

9470 - "S.R.A. C/ PODER JUDICIAL S/ MEDIDA CAUTELAR AUTONOMA O ANTICIPADA"

LA PLATA, 9 de diciembre de 2005.-

AUTOS Y VISTOS:

La medida cautelar anticipada solicitada (fs. 46/51); y

CONSIDERANDO:

1º) Que S.R.A., mediante apoderado, solicita una medida cautelar con el objeto de que se le restituya el derecho a percibir haberes hasta tanto se dicte resolución firme en el sumario administrativo que tramita ante la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia, por presunta comisión de delito del Oficial Primero de la Curaduría Oficial de Alienados de La Plata.

Manifiesta que mediante resolución n° 147/05 de esa Procuración General, recaída en el expediente n° P.G. 029/05 se dispone la suspensión preventiva con retención de haberes y prohibición de prestar servicios por el término de noventa días a su representado.

Destaca que contra dicho acto, interpuso recurso de reconsideración solicitando, como medida cautelar, se restituya el derecho de percibir haberes atento su carácter alimentario. Agrega que mediante resolución n° 269/05 se rechaza el recurso de reconsideración y se dispone que la suspensión sin goce de haberes, se haga efectiva, al término de la licencia médica concedida al sumariado, manteniendo la suspensión en la percepción de haberes.

Destaca que los citados actos administrativos no resultan definitivos, por cuanto dispusieron una suspensión preventiva a los fines del esclarecimiento de los diversos hechos motivos de investigación, y por tanto, no corresponde solicitar su anulación hasta que no se resuelva si su representado participó en el ilícito que se investiga. Empero afirma que resulta definitiva la retención de haberes, afectando gravemente el derecho alimentario de su representado, pues lo priva de la percepción de su salario.

Por ello, solicita se restituya el derecho a percibir los haberes atento el carácter alimentario de los mismos, que son su único medio de sustento propio y de su familia, hasta tanto se dicte resolución firme sobre sus derechos.

Sostiene que la suspensión sin goce de haberes resulta innecesaria y excesiva, por cuanto su representado no ha participado de ninguna maniobra imputable administrativamente, constituyendo una grave sanción al privarlo de todo ingreso, incluida la asistencia médica (IOMA) al no realizarse aportes a dicha obra social, situación que se agrava ante la imposibilidad de ejercer libremente su profesión, por incompatibilidad absoluta del cargo que desempeña.

Afirma que de no otorgarse la medida peticionada sobrevendrá un perjuicio personal y a su familia, que transformará en tardío el reconocimiento del derecho

invocado, ya que no cuenta con ingresos para afrontar el pago de un crédito hipotecario otorgado por el Banco Francés, un crédito personal con el Banco de la Provincia de Buenos Aires, como así tampoco los gastos de su tratamiento médico y el pago del servicio escolar de su hijo menor (acompaña documental a fojas 23/40).

2°) Que a fojas 84 se presenta el Señor Fiscal de Estado y acompaña el informe producido por el Señor Subprocurador General de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, con arreglo a las previsiones del artículo 23 inciso 1° del Código Procesal Administrativo (ley 12.008, según texto ley 13.101).

Se destaca en el informe que del escrito postulatorio no surgen acreditados los presupuestos de admisibilidad para el otorgamiento de la medida cautelar peticionada, por cuanto según consta en el expediente administrativo PG n° 029/05, se iniciaron actuaciones al accionante imputándole la violación a las resoluciones que establecen el funcionamiento regular de la Curaduría General de Alienados en concordancia con lo dispuesto en la ley n° 12.061 y con el artículo 481 del Código Civil. Que tal conducta encuadra en el ámbito disciplinario, *prima facie*, en los artículos 74 inciso 2do. del Acuerdo n° 2.300 y 2° del Acuerdo. n° 1887 (fs. 57/62).

Destaca que existen normas que habilitan a esa Procuración a adoptar medidas como la dispuesta, ya que la resolución n° 247/05 propicia la suspensión conforme lo prevé el artículo 13 de la Resolución General n° 1.233/01, que regula el procedimiento disciplinario para los miembros del Ministerio Público, cuyo artículo 14 establece que el pago de los haberes sólo será procedente si en las actuaciones administrativas no se aplican sanciones.

