

Expte. N° 13-04295498-9, “Herrera Fabián Marcelo c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción Procesal Administrativa”

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Las constancias de autos

i.- La demanda

El actor solicita se disponga su reubicación jerárquica al grado de oficial subadjutor, clase salarial 08 del Escalafón Profesional y Administrativo, Personal Superior, previsto en los arts. 19 y 20 de la Ley Provincial N° 7493, a partir del 09/02/2011 y que se le abonen retroactivamente las diferencias salariales resultantes, como también se le reconozca y abone el ítem antigüedad por los servicios prestados en el Hospital Central, desde el momento que ingresó en la Penitenciaría, debiendo pagarse las diferencias salariales, aplicando a ambos créditos los intereses.

Refiere que ingresa a trabajar al Servicio Penitenciario de la Provincia en fecha 09/02/2011. Previo al ingreso acompañó la correspondiente documentación en la que acreditó poseer título habilitante de nivel terciario- Enfermero Profesional y por esa condición se le destinó a prestar servicios en la División Sanidad del Complejo Penitenciario II, San Felipe.

Explica que se le designó en el grado de Agente –clase 01- del Escalafón Profesional y Administrativo Personal Subalterno (S.C.P.A.), debiendo cumplir tareas de su especialidad.

Agrega que como la designación en el grado y clase es incorrecto verbalmente pidió en diferentes oportunidades que se la reubique en la jerarquía de Oficial Subadjutor por considerar que esa era la clase que le correspondía conforme la Ley Provincial N°7493/2006 del Personal Penitenciario.

Refiere que la superioridad frente a los recla-

mos verbales, le comunicó que recursos humanos mediante los expedientes administrativos N°5392-S-2013-00213; N°5393-S-2013-00213 y N°5394-S-2013-00213, había procedido a la reubicación jerárquica del actor junto a otros 100 empleados más y que estaba a la firma del Sr. Gobernador, la que se fue dilatando hasta que se dicta el Decreto N°1158 del Poder Ejecutivo de la Provincia de Mendoza, que procedió a la reubicación, encontrándose con la desagradable sorpresa de que no se encontraba incluido en la nómina respectiva.

Relata que por ello, en fecha 10/08/2015 planteó recurso de reconsideración contra el mencionado Decreto en expediente N° 5132-D-2015-00213, alegando que estaba incluido en el trámite del expediente N° 5393-S-2013-00213, y desconoce el motivo por el cual fue excluido de la nómina del personal sujeto a reubicación. Al no existir pronunciamiento, presentó un pedido de pronto despacho en fecha 20/01/2016.

Indica que en forma verbal le hicieron saber que por error fue excluido, pero en expediente administrativo N° 6240-D-2015, se lo había incluido nuevamente para ser reescalafonado. Nuevamente ante la falta de respuesta solicitó al Ministro de Seguridad interviniera en el reclamo, en expediente N° 14593-D-2016-00106.

Agrega que mientras tramitaba el recurso de apelación es reubicado en el grado de subayudante y la clase salarial 02, por lo que planteó recurso de aclaratoria contra el Decreto 1996 en nota de trámite interno n° 3360-S-2017-0021, porque le hubiese correspondido el grado de subajutor y clase 08, el cual no fue resuelto. Asimismo ante el silencio del ministro, en la apelación, planteó recurso jerárquico ante el Gobernador (Expte. N° 1991-2017-20108), agotando de ese modo la instancia.

Resalta que desde el año 2013, momento en que reclama a sus superiores la correcta reubicación, el empleador ha realizado diversas reubicaciones jerárquicas posicionando a los profesionales que laboran en la Penitenciaría.

Respecto al ítem antigüedad refiere que al mo-

mento del ingreso y confección del legajo acreditó con el C.V. poseer tiempo de servicios prestados en el Ministerio de Salud, informando la antigüedad en las declaraciones juradas de siete años, cuatro meses y seis días, la cual nunca se reconoció, por lo que solicitó su pago en expediente N° 608-D-2016-00211, el que fuera rechazado por Resolución N° 1579.

Describe los recursos planteados en el procedimiento hasta llegar al rechazo de la apelación y nulidad por Resolución N° 0523/17 por ser presentada fuera del plazo legal, la cual fue cuestionada, habiéndose operado la denegatoria tácita ante el Sr. Gobernador de la Provincia.

Explica que el principal no le reconoce el derecho porque el tiempo laborado se cumplió bajo la modalidad de locación de servicios, haciendo una interpretación errónea del art. 178 de la Ley N° 7493, la cual no discrimina ni exceptúa los casos de locación de servicios.

