

Expte. N° 13-04230367-9 “Martínez María
Cecilia c/ Municipalidad de San Rafael p/
Acción Procesal Administrativa”.

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- La actora solicita la declaración de ilegitimidad del Memorandum N° 08/2014 emitido por el Director de Recursos Humanos, así como de la Resolución N° 286 SG/2014 y del Decreto N° 5795/2017 del Honorable Concejo Deliberante de la Municipalidad de San Rafael, en tanto dispone el traslado al Jardín Maternal Eva Perón J-053, como docente a cargo de Sala Jornada completa y solicita la inmediata reinstalación en el cargo de Directora Clase 13 y en las funciones inherentes a dicho cargo y se condene a la demandada al pago de las indemnizaciones correspondientes en concepto de daños y perjuicios, incluido el daño moral, hasta cubrir la suma de \$592.422 en concepto de capital con más los intereses.

Describe el iter administrativo posterior al acto impugnado, así como los procesos judiciales iniciados (amparo y amparo por mora).

Considera que la decisión adoptada por el Director de Recursos Humanos de la Municipalidad de San Rafael adolece de vicio de incompetencia, así como también la Resolución N° 286 S.G./2004, mediante la cual aparentemente se saneó el mismo, lo cual deja en evidencia el ánimo persecutorio y el vicio de desviación de poder.

Sostiene que el intendente ha ratificado una decisión adoptada ilegítimamente por el Director de Recursos Humanos sin fundar su decisión, sin acreditar que la modificación de las condiciones de la prestación del servicio de que fuera objeto respondiera a una reestructuración del servicio, aplicando una sanción anticipada (sin observar los procedimientos previstos para garantizar el legítimo derecho de defensa y debido proceso), en un claro ejercicio abusivo del derecho y exceso de competencia.

Aduce falta de motivación del acto atacado que implica vicio de forma y principalmente de arbitrariedad, al no determinar concretamente los hechos que le han servido de base, ni los motivos tenidos en mira para adoptar la decisión, además de valerse de una falsa causa.

Expresa que el traslado dispuesto importa un cambio sustancial en las condiciones de trabajo, puesto que de ser “Directora – Clase 13”, pasó arbitrariamente a cumplir funciones como “Docente” a cargo de aula – Clase 10”ntal decisión implicó una disminución de casi un 30% del salario bruto con supresión de los ítems 05- viáticos por movilidad y 56- bloqueo parcial de título y modificaciones esenciales de trabajo como el horario (de 6 horas por día a 12 horas y de diurno a nocturno), categoría, funciones y remuneración.

Denuncia que la administración ha excedido los plazos razonables para la resolución del sumario administrativo iniciado por los mismos hechos que generaron el traslado, sometiéndola por casi 4 años a un estado de incertidumbre que le ha causado serios perjuicios.

Reclama como daño emergente la suma de \$392.422,88, importe que resulta de computar la diferencia de haberes desde el mes de marzo de 2014 hasta la fecha de interposición de la presente, el que deberá ser incrementado, en la proporción que corresponda, hasta el dictado de la sentencia.

Pide además indemnización de daño moral por la suma de \$ 200.000, por el estrés laboral agudo sufrido que le ha generado una presión, tristeza y angustia que afecta considerablemente su salud.

II- En el responde de fs. 187/188, la Municipalidad de San Rafael resiste la pretensión negando todos y cada uno de los hechos expuestos en especial arbitrariedad en las resoluciones y que se haya aplicado una sanción anticipada.

A fs. 201/205 amplia la contestación de demanda.

Sostiene que la actora no tiene la estabilidad propia del empleado público al ser su designación transitoria por lo que puede ser despedida sin más requisito que el pago de una indemnización; no tiene expectativa de carrera como la tiene el empleado permanente.

Consecuente con ello, afirma que la movilidad

deviene algo menos rígida porque su nombramiento es cubierto por partidas extrapresupuestarias, lo que importa una clara variación año tras año conforme a necesidades y posibilidades.