Afirma que la retención de haberes deviene como accesorio, mientras dure dicha medida, como consecuencia necesaria de la falta de prestación del servicio, y ello sin perjuicio del estado actual de las actuaciones administrativas a partir de lo decidido en sede penal.

Pone de resalto que ante la gravedad de la causa generadora del sumario administrativo, fue necesario realizar tareas de investigación en cuentas y en la documentación bajo la responsabilidad del actor, circunstancia que habilita prescindir cautelarmente de sus servicios, tal como se dispusiera mediante resolución n° 247/05, medida que no se efectivizó hasta que cesó la licencia por enfermedad, esto es el día 31 de agosto, conforme se dispusiera en la resolución n° 264/05 dictada por la Procuración General, en base a lo aconsejado por la respectiva Junta Médica.

En cuanto al peligro en la demora, advierte que se trata de una mera afirmación dogmática del accionante, ya que no acredita el acervo patrimonial con que cuenta, ni los ingresos familiares.

Afirma que se encuentra configurada la afectación grave al interés público, por cuanto se ha ordenado el llamado a audiencia del funcionario en los términos del artículo 308 del Código Procesal Penal en la causa que tramita por ante el Juzgado de Garantías n° 2 del Departamento Judicial La Plata, en la cual se le imputa malversación culposa de fondos sujetos a la administración y custodia en los términos de los artículos 262 y 263 en relación al artículo 261 del Código Penal.

3°) Que con fecha 29 de noviembre del corriente, el actor cumplimenta con el proveído de fojas 88, acompañando copia de la declaración prestada por el actor ante el Agente Fiscal a cargo de la U.F.I. n° 8 de Investigaciones Complejas, como así también de la declaración prestada por el señor Juan Carlos Fortuny (fs. 89/115).

Manifiesta que la suspensión sin goce de haberes resulta, en el caso, ilegítima por violar el principio constitucional de inocencia que subsiste hasta que exista sentencia condenatoria firme (fs. 116).

4°) Liminarmente cabe destacar que el Código Contencioso Administrativo en su artículo 25 inciso 1° establece que: "Las partes podrán solicitar la suspensión de la ejecución de un acto administrativo siempre que se alegare fundadamente el cumplimiento de los recaudos previstos en el artículo 22 inciso 1°. El juez deberá evaluar si la medida suspensiva tiende a evitar perjuicios irreversibles, aun cuando pudiere ser objeto de una indemnización posterior".

De modo tal que para la procedencia de la suspensión de la ejecución de un acto administrativo deberá acreditarse el *fumus bonis iuris* con relación al objeto del proceso, la existencia del *periculum in mora* y la no afectación grave del interés público.

Asimismo, el ordenamiento procesal citado prevé que las medidas cautelares podrán solicitarse en modo *anticipado* a la promoción de la demanda, estableciendo para tales supuestos un plazo de caducidad de las mismas (art. 23, incs. 1° y 2°, C.C.A., ley 12.008, según ley 13.101).

Por otra parte, desde la vertiente jurisprudencial se ha sentado que cuando el objeto de la tutela cautelar consista en la suspensión de la ejecución de un acto administrativo, su procedencia exige un severo examen en cuanto a la verosimilitud del derecho y la existencia de peligro en la demora, en atención a la presunción de legitimidad y ejecutividad de la que aquellos gozan, que sólo cede ante supuestos de actos irregulares (C.S.J.N., Fallos: 293:133; 318:2431; 322:2272; 324:2859; 324:2213; S.C.B.A, causas B. 64.853, res. del 11-XII-02; B. 62.471, res. del 26-II-03; B. 64.431, res. del 16-VI-04).

5°) Conforme a tales lineamientos y los antecedentes del caso *sub examine*, verificados en el marco de la *summaria cognitio* con la que cabe analizar la medida cautelar peticionada, permiten tener por acreditados los presupuesto que tornan

procedente la misma (art. 22, 23, 25 y conchs. del C.C.A., ley 12.008, texto según ley 13.101).

Se advierte a *prima facie* y con el grado de suficiencia requerido en materia cautelar el **fumus bonis iuris** invocado por la actora en la demanda (arts. 22 inc. 1°, ap. "a" y 25, C.C.A.).

