco años de edad, siempre que se halle en condiciones de obtener la jubilación. j. Cesantía encuadrada en el régimen disciplinario que impone este Estatuto. (...)". Transcribo, además de los aludidos por el Municipio, el inciso j. del artículo por cuanto (a tenor de los considerandos que expresa la Comuna respecto de la conducta del actor) aparece como de posible aplicación, máxime el encuadramiento de la situación como de "cesantía" por razones disciplinarias ha sido planteado por el accionante (tanto durante el proceso como en el procedimiento) como por la a quo en diversas oportunidades y en derredor de los achaques a la conducta que se le ha imputado del apelante. En un primer análisis del tema abordado, podemos considerar si estamos frente a un "cese" o a una "cesantía", que -por el modo de redacción del artículo señalado- aparecen como distinguibles, en una relación de género y especie; la cesantía es uno de los supuestos del cese, y requiere de supuestos fácticos y jurídicos que involucran al "régimen disciplinario que impone este Estatuto" (inciso j transcripto). No está en discusión en autos que el actor venía revistando, hasta el Decreto que cuestiona, en la Planta Permanente de la Municipalidad accionada, con lo cual detentaba estabilidad (artículos 13 y 14 inciso a. y 15 del EPM), teniendo que cumplir con las obligaciones que enumera el artículo 59 y estándole vedado lo señalado en el artículo 60. No puede ser soslayado que un agente municipal "no podrá ser privado de su empleo, ni objeto de sanciones disciplinarias sino por las causas y procedimientos determinados en este Estatuto" (artículo 61). Tampoco podemos omitir que a un agente municipal se le pueden aplicar las sanciones previstas en el artículo 62 (que incluye la "cesantía" dentro de las "expulsivas"); y que las expulsivas pueden aplicarse (entre otras causales) ante "inconducta notoria", "incumplimiento de las obligaciones determinadas en el artículo 58º, salvo cuando origine las sanciones establecidas en el artículo anterior" y "falta grave que perjudique materialmente a la Administración Municipal o que afecte el prestigio de la misma" (incisos 3, 4 y 10, respectivamente, del artículo 63 del EPM). Dentro de las "obligaciones" del artículo 59 (al que remite el apartado 4. del artículo 64, aunque erróneamente indica "58") encontramos "Declarar bajo juramento los cargos y actividades oficiales o privadas, computables para la jubilación, que desempeñe o haya desempeñado, así como toda otra actividad lucrativa". También el EPM prevé (artículo 67) el marco procedimental aplicable para las sanciones de más de diez (10) días o con sanción de mayor severidad: "...sin que previamente se haya instruido el sumario administrativo ordenado por la autoridad competente en las condiciones y con las garantías que se establecen en este Estatuto. No obstante, cuando la sanción no exigiere sumario previo, deberá preverse un procedimiento breve que asegure las garantías del debido proceso". Continúa dicho artículo que "Toda sanción deberá aplicarse por resolución fundada de la autoridad de aplicación, que contenga la clara exposición de los hechos y la indicación de las causas determinantes de la medida. Esta atribución no es susceptible de delegación con la sola excepción referida a las sanciones correctivas conforme se prevé en el artículo 80º de este Estatuto". Cabe acotar que no resulta indiferente la causal en que el agente municipal culmina su relación de empleo público, toda vez que, por ejemplo, no podrá ingresar a la Administración (artículo 5 del EPM) "el que hubiere sido exonerado o declarado cesante en la Administración Nacional, Provincial o Municipal, por razones disciplinarias, mientras no esté rehabilitado por la autoridad de aplicación correspondiente" (inciso a.). Debo señalar que el derrotero lógico de los considerandos del Decreto va desde una enumeración de normas vinculada con el tema de las incompatibilidades, a la imputación de conductas al actor, para retomar la primera y concluir con el "cese" del agente. VI. Tengo para mí que la cuestión de la ausencia de sumario, en el caso, deviene una causal que -propongo- posee entidad para revocar la sentencia y anular