



Buenos Aires, 9 de mayo de 2013

RES. N° 40/2013

VISTO:

El expediente la Actuación N° 1279/13; y

CONSIDERANDO:

Que mediante el expediente SCD-308/12-0 tramita el sumario administrativo tendiente a investigar los hechos que se le atribuyen al agente Paulino René Fernández.

Que cabe señalar que en el marco del citado expediente, el Plenario de Consejeros dictó la Resolución N° 522/2012, que en su artículo 1 establece: *“Disponer la suspensión preventiva sin goce de haberes del agente Paulino René Fernández (legajo N° 137) por el término de 90 (noventa días) prorrogables, ya sea hasta que recaiga resolución definitiva en el sumario administrativo y/o hasta la finalización del proceso radicado en sede penal, y por las razones ut supra expuestas”*.

Que mediante actuación citada en el visto, el agente Fernández interpuso recurso de nulidad, reconsideración y jerárquico en subsidio contra la resolución CM N° 522/2012.

Que, el Reglamento Disciplinario para Empleados y Funcionarios del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aprobado por Resolución CM N° 271/2008, establece en su capítulo IV las medidas preventivas que pueden adoptarse durante la tramitación del sumario.

Que asimismo, el artículo 11 en su primer párrafo establece: *“Cuando no fuera posible el traslado del/a agente, o la gravedad del hecho lo hiciera aconsejable, el*

sumariado/a podrá ser suspendido/a preventivamente hasta la resolución del sumario”. La aplicación de estas medidas lo será sin perjuicio de los siguientes supuestos: 1) Cuando el/la agente se encontrare privado/a de libertad, será suspendido/a preventivamente, debiendo reintegrarse al servicio dentro de los dos (2) días de recobrada la misma; 2) Cuando el/la agente fuera procesado/a, podrá ser suspendido/a hasta la finalización del proceso penal a su respecto, sin perjuicio de que en definitiva se aplique la sanción que correspondiere en sede administrativa”.

Que, conforme pacífica doctrina, la aplicación de una suspensión preventiva no engendra una medida sancionatoria sino simplemente una decisión de naturaleza cautelar tomada en el marco de la discrecionalidad propia de la autoridad administrativa, y como tal destinada a prevenir situaciones que podrían producirse mientras dura la tramitación del sumario.

Que al respecto, ha dicho la Procuración Nacional del Tesoro que, *“corresponde rechazar los recursos jerárquicos subsidiariamente interpuestos por los agentes contra una resolución del Ministerio de Salud que dispuso su suspensión preventiva.”* Manifestando que, *“corresponde distinguir entre la suspensión aplicada como consecuencia de la tramitación del sumario administrativo y la suspensión provisional, que no constituye una sanción sino que es una medida preventiva tendiente a evitar las consecuencias del mantenimiento en funciones del que está sometido a proceso (conf. Fallos 311:307).”* (Tomo: 276 Página: 94, Dictamen N° 000027).

Que, en cuanto a la discrecionalidad, conforme define Domingo Juan Sesin, en *“Administración Pública. Actividad Reglada, Discrecional y Técnica”*, ed. Lexis Nexis, 2ª edición, pág. 443, es *“una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias*



igualmente válidas para el derecho”.

Que a su vez, Juan Carlos Cassagne, en Derecho Administrativo, Tº II, ed. Abeledo Perrot, pág. 138, dice: *“La discrecionalidad supone siempre una habilitación normativa y puede referirse tanto a la emisión del acto administrativo como a los elementos del mismo. Esa habilitación normativa se configura cuando la norma atribuye una potestad sin establecer el criterio que ha de orientar, predeterminar y servir de base a la decisión del órgano administrativo”.*