En primer término cabe puntualizar que en el marco de las previsiones del artículo 13 de la resolución n° 1.233/01, que regula el procedimiento disciplinario para los miembros del Ministerio Público, se dispuso suspender preventivamente al actor, con retención de haberes y prohibición de prestar servicios por el término de noventa días (res. n° 247/05, ver fs. 7), medida que se hizo efectiva a partir del día 31 de agosto de 2005, al finalizar la licencia médica concedida al funcionario, conforme se estableció en la resolución n° 269/05 emitida por la Procuración General (ver fs. 12).

El citado artículo 13, al reglamentar la suspensión preventiva establece que: *"Cuando no fuere posible su traslado o cuando la gravedad del hecho que se le atribuye lo hiciera aconsejable, el sumariado podrá ser suspendido preventivamente por un plazo de hasta noventa días, el cual podrá ser ampliado por otro similar cuando la complejidad y circunstancias del caso así lo aconsejen. Dicho plazo no será aplicable cuando la suspensión dispuesta sea consecuencia de la privación de la libertad ordenada en proceso penal"*.

Por su parte, el artículo 14 contempla la *suspensión preventiva por proceso penal*, en los siguientes términos: *"Cuando el funcionario o empleado se encuentre sometido a proceso penal podrá disponerse su suspensión hasta que recayere pronunciamiento definitivo en el mismo teniendo en cuenta la naturaleza del ilícito presuntamente cometido. Si se encontrare privado de su libertad deberá ser suspendido. **El pago de haberes durante el período de suspensión sólo será procedente si en las actuaciones administrativas no se aplican sanciones, o si éstas resultan ser inferiores al plazo de la suspensión preventiva, en cuyo caso se reconocerá la diferencia proporcional correspondiente**"* (el destacado me pertenece).

En tanto que el artículo 80 del Acuerdo n° 2.300, establece que en las suspensiones previstas en ese régimen estatutario corresponderá el pago de haberes *"...cuando se motivaren en hechos del servicio o vinculados al mismo, **el agente tendrá derecho a la percepción de los devengados durante el período de la suspensión sólo si en la causa administrativa no resultare sancionado. Si en esta última le fuere aplicada una sanción suspensiva, los haberes le serán abonados en la proporción correspondiente**"* (el destacado me pertenece).

Como se advierte de los textos normativos resaltados, durante el período de suspensión preventiva del funcionario que se encuentra sometido a un proceso

penal, el mismo tendrá derecho a percibir los haberes, siempre que en las actuaciones administrativas no se hubieren aplicado sanciones.

En el caso *sub examine*, no se encuentra acreditada la aplicación de sanciones en las actuaciones sumariales PG n° 029/05 iniciadas con motivos de los hechos que se imputan al funcionario accionante, circunstancia que configura –dentro del limitado marco cognocitivo que exige el remedio cautelar- la concurrencia del *fumus bonis iuris* para un despacho favorable de la medida requerida.

En efecto, tal como se desprende de la resolución n° 247/05 y su confirmatoria n° 269/05, con motivo de los hechos que dan cuenta las actuaciones sumariales, resultó aconsejable adoptar una medida **precautoria**, suspendiéndose al actor por el término de noventa días, conforme a lo normado en el capítulo III) del Reglamento de Procedimiento Disciplinario para los Miembros del Ministerio Público y preceptos concordantes del Acuerdo n° 2.300 (ver fs. 7/8 y 12).

En suma, de la documentación glosada al *sub iudice* no surge acreditada la aplicación de una sanción disciplinaria, dictada conforme a los recaudos que impone el artículo 83 del Acuerdo 2.300, sino la adopción de una **medida preventiva**, que no excluye el pago de los haberes del funcionario suspendido, tal como lo prevé el plexo normativo transcrito precedentemente.

Con relación al **periculum in mora**, cabe señalar que la normativa aplicable impone evaluar si la medida suspensiva tiende a evitar perjuicios irreversibles, excluyendo el tradicional criterio de ponderar la posibilidad de una ulterior indemnización de los perjuicios (art. 25 inc. 1° *in fine* del C.C.A., ley 12.008, texto según ley 13.101).

