

## Empleado Publico Cesantia Falta De Servicio Discriminacion Facebook Redes Sociales Medida Cautelar Autonoma

### JURISPRUDENCIA

Empleado público. Cesantía. Falta de servicio. Discriminación. Facebook. Redes sociales. Medida cautelar autónoma. Se confirma el pronunciamiento que rechazó la medida cautelar autónoma tendiente a que se ordene la suspensión de los efectos de la resolución por medio de la cual se dispuso la cesantía de la actora, como consecuencia de una publicación realizada en la red social Facebook que fue calificada como "discriminatoria".

Buenos Aires, de abril de 2018.- VISTO Y CONSIDERANDO: I.- Que la Sra. F., M. L. solicitó el dictado de una medida cautelar autónoma tendiente a que se ordenara la suspensión de los efectos de la Resolución N° 2017-346-APN-MM dictada por el Ministerio de Modernización, por medio de la cual se había dispuesto su cesantía, y su inmediata reincorporación a su puesto de trabajo, con la misma categoría y cargo de revista. Afirmó que, luego de haber participado del correspondiente concurso público, mediante el Decreto N° 1290/14 fue designada como Profesional Analista en Estudios Técnicos y de Gestión de Contrataciones Nivel C - Grado 1 - Tramo General - Agrupamiento Profesional del Sistema Nacional de Empleo Público (SINEP), para desempeñarse en la Oficina Nacional de Contrataciones de la Secretaría de Gabinete y Coordinación Administrativa de la Jefatura de Gabinete de Ministros. Relató que el día 10 de abril de 2017 se le notificó que se habían abierto actuaciones sumariales por una supuesta falta en sus obligaciones laborales, por haber realizado el día sábado 8 de abril de ese mismo año una publicación en la red social Facebook con el siguiente contenido: "Ahora van a decir que a Micaela la mandó a asesinar Macri porque era del movimiento Evita. jajaja... Parece que a todos les llega por juntarse con ese tipo de gente hay que tener cuidado con las amistades que se hacen en este tipo de... agrupaciones? Si se les puede llamar así a esa manga de mafiosos y patoteros ignorantes?. Indicó que por intermedio de amigos y familiares tomó conocimiento de que en diversos medios de comunicación se había publicado el referido mensaje, junto con otros que, si bien se le adjudicaron, no eran de su autoría. Manifestó que como consecuencia de la "viralización" de esos mensajes sufrió una gran persecución, "escraches", amenazas y hostigamiento en la puerta de su domicilio; y, además, tanto en el hall de ingreso como en todos los pisos y puertas de las oficinas del edificio donde trabajaba se pegaron afiches rechazando las publicaciones. Expresó que en el marco del sumario administrativo demostró que sólo la publicación de Facebook transcrita había sido de su autoría y aclaró que su finalidad había sido la de repudiar a las agrupaciones políticas violentas y que "... de ninguna manera, ni desde un aspecto subjetivo ni objetivo, se pretendió banalizar un hecho tan atroz como el padecido a la Srta. García" (fs. 3/vta.). Indicó que, no obstante ello, la Instrucción dispuso la clausura del sumario, declaró su responsabilidad disciplinaria y recomendó que se le aplicase la sanción de cesantía en los términos del artículo 32, inciso e), de la Ley N° 25.164. Señala que su parte apeló ese informe en virtud de lo que se prevé en el artículo 113 del Decreto N° 467/99, lo que fue rechazado in limine. Dice que, en tal contexto, por la Resolución N° 2017-346-APN-MM dictada el 7 de julio de 2017 por el Ministerio de Modernización se dio por concluido el sumario y se dispuso su cesantía de la planta permanente. Explica que presentó un recurso jerárquico en su contra, que al momento del pedido de concesión de la medida cautelar no se había resuelto. Precisa que durante el trámite de las actuaciones sumariales la instrucción no consideró en ningún momento los elementos de prueba acompañados por su parte a los fines de demostrar la persecución y ensañamiento que había sufrido. Añade que no se tuvo en cuenta que se falsificó su identidad en cuentas de la red social Twitter, desde las que se publicaron mensajes que le fueron adjudicados, y que su perfil privado de la red social Facebook fue cambiado mediante una intrusión. Sostiene que tampoco se valoró que el único mensaje publicado por su parte en Facebook no se relacionaba con el ejercicio de sus funciones como empleada, además de que había sido efectuado un día sábado desde su casa. Expone que el ámbito de aplicación y operatividad de los deberes de los empleados estatales previstos en el artículo 24 de la Ley N° 25.164, y en particular el inciso h) que prohíbe actos discriminatorios, se circunscribe al ejercicio de las funciones laborales, de manera que resulta arbitrario e ilegal que se le haya aplicado la sanción de cesantía por un hecho privado y personal, realizado fuera del horario de trabajo, cuando no se encontraba cumpliendo las tareas propias de su cargo. Por ese motivo, considera que la Resolución N° 2017-346-APN-MM se encuentra viciada en el elemento causa y motivación, y como consecuencia de ello también se produjo un error en la aplicación del derecho. Por otro lado, afirma que la celeridad con la que han tramitado las actuaciones sumariales "... hacen sospechar la existencia de una clara persecución por parte de la autoridad administrativa de desvincular[la] de su puesto de trabajo de una manera discrecional, ilegal y arbitraria" (fs. 9). Finalmente, con relación al peligro en la demora, postula que la sanción de cesantía dispuesta de manera arbitraria, infundada e ilegal la deja sin su fuente de trabajo, circunstancia que "... acarrea un serio daño a su vida y calidad profesional de imposible o tardía reparación ulterior" (fs. 10); y ofrece caución juratoria. II.- Que a fs. 127/130 la juez de primera instancia rechazó la