los actos administrativos que vienen siendo cuestionados por el apelante, ya desde su actuación ante la Administración. Debo acotar que, aún cuando la incompatibilidad fuese "patente", "de puro derecho", "evidente", ello no permite admitir la cortapisa del derecho de defensa del agente, toda vez que -como lo señalara- la "cesantía" no es sinónimo de "cese", requiriéndose la sustanciación de sumario -tendiente a la concreción de la garantía constitucional de defensa y debido proceso adjetivo- para la salvaguarda de tal garantía. Cabe añadir que el propio EPM dispone, para los casos de otras faltas, de menor entidad y que no conlleven sanciones expulsivas, la posibilidad de otros procesos, abreviados, aunque sin permitir la vulneración de la señalada garantía constitucional [artículo 73, apartado b., del EPM: "(...) Para las demás sanciones se seguirá el procedimiento que se establezca y a falta de él se seguirán las reglas del debido proceso", en consuno con el artículo 67, "(...) No obstante, cuando la sanción no exigiere sumario previo, deberá preverse un procedimiento breve que asegure las garantías del debido proceso"]. Vinculado con el modo en que el derecho de defensa y las garantías del debido proceso se tornan concretas, el Dr. Domínguez expresaba (SCBA, sent. del 30/05/07, causa B. 58.622, "Marín, Verónica Elizabeth contra Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa"): - "En este sentido se ha dicho que: 'El derecho a ser oído presupone entre otros aspectos: a) la publicidad del procedimiento, especialmente para el administrado afectado; b) oportunidad para éste de expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo; c) consideración expresa para la Administración Pública de los argumentos y cuestiones

propuestas por las partes, todo lo cual tiene especial vigencia en los supuestos en que el acto administrativo producido importa una sanción para el administrado. En todo procedimiento administrativo, tratándose del ejercicio de facultades regladas, debe asignarse de alguna manera, el derecho de defensa o garantía del debido proceso, lo que implica entre otros derechos del administrado afectado el derecho a ser oído y los de ofrecer y producir prueba' (cfr. Olga Edda Ciancia en 'Debido Proceso', Directores Adolfo Alvarado Velloso y Oscar Zorzoli, pág. 141, EDIAR, agosto 2006)". Ahora bien, además de las propias normas del régimen estatutario del personal municipal, cabe la consideración del Estatuto para el Personal de la Provincia de Buenos Aires (Ley n° 10430) y su reglamentación, en cuanto contienen normas sobre la materia procedimental de la que tratan estos actuados, ya que éstas resultan de aplicación supletoria, tal como lo prevé el artículo 108 de la Ley n° 11757. Así es que el artículo 14 de la Ley de Empleo Público provincial citada, dispone entre las causas de cese: "f) Estar comprendido en disposiciones que le creen incompatibilidad o inhabilidad"; "g) Cuando el agente reúna los requisitos establecidos en la legislación vigente en materia jubilatoria para obtener la prestación ordinaria o por edad avanzada"; e "i) Exoneración o cesantía encuadrada en el régimen disciplinario que impone este estatuto". Por su parte, la reglamentación del artículo 14 establece las respectivas formas de tramitación del cese: - * respecto del inciso f): "I. Verificada una situación de incompatibilidad, de acuerdo a la legislación vigente, se notificará al agente, quién tendrá un plazo de DIEZ (10) días hábiles para formular la opción. No formulándola, se dispondrá su cese sin sumario, en la forma en que la Administración estime corresponda. II. Cesará también, sin sumario administrativo cuando se advierta la existencia de alguna causal de inhabilitación. III. Si la incompatibilidad o la inhabilidad no fuera oportunamente advertida por falsedad en la declaración jurada prevista en el artículo 78° inciso n) de la ley o por cualquier otra forma de ocultamiento, la baja se dispondrá por razones disciplinarias previo sumario administrativo" (el subrayado me pertenece); - * respecto del inciso g): "(texto según decreto ley n° 2.760/97). Los organismos sectoriales de Personal u oficina que hagan sus veces determinarán al 30 de Junio de cada año el personal que se encuentra en las condiciones previstas en la ley y proyectarán el acto administrativo de cese, el que deberá dictarse en el plazo máximo de dos (2) meses.