Interpreta que los vicios alegados debieron ser tratados en sede administrativa, dada la imprescriptibilidad de la acción (art. 76 L.P.A.).

Indica que el período que permaneció en la clase incorrecta es de 43 meses y 17 días y generó un crédito cuyo monto se va a determinar en la pericia contable.

ii.- La contestación

El Gobierno de la Provincia y Fiscalía de Estado en el responde de fs. 90/92 y vta. reconocen que el actor ingresó al servicio penitenciario en el cargo de agente; que posteriormente fue ascendido al grado de Suboficial Subayudante S.C.P.A.; que en las actuaciones administrativas N° 5132-D-2015-00213 planteó recurso de reconsideración en contra del Decreto N° 1158/15 que dispuso la reubicación jerárquica de diverso personal y que mediante la pieza administrativa 608-D-2019 solicitó el reconocimiento de la antigüedad. Contra la resolución denegatoria dedujo los respectivos recursos de reconsideración y jerárquico.

Plantean la prescripción respecto de los períodos que excedan los dos años hacia atrás del primer reclamo administrativo, es decir 03/08/2015, en relación a la pretensión de reubicación jerárquica y diferencias salariales.

Respecto al ítem antigüedad, también plantean la excepción de prescripción, toda vez que el primer reclamo relacionado con la liquidación fue introducido el 9 de setiembre de 2016.

Para el caso que se estime procedente la acción, manifiestan que de la compulsión de las actuaciones, surge que la pretensión resulta parcialmente inadmisibles.

Sostienen que del informe obrante a fs. 15 del expediente administrativo N° 11895-D-2017-00106, surge que el administrado prestó servicios bajo la modalidad de locación de servicios, los cuales no pueden ser computados a los efectos solicitados, por lo que solo debe limitarse a los meses comprendidos entre agosto de 2007 hasta marzo de 2008, en que fue designado por Decreto 1780/07 hasta su renuncia el día 6 de marzo de 2008.

II- Consideraciones

Analizadas las actuaciones, los argumentos esgrimidos por las partes en litigio; los elementos de juicio incorporados a la causa y teniendo en cuenta el control de legitimidad que ejerce V.E. respecto al obrar de la Administración Pública, este Ministerio entiende que correspondería hacer lugar parcialmente a la acción intentada en atención a las siguientes consideraciones:

i-El Gobierno de la Provincia reconoce como hechos jurídicamente relevantes y por tanto no controvertidos que el accionante se desempeña como Suboficial Subayudante S.C.P.A. del Servicio Penitenciario Provincial; que en las actuaciones administrativas N° 5132-D-2015-00213 planteó recurso de reconsideración en contra del Decreto N° 1158/15 que dispuso la reubicación jerárquica de diverso personal y que mediante la pieza administrativa 608-D-2019 solicitó el reconocimiento de la antigüedad.

Teniendo en cuenta las fechas de los reclamos antes mencionados, plantea la prescripción de los períodos anteriores al 03/08/2015 para la reubicación y de los períodos anteriores al 9 de setiembre de 2016 para la antigüedad.

Por su parte la actora reclama desde la fecha de ingreso a la Administración Pública (09/02/11) y en los alegatos señala que el sutil olvido que excluyó al actor de la reubicación, no ha sido objetado por la demandada, reconociendo implícitamente que el Sr. Herrera, debe ser posicionado orgánicamente en el grado de subadjutor.

De la compulsa de las actuaciones 5393-S-2013-00213, carat. “Ref. Reescalafonamiento 2013- 6º Etapa”, se advierte que el trámite de la reubicación jerárquica fue iniciado de oficio en fecha 06/12/2013 mediante nota del Coordinador de RR.HH. del Servicio Penitenciario Provincial que eleva al Director del Servicio Penitenciario, la nómina del personal penitenciario que se encuentra comprendido en el art. 19 de la Ley N° 7493, en la que figura el actor (v fs. 2,42/43,44/45, 162/163), trámite que culminó con el dictado del Decreto 1158 del 30 de junio de 2015 (v. fs. 334/344) que no incluye al actor entre los agentes con ajuste en la situación de revista, atento lo dictaminado por Asesoría Letrada del Ministerio de Trabajo, Justicia y Gobierno a fs. 214, en cuanto a que carece de título que motive una modificación en su escalafón.

