



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“GIANOLA GRACIELA VICTORIA contra GCBA sobre AMPARO (ART. 14 CCABA)”, Expte: EXP 6271

///Buenos Aires, 10 de octubre de 2003.-

VISTOS: estos autos para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada a fs. 305/11vta., contra la sentencia de fs. 302/04 que resolvió hacer lugar a la acción de amparo iniciada por la actora, con costas; y,

CONSIDERANDO:

1. Que Graciela Victoria Gianola inició acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Secretaría de Educación) solicitando se deje sin efecto la disposición 27-DAD-2002 del 26 de septiembre de 2002 por la que la Directora Administrativa Docente hizo efectivo su *cese administrativo* en su carácter de profesora titular de tres horas en 1º 1ª, tres horas en 2º 1ª, tres horas en 3º 1ª, tres horas en 4º 1ª y tres horas en 5º 1ª, turno mañana, en la Escuela de Danzas – D.E. 1º (fs. 1/6 y 269).

Afirmó que el acto que impugna adolece de vicios que lo tornan nulo de nulidad absoluta e insanable en sus elementos esenciales y que dispone una cesantía arbitraria e ilegítima que conculca su derecho al trabajo, afectando su prestación alimentaria. Asimismo solicitó el dictado de una medida cautelar que fue concedida por el *a quo* a fs. 180/1.

2. Que el señor juez de grado resolvió hacer lugar a la acción intentada. Fundó su decisión, en síntesis, en que las constancias administrativas “*denotan una falla sistémica recurrente que no permite de manera efectiva y expresa afirmar la existencia cierta de las razones que habrían dado lugar a la decisión administrativa adoptada*” (fs. 303 vta.). En este sentido, señaló que de las constancias señaladas no surgen las razones por las cuales el médico firmante no justificó los días de licencia solicitados por la actora, y que la directiva de la Escuela de Danzas –donde desempeña sus tareas la amparista- propició la justificación de las inasistencias al solo efecto de la retención del cargo.

Agregó a lo expuesto, las sucesivas justificaciones por inasistencias otorgadas por la propia demandada a la actora desde el mes de mayo de 2001 a octubre del mismo año. Por último afirmó que la presunción de legitimidad del acto administrativo no significa que la administración pueda prescindir de fundarlo (fs. 302/04).

3. Que contra la reseñada resolución se alzó la demandada quien interpuso su recurso de apelación a fs. 305/11 vta.

Como primer agravio plantea que el amparo no es el cauce formal de tutela idóneo para debatir esta cuestión, pues el G.C.B.A. ha sometido su conducta al procedimiento establecido por la normativa legal vigente.

Sostiene que la sentencia recurrida “*invade claramente la zona de reserva de la administración*” (fs. 308 vta.), y que “*resulta totalmente dogmática*” en tanto se ha prescindido de las constancias de la causa (fs. 308 vta./310). Ello por cuanto, lucen agregadas en autos las constancias que dan cuenta de la no justificación de las inasistencias en cuestión por parte de la Dirección de Medicina del Trabajo, y por otra parte el dictamen de la Junta de Disciplina resulta posterior al descargo de la actora, y no a la inversa como afirmó el juez de grado.

Añade que se ha invertido la carga de la prueba de modo contrario a derecho pues corresponde al administrado alegar y probar y no a la administración cuyos actos gozan de presunción de legitimidad.

Por último cuestiona la imposición de costas, en tanto interpreta que la Constitución de la Ciudad “*contiene un claro y contundente precepto en cuanto a la gratuidad de la acción de amparo*”.

A fs. 316/18 la actora contestó el traslado conferido.

4. Que toda vez que la actora solicitó que el recurso en trámite sea declarado desierto, previo a toda otra consideración corresponde expedirse al respecto.

En el análisis de la suficiencia o no de los agravios debe interpretarse siempre la cuestión con un criterio amplio favorable al apelante (Alsina, Tratado, Tomo IV, p. 391-392). Se trata de una aplicación del principio general que señala que los medios de defensa deben ser de interpretación favorable, con lo que en definitiva se tiende a preservar el derecho de defensa (Morello, Soza, Berizonce, Códigos Procesales, t. III, 346)

Así, ambas Salas de esta Cámara han sido contestes en establecer que ante la gravedad de la sanción impuesta por el artículo 237 del CCAyT –de aplicación supletoria al presente caso en virtud del art. 17 del decreto-ley 16.986-, corresponde efectuar una interpretación razonablemente flexible y libre de rigor formal con relación a la fundamentación del recurso, lo cual conduce a admitir su validez en cuanto a la presentación respectiva reúna al menos un mínimo de suficiencia técnica (*in re* “Staropoli, Santiago c/GCBA s/cobro de pesos s/incidente de apelación s/medida cautelar”, Sala II del 14/03/01, y “Fernández, Lucía Nélida c/GCBA –Secretaría de Educación- s/amparo”, Sala I del 27/03/01) .