- El Poder Ejecutivo podrá en casos debidamente justificados, fundados en razones de oportunidad mérito o conveniencia, disponer excepciones a la ampliación de esta norma.- A los fines indicados en el párrafo que antecede cada jurisdicción deberá elevar antes del 31 de Agosto de cada año la nómina de agente cuya exclusión resultaría conveniente así como el proyecto de acto que disponga la excepción, para ser sometidos a consideración del Señor Gobernador.- La situación de los agentes que resulten exceptuados del cese, de conformidad con lo dispuesto en los dos párrafos precedentes, será revaluada cada seis (6) meses a contar de la fecha del acto que disponga la excepción. A tal efecto, la jurisdicción a la que pertenezca el agente afectado deberá elevar antes del vencimiento de dicho plazo, junto con la debida fundamentación, el proyecto de acto que prorrogue la vigencia de la excepción.- En caso contrario, deberá disponer el cese de aquél". Respecto del inciso i), son aplicables las disposiciones contenidas a partir del artículo 80 del EPP, así como las respectivas de su reglamentación. En autos no se evidencia el cumplimiento de esas normas, que incluyen varios supuestos. A ello añado que, a fs. 46 del legajo del actor ante la Comuna surge que pone en conocimiento de esta su trámite jubilatorio ante el ANSES. Cabe resaltar lo informado por la ANSeS a fs. 120/ 121. Ha dictaminado la Procuración del Tesoro de la Nación que: "...la renuncia del agente (...) a formular la opción del art. 2° del Decreto 894/01 dentro del plazo de treinta (30) días previsto, constituía incumplimiento grave y causal de cesantía conforme el art. 4° de aquel plexo normativo. Por ello, estimo pertinente instruir sumario administrativo de acuerdo con lo estatuido en el art. 32 inciso e) Ley 25.164, debiendo analizarse, además, la posibilidad de que fuera suspendido preventivamente hasta el dictado del decreto por el que se aplicase la referida sanción" (Dictámenes, 263/05). También, el Organismo Asesor ha sostenido que: "...la decisión de instruir sumario no puede ser recurrida porque no implica un agravio, no afecta un derecho subjetivo o interés legítimo del sumariado, ya que solamente ordena una investigación y un trámite destinados a esclarecer los hechos, en el que el agente alcanzado por el sumario tiene la oportunidad de ejercer su derecho de defensa." (Dictámenes 251:72 y precedentes allí citados, y 065/06). Como señala supra, las normas de la Ley n° 10.430 (y su reglamentación) se tornan aplicables por lo dispuesto en el artículo 108 del EPM ("Para todo cuanto no estuviere previsto en la presente ley, supletoriamente serán de aplicación las disposiciones de la Ley 10.430, sus modificatorias y decretos reglamentarios o las normas que en lo sucesivo las sustituyeran"), acotando que no se ha evidenciado ni invocado reglamentación comunal en la materia. Sentado lo anterior, analizaré si resulta admisible en autos aplicar una suerte de "subsanción" (tal como parece desprenderse de los términos de la sentencia de grado por cuanto se admite la aplicación de la sanción disciplinaria expulsiva de cesantía aún sin sumario), no sin recordar al Dr. Rodríguez Villar, quien expresara (sent. del 5/9/95 - causa B. 49.736, "Sahagún, José Mariano contra Municipalidad de Bahía Blanca. Demanda contencioso administrativa"): - "Esta Corte ha sostenido que los agentes municipales se encuentran amparados estatutariamente por normas que garantizan su estabilidad, motivo por el cual, si su separación (o cesantía) se produce sin cumplirse con la etapa obligatoria del previo sumario sin fundamentación que lo justifique, la decisión debe ser revocada (?Acuerdos y Sentencias', 1965555; causas B. 45.467, sent. 4XI69; B. 48.384, sent. 18II86).? Y