De allí que existe, a criterio de este Ministerio, tal como lo sostiene la actora, por parte del empleador un reconocimiento tácito del derecho que interrumpe el curso de la prescripción conforme lo preceptuado por el art. 3989 del C.C. (actualmente artículo N° 2545 del C.C. y C. N.).

ii- No obstante lo anterior se advierte que este Ministerio Público tuvo oportunidad de emitir opinión en un caso similar al de autos, en el cual se cuestionaba también el Decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 1158 de fecha 30 de junio de 2015, aunque difiere del presente, toda vez que en “*Carrion, Valeria Fernanda c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza*”, Expediente N° 13-04221864-7, Sala I, 11/10/2019, se solicitó el pago del retroactivo correspondiente a la reubicación jerárquica otorgada por el mencionado de-

creto, en tanto que en autos, el actor solicita se le reconozca el derecho al reescalafonamiento al haber sido excluido del Decreto 1158.

En el precedente señalado V.E., atento a las circunstancias particulares del caso, analizó la sustancia del reclamo en forma conjunta con el instituto de la prescripción, entendiendo que las diferencias reclamadas no se adeudan en el periodo peticionado, por lo que no corresponde hacer lugar a la demanda por entender que el Decreto N° 1158 del Poder Ejecutivo Provincial, no revocó la designación originaria ni la actora lo impugnó, ni tampoco retrotrajo los efectos del reencasillamiento al ingreso de la actora, sino que determinó la vigencia de sus disposiciones desde el dictado del acto, esto es el 30 de junio de 2015.

Aplicando estos lineamientos al caso en cuestión y teniendo en cuenta las actuaciones obrantes en el expediente N° 5132, en el cual tramitó el Recurso de Revocatoria interpuesto por la actora contra el Decreto 1158/15, surge que la actora solicitó se la incluyera en la nómina del personal sujeto a reescalafonamiento y se le otorgue la jerarquía que por ley le corresponde, con efecto retroactivo a la fecha de emisión del Decreto 1158/15, acompañando como pruebas certificado analítico, título habilitante como Profesional Enfermero expedido por la Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad Nacional de Córdoba y copia simple de matrícula provincial de enfermero profesional obtenida en fecha 29/10/2002 (v. fs.1/13). A fs. 21/23 se acompaña analítico definitivo en fecha 01/10/2015, razón por la cual a fs. 29 se le informa que fue incorporado a la Etapa N° 9 de reescalafonamientos, Expte. N° 6240-D-2015-00213, que se encuentra a la espera de crédito presupuestario.

A fs. 48 se informa que el expediente 5132-D-2015-00213 fue desglosado de la mencionada etapa, siendo la presente pieza en copia la que cuenta con todos los requisitos para que el encartado pueda ser cambiado de escalafón, circunstancia que no ocurrió, razón por la cual se inició la presente acción.

A tenor de la documentación acompañada se considera que corresponde el reconocimiento del derecho al reescalafonamiento

del actor en la clase solicitada y pago de las diferencias salariales, a la fecha del dictado del Decreto 1158, esto es 30/06/2015, y no desde la fecha del ingreso, como lo solicita la accionada, por cuanto tal pretensión no fue esgrimida en sede administrativa, ni tampoco el actor cuestionó su acto de designación, tal como se entendiera en el precedente señalado.

En punto a la antigüedad peticionada, se concuerda con la accionada que corresponde solo por el período en el cual revistó en planta permanente, esto es los meses comprendidos entre agosto de 2007 hasta marzo de 2008.

En cuanto a los intereses legales, esta Procuración General entiende que en el caso corresponde imponer la tasa de interés dispuesta en el Plenario “Aguirre” hasta el dictado del Plenario “Citibank” (30/10/2.017).

Sin perjuicio de lo anteriormente dicho, cuadra poner de resalto que el 27 de diciembre de 2.017 se ha sancionado la Ley N°9041, publicada en el Boletín Oficial de la Provincia el día 02 de enero de 2.018, que regula la cuestión referida a los intereses a partir de ese momento, lo que deberá tenerse presente.

III.- Dictamen

En definitiva, por las razones que anteceden, esta Procuración General considera que corresponde que V.E. haga lugar parcialmente a la demanda incoada, ordene el reencasillamiento y pago de las diferencias salariales a partir del dictado del Decreto 1158/15, esto es 30 de junio de 2015; así como el pago del adicional antigüedad por el período señalado.

Despacho, 24 de agosto de 2020.



Dr. HECTOR PRADAPANÉ
Fiscal Adjunto Civil
Procuración General