medida cautelar autónoma solicitada por la actora. Para así decidir, la referida magistrada sostuvo que no aparecía configurado con nitidez el requisito de verosimilitud en el derecho, en la medida en que del informe presentado por la demandada resultaba que la actora había reconocido haber efectuado en la red social Facebook los comentarios reputados como discriminatorios por el Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo (INADI), por lo que su conducta había sido encuadrada en el artículo 24, inciso h), de la Ley Marco de Regulación del Empleo Público N° 25.164, que establece que el personal tiene prohibido ?Desarrollar toda acción u omisión que suponga discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, opinión, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social?, y dispuesta su cesantía en los términos del artículo 32, inciso e), de la citada ley. Agregó que tales consideraciones eran suficientes para rechazar la medida cautelar peticionada, sin ingresar al estudio del peligro en la demora, en tanto la ausencia de alguno de los requisitos impedía su concesión. III.- Que, contra esa resolución, la parte actora interpuso y fundó el recurso de apelación a fs. 131 y 133/136 vta., que fue replicado por la contraria a fs. 138/142 vta. En cuanto interesa, la recurrente se agravia por considerar que la resolución apelada resulta arbitraria e infundada, por cuanto no le resulta aplicable el artículo 32, inciso e), de la Ley N° 25.164, toda vez que el comentario calificado como discriminatorio no fue realizado en oportunidad y/u ocasión de su desempeño laboral, sino que fue efectuado ?... un día sábado, en el hogar de la actora, y en el marco de la esfera privada? (fs. 133). Afirma que no puede aplicarse el régimen jurídico que regula la conducta de los empleados públicos en el ejercicio de su función a los actos realizados en el ámbito privado, tal como ha quedado demostrado en sede penal. Expresa que tampoco se han valorado los vicios del procedimiento sumarial, tales como el rechazo de la prueba ofrecida y la celeridad con la que se han resultado todas sus presentaciones. IV.- Que en toda medida cautelar la investigación sobre el derecho que se postula se limita a un juicio de probabilidades y verosimilitud. Declarar la certeza de la existencia del derecho es función de la providencia principal; en sede cautelar basta que la existencia del derecho parezca verosímil. El resultado de esta sumaria cognición sobre la existencia del derecho tiene, en todos los casos, valor no de una declaración de certeza sino de hipótesis y solamente cuando se dicte la providencia principal se podrá verificar si la hipótesis corresponde a la realidad (cfr. Piero Calamandrei, Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares, Buenos Aires, Librería El Foro, 1996, pág. 77). Asimismo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que siempre que se pretenda la tutela anticipada proveniente de una medida precautoria, se debe acreditar la existencia de verosimilitud en el derecho invocado y el peligro irreparable en la demora, ya que resulta exigible que se evidencien fehacientemente las razones que justifican resoluciones de esa naturaleza (cfr. Fallos: 329:3890). Por otra parte, también debe considerarse que la finalidad de las medidas cautelares, en general, radica en evitar que se tornen ilusorios los derechos de quien las solicita, ante la eventualidad de que se dicte una sentencia favorable. Es decir, se trata de sortear la posible frustración de los derechos de las partes a fin de que no resulten insustanciales los pronunciamientos que den término al litigio (cfr. esta Sala, in re: ?Acegame S.A c/ DGA -resol 167/10 [expte. 