Que en el mismo sentido se pronuncia Carlos F. Balbín, en Curso de Derecho Administrativo, ed. La Ley, Tº I, pág. 485, cuando dice: *“La discrecionalidad conceptualmente es la potestad estatal de elegir entre dos o más soluciones igualmente posibles dentro del ordenamiento jurídico. Cualquiera de ellas es entonces jurídicamente plausible, e igualmente razonable. De modo que, tal como se ha dicho reiteradamente, cualesquiera de las soluciones es indiferente en términos jurídicos de valor. Así, el ejecutivo puede optar por cualquiera según su propio arbitrio o criterio. ¿Este criterio es jurídico? Si-claro- en tanto esté incorporado en el orden jurídico, y debe ubicarse en ese marco respetando las reglas jurídicas. Sin embargo, no es un criterio prefijado por el ordenamiento con densidad y profundidad, y en este sentido es libre. Dicho en otras palabras, ese criterio discrecional está contenido en el ordenamiento jurídico y, en ese contexto y sólo en él, es libre en tanto no existen reglas específicas y predeterminadas que guíen su ejercicio”.*

Que como ya se ha dicho, la norma aplicada, al decir que cuando la gravedad del hecho lo hiciera aconsejable la administración podrá aplicar la suspensión preventiva, lo que está haciendo es darle la potestad discrecional a la autoridad de aplicación, de meritar si la gravedad del hecho hace aconsejable disponer la suspensión.

Que el artículo 48 del mencionado Reglamento citado regula la materia concerniente a los recursos, estableciendo en su tercer párrafo: *“Sólo serán recurribles las*

resoluciones que impongan al/la sumariado/a algunas de las sanciones previstas legal o reglamentariamente". Como ya se expresó, la suspensión preventiva aplicada al Sr. Fernández no es una sanción sino una decisión que participa de los caracteres de una medida cautelar.

Que asimismo, el párrafo cuarto del referido artículo, establece: *"Serán irrecurribles las recomendaciones emanadas de los órganos competentes, así como todas las resoluciones dictadas durante la tramitación del sumario"*.

Que al respecto tiene dicho la jurisprudencia que, *"el recurso directo interpuesto por el actor ante esta Cámara a través del cual impugna las resoluciones que dispusieron la instrucción de un sumario administrativo, es una vía no prevista por la norma en examen, la que sólo está autorizada para la aplicación de sanciones, que no es el caso en autos."* (CNACADF SALA II, Estevez, Miguel Ángel c/UIF Res.42/10 (74/11) Expte. 1550/09). Por lo que se consideró inadmisibile el recurso indirecto interpuesto contra la resolución de la UIF que había rechazado el planteo de nulidad presentado por el actor, sosteniendo que dicho recurso devenía prematuro y que *"sólo podrá ser ejercido en forma plena contra el/los actos que impugnan alguna de las sanciones contempladas en el Capítulo IV de la ley N° 25.246."*

Que la Dirección General de Asuntos Jurídicos mediante Dictamen N° 5018/2013 explica que de acuerdo a lo establecido en el artículo 48 antes transcrito, puede concluirse sin hesitación que la resolución dictada es irrecurrible y por lo tanto debe rechazarse la vía recursiva ensayada.

Que este órgano comparte lo dictaminado por de la citada Dirección General, y en consecuencia, corresponde rechazar los recursos de nulidad, reconsideración y jerárquico en subsidio interpuestos por el agente Fernández contra la resolución CM N° 522/2012.

Por ello, en ejercicio de las atribuciones conferidas por el art. 116 de la



Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la Ley N° 31,

**EL CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA
DE LA CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES
RESUELVE:**

Art. 1°: Rechazar los recursos de nulidad, reconsideración y jerárquico en subsidio interpuestos por el agente Fernández contra la resolución CM N° 522/2012, por los fundamentos expuestos en los considerandos.

Art. 2°: Regístrese, notifíquese al impugnante , y oportunamente archívese.

RESOLUCION N° 40/2013

Alejandra García
Secretaria

Juan Manuel Olmos
Presidente