La aplicación de tales pautas lleva a desestimar el pedido formulado y en consecuencia, el tribunal debe abocarse al *thema decidendum* propuesto a su conocimiento.

5. Que la actora se ausentó de su puesto de trabajo como docente de educación física en la Escuela de Danzas entre los días 17 y 27 de abril de 2001 y 2 y 4 de mayo del mismo año, solicitando licencia en los términos del artículo 70, incisos “a”



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

(afecciones comunes) y “e” (cuidado de familiar enfermo), respectivamente del Estatuto del Docente –en adelante EdD- (ver fs. 210/11).

Luego, el 26 de septiembre de 2001 la Dirección de Medicina del Trabajo informó que las inasistencias en que incurriera la actora a partir del 17 de abril y 2 de mayo de 2001 no habían sido justificadas (fs. 215) en base a las constancias obrantes a fs. 238/9. En consecuencia se tramitaron los descuentos por haberes percibidos de más en razón de los días de ausencia no justificada (fs. 247/8 y 250).

El 15 de marzo de 2002 la Directora de Educación Artística remitió a la Junta de Disciplina la documentación recibida de la Escuela de Danzas en relación a las “*sucesivas licencias e inasistencias de la docente de referencia en el transcurso de los años 2000 y 2001*” (fs. 251). A continuación dicho organismo sostuvo el 11 de abril de 2002 que “*estarían dadas las condiciones para cese administrativo*”, en tanto Graciela Gianola “*reúne entre el 17/04/2001 al 04/05/2001 dos períodos de cinco inasistencias injustificadas continuas a los cursos en los que se desempeña de martes a viernes*” por lo que “*la Dirección del establecimiento procederá de acuerdo con lo preceptuado en la reglamentación del art. 6º inc. f) del Estatuto del Docente*” (fs. 252).

Al momento de formular su descargo en sede administrativa –el 16 de mayo de 2002- la actora sostuvo que “*el médico no concurrió*” a su domicilio, lo que motivó la no justificación de tales inasistencias. Asimismo requirió la aplicación de la ordenanza 36.981, que faculta a la administración a justificar las inasistencias al sólo efecto de la retención del cargo, y acompañó su “*historia clínica donde [certificó su] artrosis y [su] fibrilación auricular de origen vagal*” (fs. 257/vta.).

Las constancias médicas adjuntadas por Gianola dan cuenta de diversas afecciones y datan de los años 1995, 1997, 1998 y 2000, sin que por lo tanto acrediten *per se* guardar relación con las específicas inasistencias que dieron origen a las actuaciones administrativas (ver fs. 258/64).

A su turno la Junta de Disciplina produjo el dictamen previsto en el artículo 1º del decreto 2.229-GCBA-1998, y aconsejó el 18 de junio de 2002 “*aplicar el cese administrativo a la docente GIANOLA, Graciela*” (fs. 266).

6. Que en función de las circunstancias fácticas reseñadas precedentemente la Dirección Administrativa Docente dispuso efectivizar el *cese administrativo* de la actora en su carácter de profesora titular de tres horas en 1º 1ª, tres horas en 2º 1ª, tres horas en 3º 1ª, tres horas en 4º 1ª y tres horas en 5º 1ª, turno mañana, en la Escuela de Danzas – D.E. 1º (fs. 269). Ello en virtud de las facultades que le confiere el artículo 1º del decreto 2.299-GCBA-98, reglamentario del inciso “f” del artículo 6 del Estatuto del Docente.

Tal disposición establece que “cuando cualquiera de los docentes enumerados con las letras a), b) y c) en el artículo 65 del Estatuto del Docente faltare injustificadamente al trabajo durante CINCO (5) días continuos o QUINCE (15) discontinuos en el año, operará su cese administrativo en el cargo u horas de clase en que inasistiere. El superior inmediato intimará fehacientemente al docente en tal situación para que efectúe el descargo correspondiente en CUARENTA Y OCHO (48) horas, elevando las actuaciones dentro de los CINCO (5) días de notificado éste, a la Junta de Disciplina, que resolverá en el perentorio plazo de DIEZ (10) días. Simultáneamente, informará mediante copia certificadas de igual tenor, a la supervisión Escolar y a la Dirección del Área respectiva. La Dirección Administrativa Docente hará efectivo el cese administrativo cuando correspondiere, confeccionando un registro de los casos que se produzcan, toda vez que el docente que reincidiera será pasible de la sanción contenida en el artículo 36, inc. f) de la Ordenanza N° 40.593, mediante el procedimiento establecido en el artículo 39 del mismo cuerpo legal”.