también lo resuelto en la causa B. 58.622, del 30-5-7, "Marín, Verónica Elizabeth contra Municipalidad de Lanús. Demanda contencioso administrativa": - "...en el procedimiento administrativo rige el principio de formalismo moderado o ausencia de rigor formal, en función del cual, en pro de la verdad material y de la legalidad objetiva, se posibilita la subsanación de los defectos de forma en que puedan incurrir los administrados ante la Administración Pública (causas B. 48.137, 'Verdún', sent. del 20-III-1984, B. 52.262, 'Solanas', sent. del 1-X-1990, entre muchas otras). Motivo por el cual, en una razonable aplicación del mentado principio, la autoridad administrativa debió permitir que la actora corrija las deficiencias formales de sus presentaciones intimándola para que así proceda antes de vedar de efectos al escrito defectuoso (doctrina causa B. 47.682, 'Construcciones Viales y Civiles S.A.I.C.F.I.A.', sent. del 8-IV-1980, 'Acuerdos y Sentencias', t. 1980I, p. 436, entre otras).- El vicio apuntado es grave, ya que compromete la garantía de defensa en juicio y afecta a la accionante, a quien debe reconocérsele el derecho a una decisión adoptada con el debido cuidado hacia los recaudos técnicos que aseguren una suficiente fundamentación de lo que se decide (conf. causa B. 64.413, 'Club Estudiantes de La Plata', sent. de fecha 4IX2002)". En este punto cabe recordar que el principio de subsanación, derivación del informalismo o formalismo moderado que impera en el procedimiento administrativo, lo es en favor del particular, y no -en principio- en favor de la Administración, autorizando "la subsanación de los defectos de forma en que puedan incurrir los administrados ante la Administración Pública en pro de la verdad material y de la legalidad objetiva. Y ello con el sentido de permitir, en lo posible, más allá de las dificultades de naturaleza adjetiva, el dictado de un acto que decida la cuestión objeto del procedimiento" (SCBA, B 60104, 29/8/07). La cuestión atinente a la posibilidad de subsanación en sede judicial de los vicios del procedimiento llevado a cabo por la Administración ha sido objeto de debate jurisprudencial y doctrinario. Considero interesante evocar, en el caso, lo expuesto por el Dr. Soria en su voto en la causa B. 60.161 ("C., I. contra Caja de Retiros, Jubilaciones y Pensiones de la Policía de la Provincia de Buenos Aires. Coadyuvantes: G., D. M. y G., L.M.. Demanda contencioso administrativa", sentencia del 27/2/08); en los que -sin perjuicio de rechazarse la demanda, previa ponderación del modo en que las pruebas denegadas podrían haber alterado la decisión adoptada por la Administración, concluía que tal supuesto no se configuraba- señalaba -evocando a su voto en Causa B. 59.986, "Caselli" (sent. de 16II2005)- que "no puede proclamarse como principio general que los vicios del procedimiento administrativo sean subsanables en sede judicial, poniendo especialmente de relieve que la omisión de algún trámite esencial lleva aparejada la invalidez del procedimiento, en sentido concordante con la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa registrada en Fallos 325:1038 ('Adidas Argentinas y otros contra Estado nacional. Amparo ley 16.986', sent. de 21V2002)". En esa causa, señalaba el Dr. Negri: "...Al respecto, siempre he afirmado que cuando se comprueben deficiencias en el trámite administrativo determinantes de un agravio al derecho de defensa, insusceptibles de ser corregidas en la oportunidad que el actor tiene de defenderse, alegar y probar en sede judicial, el acto administrativo debe ser invalidado.- Y he dicho también que los vicios que afecten al procedimiento previo al acto administrativo que no posean esa entidad, sea por su intrascendencia (B. 59.986, 'Caselli', sent. del 16II2005), ora por ser subsanables en esta sede (v.gr.: B. 46.566, 'Marruedo', sent. del 8VII1984; B. 48.892, "Montes", sent. del 3XII1983; B. 49.104, 'Martínez Pérez', sent. del 25VIII1987, entre otras), no conducen a igual conclusión invalidante". También fijaba posición el Dr. Hitters: "(...) En el procedimiento administrativo, la defensa en juicio no sólo funciona como una garantía para el particular, sino que al propio tiempo permite asegurar la eficacia de dicho trámite, en el que, obviamente, se encuentra comprometido el interés público. (...). Admito que en el campo doctrinario, no pocos autores son adversos a reconocer la posibilidad de subsanar en sede judicial los vicios del proceder administrativo (...). Empero, sin olvidar lo expuesto por la expresada doctrina mayoritaria otros tratadistas entienden que las irregularidades que no revisten carácter sustancial no deben llevar necesariamente a la invalidación. (...) Los yerros que puedan originarse en la sustanciación de un procedimiento de este tipo admiten una categorización en función de su gravedad, en una graduación que puede comenzar en: irregularidades intrascendentes, pasar por defectos subsanables y culminar en anomalías insanables.