12042-36/05]-?, del 9/09/2010). V.- Que, en ese orden de ideas, cabe añadir que cuando, como en el sub examine, está de por medio un obrar estatal que goza de presunción de legitimidad (artículo 12 de la Ley N° 19.549), la concurrencia de los requisitos normalmente exigibles para la procedencia de la cautela pretendida debe ser analizada con mayor rigor y especial prudencia, sin que esto suponga un prejuizamiento sobre la cuestión de fondo (cfr. esta Sala in re: ?Jumbo-Tours-Cargas SRL c/ EN-CNC [expte 1315/09] s/ medida cautelar [autónoma]?, sentencia del 23 de abril de 2013, entre otros). VI.- Que no se encuentra controvertido en autos que la actora realizó la publicación en la red social Facebook por la cual fue sancionada ni su calificación como ?discriminatoria?; sino que los agravios de la recurrente se centran en que no le resultaba aplicable el régimen disciplinario establecido en la Ley N° 25.164 debido a que la conducta reprochada fue realizada fuera de la jornada laboral y en el ámbito de su vida privada. En tal sentido, cabe recordar que en el artículo 24 de la Ley Marco de Regulación de Empleo Público Nacional, N° 25.164, se establece que ?El personal queda sujeto a las siguientes prohibiciones (...) h) Desarrollar toda acción u omisión que suponga discriminación por razón de raza, religión, nacionalidad, opinión, sexo o cualquier otra condición o circunstancia personal o social?. Por su parte, en el artículo 32 de esa misma norma legal se prevé que ?Son causales para imponer cesantía: (...) e) Incumplimiento de los deberes establecidos en los artículos 23 y 24 cuando por la magnitud y gravedad de la falta así correspondiere?. En consecuencia, se advierte que la pretensión cautelar requiere que se interprete de manera definitiva los alcances del referido régimen, aspecto que debe ser juzgado después de que se sustancie el pleito que se inicie eventualmente con relación al fondo del asunto (cfr. Fallos 329:28; 327: 5111; 331:108). En ese sentido, se expresó que ?La responsabilidad administrativa, que se hace efectiva a través del poder disciplinario, aparece cuando el agente comete una falta de servicio, transgrediendo reglas propias de la función pública. Esa `falta de servicio´ no sólo puede resultar del ejercicio del cargo o función por parte del agente, sino también de su comportamiento en la vida privada, es decir al margen de la función o cargo. Establecer cuándo un acto de la vida privada incide en la función o cargo constituye una cuestión de hecho, que depende de cada caso concreto...? (Marienhoff, Miguel S. Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-B, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978, pág. 403). De tal manera, en este estado del proceso, resulta prematuro examinar si la conducta reprochada a la demandante por medio

del acto cuestionado puede ser objeto de sanción o no. En tales condiciones, corresponde rechazar el recurso de apelación interpuesto y confirmar la resolución apelada por medio de la cual se denegó la medida cautelar solicitada por la parte actora. Con costas a la vencida (artículo 68, primera parte, del CPCCN). Por ello, SE RESUELVE: Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y, en consecuencia, confirmar el pronunciamiento apelado; con costas a la vencida (artículo 68, primera parte, del CPCCN). Regístrese, notifíquese y devuélvase. Jorge F. Alemany Guillermo F. Treacy Pablo Gallegos Fedriani Correlaciones: SCALISE, Bruno c/ COMUNA DE MONTE VERA s/ MEDIDA CAUTELAR AUTÓNOMA-Cám. Cont. Adm. N° 1 - Santa Fe-23/12/2015 - Cita digital IUSJU005840E

028780E