De lo expuesto se desprende que, a diferencia de la cesantía que extingue *in totum* la relación laboral, el *cese administrativo* produce la extinción o caducidad sólo del o los cargos titulares o suplentes que hayan sido objeto de la cantidad de inasistencias injustificadas previstas en la norma.

Ahora, bien en el caso de no conservar el docente en cuestión otro cargo titular, suplente o interino que no haya sido objeto del *cese administrativo*, la sanción adquiere inusitada gravedad pues extingue totalmente el vínculo laboral del agente con la administración. Así, en tal supuesto, sólo se diferenciaría de la cesantía prevista en el artículo 36 EdD en que el afectado podría participar en todo concurso y ser clasificado como aspirante a interinatos y suplencias, sin necesidad de aguardar al transcurso del plazo de cinco años de inhabilitación que prevé el art. 37 del EdD.

Sobre el punto, obsérvese que incluso la administración al contestar en autos el informe del artículo 8 del decreto-ley 16.986, sostuvo la improcedencia del amparo “*en virtud de los términos del art. 464 del C.C.A. y T. de la Ciudad de Bs. As.*” pues entendió que “*conforme surge del art. 464 del ritual, existe una vía recursiva específica **que permite la revisión de cesantías o exoneraciones a empleados públicos***” (fs. 289 vta., el resaltado nos pertenece). Esto es, la propia demandada ha asimilado la sanción aplicada a la de *cesantía* por lo que solicitó que se le imprima al presente el trámite específico que el ordenamiento de rito dispone para la revisión judicial de tales actos.

Sin perjuicio de ello, obsérvese que sus disposiciones guardan similitud con las del artículo 36, inciso a) de la ordenanza 40.401 y artículo 48, incisos a) y b) de la ley 471; que establecen como causal de *cesantía* el incurrir en cinco (5) inasistencias injustificadas seguidas o quince (15) en el plazo de un año. Adviértase que se trata de la causal de *abandono de servicio*, que por su gravedad merece una de las sanciones más



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

graves del ordenamiento; y que –en principio- pareciera no poder asimilarse al caso del agente que se acoge a una licencia médica, que luego no es concedida.

7. Que sentado lo expuesto, corresponde determinar si la previsión contenida en el artículo 1 del decreto 2.299/98 que introduce en el estatuto especial de los docentes la figura del *cese administrativo* constituye una reglamentación razonable del inciso “f” del artículo 6 de la ordenanza 40.593, que establece que “*son deberes del personal docente, sin perjuicio de los que, particularmente, imponen las leyes, ordenanzas, decretos y resoluciones especiales: [...] f) cumplir los horarios que correspondan a las funciones asignadas*”.

En este sentido, si bien se ha discutido en la doctrina la naturaleza reglamentaria o legislativa de la facultad normativa en materia de empleo público (ver MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo III-B*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1998, p. 57 y ss.), lo cierto y concreto es que la cuestión en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se encuentra claramente zanjada a favor de la segunda postura, en virtud de la precisa disposición que al respecto contiene el artículo 80, inciso 2, apartado “a” de la Constitución que reserva a la Legislatura la facultad de legislar en materia de empleo público.

De allí que sólo reste en la materia al Poder Ejecutivo una potestad reglamentaria del texto legal en ejercicio de la cual deberá abstenerse de “*alterar su espíritu*” (art. 102 CCABA), lo que debe conjugarse con lo normado por el artículo 10 de la Constitución de la Ciudad en cuanto reza que “*Los derechos y garantías no pueden ser negados ni limitados por la omisión o insuficiencia de su reglamentación y ésta no puede cercenarlos*”.

8. Que el artículo 14 bis de la Constitución Nacional y el 43 de la CCABA garantizan el derecho a la estabilidad de los empleados públicos, cuyos alcances deben ser precisados por ley.

Dicha norma reglamentaria en lo que respecta a los docentes dependientes del Gobierno de la Ciudad, está constituida por el Estatuto del Docente -aprobado por ordenanza 40.593- que en su artículo 7 reza que “*son derechos del personal docente, sin perjuicio de los que, particularmente, imponen las leyes, ordenanzas, decretos y resoluciones especiales: a) la estabilidad en el cargo, jerarquía y ubicación que sólo podrá modificarse en virtud de resolución adoptada de acuerdo con las disposiciones del Estatuto*” (el resaltado nos pertenece).