- Entiendo, en definitiva, que no es factible fijar criterios rígidos en la materia, razón por la cual no comparto el pensamiento de mi distinguido colega del primer voto cuando sostiene que no es aceptable como postulado general el principio de subsanación (punto IV, párrafo 4º), es decir, que la ilegitimidad del trámite administrativo sea imposible de salvar en sede judicial.- Sin que lo que acabo de expresar signifique un bill de inmunidad para que las autoridades administrativas violen las reglas del debido proceso, considero que aquélla debe seguir siendo la regla, pues la anulación del acto como dije puede atentar contra la celeridad y la seguridad, y por ende, contra la justicia del caso". Ahora bien, y atento a que en el fallo supra citado se alude el caso "Caselli", de él destaco nuevamente el voto del Dr. Soria: "En reiterados pronunciamientos, esta Suprema Corte ha sostenido que el cuestionamiento de una resolución administrativa, fundado en los vicios evidenciados en el procedimiento, en principio se halla excluido de su conocimiento, por cuanto en esta jurisdicción el afectado puede ejercer su defensa y probar las irregularidades incurridas por la entidad pública. No obstante, tal criterio cede paso cuando la irregularidad en el trámite previo al acto administrativo configura un atentado irreparable al derecho de defensa (doctr. de las causas B. 48.976, 'Fernández', sent. de

19-VI-1984; B. 55.872, 'Pretto', sent. de 20IV1999; B. 53.911, 'Moyano', sent. de 7III2001; entre muchos otros).- (...). La posición reseñada puede interpretarse en el sentido de proclamar que la ilegitimidad del trámite administrativo es subsanable en sede judicial (conf. Linares Juan F. 'La garantía de defensa ante la Administración', 'La Ley', 1421137). No comparto que ese criterio sea aceptable como principio general.- En primer lugar, por cuanto en un Estado de Derecho, el principio de legalidad impone a las Administraciones Públicas un obrar consistente con el ordenamiento jurídico (doctr. causas B. 56.364, 'Guardiola', sent. de 10V2000; B. 54.852, 'Pérez', sent. de 10V2000; B. 55.010, 'Chaina', sent. de 2VIII2000, entre otras). Desde esa perspectiva, el adecuado cumplimiento del procedimiento configura un elemento inherente a la legitimidad del acto administrativo (conf. art. 103, dec. ley 7647/1970).- Por otra parte, entre el procedimiento administrativo y el proceso judicial, no es dable interpretar la existencia de una relación de continuidad, en la que la indefensión producida en el primero pueda solucionarse en el segundo.- Por cierto, no se trata de sostener que cualquier irregularidad en el procedimiento, por intrascendente que fuere, ha de proyectar inexorablemente sus consecuencias invalidatorias. Lo que interesa destacar en función de las razones expuestas apunta a otro propósito. Así, cuando en el caso enjuiciado se advierte la inobservancia o el quebrantamiento de trámites esenciales del procedimiento administrativo, la invalidez consecuente de la decisión no resulta en principio susceptible de ser saneada, ante el ejercicio eventual de una pretensión anulatoria judicial por parte del afectado.- Si bien la Corte Suprema de Justicia de la Nación no ha mantenido una postura uniforme sobre el punto, aceptando en ocasiones la posibilidad de la subsanación ('Fallos', 290:293; 296:106; 311:56; 315:954) y rechazándola en otras ('Fallos', 295:726; 302:283), en reciente pronunciamiento, por remisión al dictamen de la Procuradora Fiscal, se ha expedido ponderando el valor invalidante de la omisión de trámites esenciales del procedimiento administrativo ('Adidas Argentina y otros c/ Estado nacional s/ amparo ley 16.986', sent. de 21V2002; 'El Derecho', Suplemento D. Administrativo de 28VI2002).