En el *sub iudice*, la procedencia de este recaudo encuentra sustento en el carácter alimentario que revisten los haberes que el actor percibía en su desempeño como funcionario judicial, máxime si se tiene en cuenta que el cargo ejercido, le impide el libre ejercicio de su profesión, debido a la incompatibilidad absoluta impuesta por el ordenamiento legal (art. 41, ley 10.745 y Acuerdo 2.172).

Así, como lo sentenció nuestro Máximo Tribunal Federal, toda remuneración tiene carácter alimentario y al suspenderse el pago de todos los rubros salariales se priva al recurrente de la cuota o base mínima de subsistencia tanto para él como para su familia pudiendo afectarse, incluso, los beneficios sociales, vulnerándose la garantía constitucional del debido proceso (conf. *in re* “Moliné O’Connor, Eduardo s/ recurso de queja”, res. 9-VII-2004).

Por otra parte, el dictado y aplicación de una medida precautoria como la que ha de tener cabida -cumplimentar con el debido proceso legal que impone el reglamento disciplinario aplicable al caso- en modo alguno permite avizorar una **grave afectación al interés público** (art. 22 inc. 1°, ap. “c”, C.C.A., ley 12.008, texto según ley 13.101; C.S.J.N., Fallos: 314:1.202).

Que como lo tiene sentado la Suprema Corte de Justicia provincial, a partir de la aplicación del artículo 22 del nuevo Código Procesal Contencioso Administrativo, corresponde verificar la concurrencia de los extremos previstos en los apartados a) y b) del inciso 1º, como así también de la exigencia contenida en el apartado c), pues ellos informan y delimitan el contenido valorativo que debe seguirse para otorgar la tutela precautoria; con lo cual, el balance de tales recaudos ha de operar en términos de exigir una mayor o menor presencia de los presupuestos legales establecidos, sin llegar a justificar la total prescindencia de cada cual (conf. doctr. causa B. 65.043, "Trade", res. del 4-VIII-04).

6º) Que a mérito de lo expuesto, corresponde hacer lugar a la cautelar requerida, ordenándose a la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia restituya el derecho de percepción de haberes del actor, hasta tanto se dicte resolución firme en el sumario administrativo PG n° 029/05, medida que se hará efectiva a partir de la notificación del presente pronunciamiento (arts. 22, 23, 25 y concs., C.C.A., ley 12.008, texto según ley 13.101)

Ello, en modo alguno implica abrir juicio sobre el debate de la cuestión substancial, pues la cognición cautelar se limita a un juicio de verosimilitud y no de certeza, toda vez que el otorgamiento de las medidas cautelares "no exige de los magistrados el examen de la certeza sobre la existencia del derecho pretendido, sino sólo su verosimilitud. El juicio de verdad en esta materia se encuentra en oposición a la finalidad del instituto cautelar, que no es otra que atender a aquello que no excede del marco de lo hipotético, dentro del cual, asimismo, agota su virtualidad" (C.S.J.N., Fallos: 306:2060; 313:521; 318:2375).

7º) Con carácter previo, el actor deberá dar caución juratoria, en Secretaría, por las costas y los daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar en caso de haber petitionado el remedio cautelar sin derecho (art. 24 inc. 1º del C.C.A., ley 12.008, texto según ley 13.101).

8º) Las costas se imponen en el orden causado (art. 51, C.C.A.).

Por ello,

RESUELVO:

1º) Hacer lugar a la medida cautelar solicitada y ordenar a la Procuración General de la Suprema Corte de Justicia restituya el derecho de percepción de haberes del funcionario **S.R.A.**, hasta tanto se dicte resolución firme en el sumario administrativo PG n° 029/05, medida que se hará efectiva a partir de la notificación del presente pronunciamiento (arts. 22, 23, 25 y concs., C.C.A., ley 12.008, texto según ley 13.101)

2º) Con carácter previo, el actor deberá dar caución juratoria, en Secretaría, por las costas, y daños y perjuicios que la medida pudiere ocasionar en caso de haber petitionado el remedio cautelar sin derecho (art. 24 inc. 1º, C.C.A., ley 12.008, texto según ley 13.101).

3° Imponer las costas en el orden causado (art. 51, C.C.A., ley 12.008, texto según ley 13.101).

Regístrese, notifíquese y ofíciase.

Registro N° ANA CRISTINA LOGAR

Juez

en lo Contencioso Administrativo nº 2

Dpto. Judicial La Plata