Por su parte el artículo 21 dispone que “*el personal docente titular gozará de estabilidad en su cargo u horas de cátedra mientras cumpla con las exigencias fijadas en el artículo 6º de este Estatuto. La causal que motive la pérdida de la estabilidad deberá ser*

comprobada mediante los procedimientos que determine el Capítulo XVIII” (el resaltado nos pertenece).

El mentado Capítulo XVIII, *De la Disciplina*, detalla en su artículo 36 las sanciones que podrán imponerse a los docentes –entre las que *no* se encuentra el *cese administrativo*-, en tanto que en el artículo 38 determina qué funcionario podrá aplicar cada sanción, detallando que las de cesantía y exoneración correrán por cuenta del “*Jefe de Gobierno previo dictamen de la Junta de Disciplina y la Procuración General, e intervención del Secretario de Educación*”. Asimismo se establece que la totalidad de las sanciones -a excepción de las amonestaciones y apercibimientos- requerirán la sustanciación de sumario previo que asegure al imputado el derecho de defensa (artículo 39).

Ahora bien, toda vez que el artículo 1° del decreto 2.299-GCBA-1998 introduce la figura del *cese administrativo* -que no se encuentra contemplada en el artículo 36 del EdD (ordenanza 40.593)-, y que su aplicación tramita por un procedimiento específico que no resulta el previsto en el Capítulo XVIII del régimen especial, cabe concluir que su dictado ha implicado el ejercicio de funciones materialmente legislativas por parte del Jefe de Gobierno en un área reservada en forma expresa por la Constitución de la Ciudad a la Legislatura.

De este modo, se trata de un acto que adolece de un grave vicio de incompetencia en razón de la materia (art. 14, inciso b, Ley de Procedimientos Administrativos), que no podría subsanarse so pretexto de argüir que se trata de la reglamentación del derecho constitucional de la estabilidad del empleo público –en este caso docentes-, por cuanto ésta se encuentra dada por el Estatuto del Docente, sin que el Ejecutivo pueda *alterar su espíritu* o *cercenarla* mediante una “reglamentación de la reglamentación”.

De allí que, en uso de la facultad conferida por el artículo 14, último párrafo, de la Constitución de la Ciudad corresponda declarar la inconstitucionalidad para el caso del artículo 1° del decreto 2.299-GCBA-1998 y, en consecuencia, anular la disposición 27-DAD-2002.

9. Que lo expuesto en modo alguno puede interpretarse como un avance sobre las facultades disciplinarias de la administración por las que se pretende “*eleva el rendimiento y optimizar los recursos del personal administrativo, alentando a quienes cumplen fielmente con sus obligaciones y sancionando a quienes con su conducta provocan un desmérito* (sic) *de toda la planta personal que en su mayoría cumple con su rol educador*” (fs. 309 vta./310).

Ello por cuanto, nada obsta a que, en caso de considerar que el hecho de incurrir en inasistencias que luego no fueran justificadas por la Dirección de Medicina del Trabajo constituye una falta disciplinaria, se instruyan las actuaciones correspondientes y eventualmente se apliquen las sanciones que se estimaren conducentes *en el marco de las disposiciones del Capítulo XVIII del Estatuto del Docente*.



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Asimismo, en caso de que la autoridad administrativa considere que el cumplimiento de los fines esbozados precedentemente, requiere la introducción de nuevas sanciones y procedimientos para aplicarlas, deberá promover las pertinentes modificaciones legislativas, absteniéndose de *invadir la zona de reserva legal* prevista en la Constitución de la Ciudad.

10. Que por último, esta Sala ha sostenido en reiteradas oportunidades que la gratuidad del amparo consagrada en el artículo 14 de la Constitución de la Ciudad se refiere exclusivamente al actor y no puede hacerse extensiva a todas las partes del proceso.

Autoriza tal interpretación la expresión contenida en el cuarto párrafo *in fine* de dicha norma en cuanto establece que “*salvo temeridad o malicia, el accionante está exento de costas*” (el resaltado nos pertenece). Por ello debe desestimarse el agravio enderezado a cuestionar la imposición de costas efectuada en primera instancia.

Por las razones expuestas el Tribunal **RESUELVE:**

Declarar para el caso la inconstitucionalidad del artículo 1º del decreto 2.299-GCBA-1998, y en consecuencia anular la disposición 27-DAD-2002, que dispuso el cese administrativo de la docente Graciela Victoria Gianola. Con costas (art. 62 CCAyT).

El Dr. Esteban Centanaro no suscribe la presente por hallarse en uso de licencia (art. 2.9 del RIPJCABA).

Regístrese, notifíquese –a la Fiscalía de Cámara en su despacho- y devuélvase.