- En un sentido análogo esta Suprema Corte ha hecho adecuada aplicación de los principios reseñados, al invalidar un acto relativo a la interpretación de una prohibición legal que había sido emitido sin el dictamen jurídico previo, trámite reputado esencial (causa B. 64.413, 'Club Estudiantes de La Plata c/ Municipalidad de La Plata s/ Amparo', sent. de 4IX2002)". Más allá de las diferentes posiciones sobre la aludida cuestión, debemos analizar los vicios achacados por la actora, y su entidad y, además, su incidencia en la formación del acto cuestionado en sede administrativa y ratificado por la a quo al rechazar la pretensión. De modo liminar, cabe señalar que en autos no estamos -en puridad- en vicios en el procedimiento legal para resolver el cese o cesantía, sino directa, lisa y llanamente, en la ausencia de realización del respectivo procedimiento legal, a diferencia de lo resuelto por el Máximo Tribunal de la Provincia en la causa B. 51897 (en la cual se dispuso la anulación de la cesantía por vicios en el sumario que sí tramitó). De lo expuesto, no se vislumbra la posibilidad de subsanar en la vía judicial los defectos en la etapa de los procedimientos omitidos por la Comuna local, según los casos: 1. substanciar el sumario administrativo previo del artículo 67 y para el supuesto del artículo 11 inciso j. del EPM, por las conductas que se le reprocharon; 2. intimar a efectuar la opción (mediante el procedimiento del Decreto n° 4161/96, reglamentario del artículo 14 inciso f. de la Ley n° 10.430) y, de corresponder según el caso, disponer el cese del agente (artículo 11 inciso f. del EPM); 3. de detectarse que ha mediado falsedad en la declaración jurada prevista en el artículo 78° inciso n) de la ley n° 10.430 o por cualquier otra forma de ocultamiento, instruir el sumario y, en su caso, decidir si corresponde imponer una sanción por razones disciplinarias. A más de ello, estimo que las afirmaciones que la Comuna efectúa del proceder (aún omisivo) del actor debieron permitirle -oportuna y razonablemente- contar con la instancia de defensa, que no resulta en el caso suficiente con el recurso de revocatoria, en tanto se advierte -en los considerandos de la resolución que lo rechaza- la omisión a toda referencia vinculada con los planteos del recurrente en torno de la invocada violación del derecho de defensa por ausencia de sumario, o con los comportamientos ("omisión dolosa", "inconducta notoria...") desplegados en el Decreto n° 39/04. Cabe añadir, además, que -del análisis del aludido Decreto y la resolución ratificatoria- surge que existe una superposición de argumentos -contradictorios, puede añadirse- toda vez que se dispone el "cese" por dos razones (inciso f. del EPM, incompatibilidad; e inciso i, condiciones para obtener el beneficio jubilatorio), a lo que se añaden severos reproches a la conducta del actor. Agustín Gordillo señala al respecto: "La contradicción es a nuestro modo de ver un caso típico e insanable de irrazonabilidad, como que atenta contra el principio lógico elemental de no contradicción" (Tratado de Derecho Administrativo, FDA, Buenos Aires, 1999, tomo III, página VIII-16). Existe una manifiesta contradicción en los argumentos dados por la Administración Municipal que no le permiten al afectado conocer las verdaderas razones de su alejamiento del cargo, circunstancia que -a todas luces- transforma dicho acto en irrazonable, arbitrario, viciado en sus elementos objeto y motivación, y, por ello, nulo. En efecto, se invocan supuestos normativos diferentes, pero incluyendo reproches a su proceder ("omisión dolosa", etc.). Recuerdo que, en la causa B. 55.537 ('Buceta, Mario César contra Municipalidad de Lincoln. Demanda contencioso administrativa?', del 09/05/01), se sostuvo: "Esta Corte ha resuelto que no puede desconocerse la facultad del Poder Administrador de disponer con autorización legal la prescindibilidad de un empleado por razones de servicio y debida indemnización, salvo cuando dicha declaración importe una cesantía encubierta, un juicio negativo respecto de la conducta del agente o una violación al principio de razonabilidad (causas B.

48.277, 'Rodríguez' y B. 48.594, 'Valicenti de Fernández' y sus citas, ambas sents. del 14IV1987, 'Acuerdos y Sentencias', 1987I563" (el subrayado me pertenece). Continúa la sentencia: "Asimismo, el decreto 1113 alude a la conducta del profesional que podría perjudicar la seriedad e imagen tanto del hospital como de su personal por lo cual surge evidente que aquel acto ha implicado una descalificación de la conducta del actor, utilizando para fundar su decisión la ley 11.184 cuyo fin es totalmente diverso.- Resulta evidente que, aunque se invoque la ley 11.184 y los objetivos tenidos en mira por ésta en punto a la optimización del servicio y la jerarquización de la función pública, lo cierto es que a través de lo actuado y aun explicitado en el decreto 1113 la causa de la prescindibilidad demuestra estar alejada de aquellas metas desde que ha habido un claro comportamiento de la Administración tendiente a excluir al actor en resguardo de la 'imagen y seriedad del hospital', motivo éste que arroja una nota de censura acerca de su conducta como agente". Consecuentemente, ¿qué motivación real tuvo el acto impugnado por el actor? Esta cuestión resulta importante, tal como lo ha sostenido la SCBA (sent. del 22 de octubre de 2003, causa B. 59.122, 'Huertas Diaz, Carlos Alberto contra Municipalidad de Chascomús. Demanda contencioso administrativa?); - "Con referencia a la 'incompatibilidad o inhabilidad' invocada por la Administración, es dable señalar que los actos impugnados, no sólo no califican en cuál de los dos impedimentos mencionados incurre el actor, sino que encuadran la sanción en los arts. 10 inc. 'e' de la ley 10.471 y 11 inc. 'f' de la ley 11.757, los cuales regulan el régimen de ingreso y permanencia en la función, pero no prevén que los mismos hechos configuren 'falta' pasible de sanción disciplinaria". Para acercarnos a la respuesta podemos retomar el análisis de los antecedentes (aludidos en el Visto del Decreto n° 39/04), y que (aunque señalan la elevación de un informe por el A.N.Se.S. constan básicamente de dictamen legal previo, en el que podemos observar la aludida superposición de planteos. A ello agregó que, a fs. 40 del legajo personal, surge que el actor presentó nota (26 de junio de 2000) comunicando su situación y el inicio del trámite ante el ANSES, lo que no parece haber sido ponderado oportunamente por la Comuna. En este sentido, el Dr. Genoud en la causa B. 58.622 señalaba: "Pienso que el detenido examen de la articulación actoral hubiese permitido a la Administración solucionar rápidamente la infracción motivo del agravio en tratamiento. Sin embargo, como se apuntara, la comuna insistió en su tesitura?. Concluyendo, el acto administrativo municipal que dispuso el -sostenido por el Municipio- "cese" se encuentra viciado en su elemento motivación (artículo 108 de la ordenanza general n° 267), además de no haber sido consecuencia del respectivo procedimiento. VII. A modo de conclusión, atento que la Comuna -ante las conductas que ha venido reprochando- debió proceder conforme el debido proceso legal (por el cual se acredite y verifique lo que entendió como reprochable), así como también -para el caso de considerar la existencia de una situación de incompatibilidad- el cumplimiento de lo que dispone el Estatuto del Personal de la Provincia (aplicable por la remisión del artículo 108 del EPM), por lo que deviene la admisibilidad de la pretensión anulatoria de los actos administrativos que fueran pretensión principal de la actora apelante, y condenando a la Municipalidad de San Nicolás a que -dentro del término de sesenta (60) días- reincorpore al actor en el cargo y función que ocupaba al momento de decretarse su cesantía y a que, esta vez dentro del marco señalado por la ley, ejerza sus potestades, inclusive la disciplinaria (y de considerarlo pertinente la Comuna), en atención a las circunstancias del caso (artículos 163 y 215, Constitución de la Provincia; 60 y sigtes., C.P.C.A.); y respecto de las restantes pretensiones actorales, las mismas no pueden ser decididas hasta tanto recaiga resolución en sede administrativa (SCBA, B 52699, 2/6/98; B. 60.027, 18/6/08), por lo que -conforme su resultado- se resolverá. ASÍ VOTO. El Juez Dr. Kozicki dijo: Compartiendo el criterio que sustentara el Dr. Marcelo José Schreginger en su voto, adhiero en idéntico sentido. En virtud del resultado que instruye el Acuerdo que antecede, esta Cámara RESUELVE: 1° Por mayoría, hacer lugar al recurso de apelación y revocar la sentencia de primera instancia, por los fundamentos expuestos en el segundo voto del presente. 2° Imponer las costas de esta instancia por su orden (art. 51 ap. 2 CCA). 4° Dejar sin efecto de regulación de honorarios de la instancia anterior, atento el resultado del presente, difiriéndola para su oportunidad procesal (artículo 51 decreto ley 8904/77). Regístrese, notifíquese por Secretaría y oportunamente devuélvanse.

002232E