Arguye que por tal razón no corresponde descalificar la legitimidad del memorándum 08/2014, ya que su motivación deviene del reacomodamiento necesario por razones presupuestarias en el ejercicio de la superintendencia y dirección inmediata que se ejerce sobre los empleados.

Sostiene que con el dictado de la Resolución N° 0172/2014, varios planteos de la actora devienen abstractos como la incompetencia del Director de Recursos Humanos y la falta de motivación.

Manifiesta que la iniciación de sumario administrativo lo es por la denuncia de docentes que incluye abuso de autoridad, incumplimiento del horario, etc , sin que el mismo tenga relación con el traslado ordenado por el Director de Recursos Humanos.

Indica que es absurdo el reclamo de daños y perjuicios por que tal pretensión no fue debatida previamente en las reclamaciones administrativas conforme art. 11 de la Ley N° 3918 y por la falta de estabilidad del empleado temporario.

III- A fs. 197/199 vta. interviene Fiscalía de Estado, quien contesta la demanda “en expectativa”, al no tener conocimiento directo de los planteos que han tenido origen en la órbita municipal y para no dejar indefensos los intereses que el art. 177 de la Constitución de Mendoza confía a Fiscalía de Estado.

Afirma que el vicio de incompetencia que podría contener la resolución impugnada queda subsanada por la ratificación por parte del Ejecutivo Municipal, en concordancia con el art. 57 de la Ley N° 9003.

Destaca el dictamen emitido por la Dirección de Asuntos Legales del Municipio el cual contiene fundamento jurídico para el rechazo de la revocatoria y a cuyos términos se remite en honor a la brevedad.

IV- La Administración Municipal, en ejercicio del poder de dirección, puede disponer traslados en la medida en que las necesidades del servicio lo requieran, "potestad" que debe ser ejercida racional y razonablemente, en especial con motivación suficiente y sin originar perjuicios al

agente. De lo contrario la conducta de la Administración excedería los límites jurídicos de su potestad para cambiar de funciones y trasladar a sus empleados.

En la cuestión relativa al ejercicio del *ius variandi* en materia de empleo público V.E. en diversas oportunidades (LS 385-156; 399-155; 410-056) ha ido estableciendo como criterios:

i- El ejercicio del *ius variandi*, derivado del poder de dirección que detenta el empleador, supone una potestad que tiene por objeto modificar o cambiar ciertos aspectos de la relación de trabajo, dejando incólume lo esencial o lo sustancial.

ii- El Estado empleador es libre para variar la función asignada al dependiente, cuidando siempre de respetar su integridad y de no convertir tal facultad en un accionar persecutorio.

iii- El agente público goza de numerosos derechos pero ninguno de ellos le permite exigir cuál será la función que deberá cumplir, lo que queda razonablemente supeditado al criterio de sus superiores.

iv- El vicio de desviación de poder en la voluntad del funcionario puede producirse tanto en la actividad reglada como en la discrecional, pero en esta última es más difícil su demostración.

v- Para tener por configurada la ilegitimidad del ejercicio del *ius variandi*, debe probarse la intencionalidad desviada del ente emisor del acto, como el perjuicio que la decisión le ocasiona al agente.

vi- La ausencia de prueba de alguna disminución en las condiciones de prestación de servicios en la repartición de destino, impide tener por demostrada la finalidad persecutoria, o de castigo, o de reprimenda, o de exclusión, necesarios para determinar la existencia del vicio de desviación de poder atribuido al acto atacado, pues para demostrar la presencia del vicio de desviación de poder es necesario acreditar en primer lugar la afectación en algún grado de alguno de los derechos del agente.

En la especie, de las constancias del expediente administrativo, así como de la prueba rendida en autos se advierte que:

i- La actora pretende no solo la nulidad del acto administrativo que dispuso el traslado, sino que también pretende la reparación de los perjuicios patrimoniales y no patrimoniales generados, al modificar sustancialmente las condiciones de trabajo en lo que respecta a la remuneración, categoría y funciones.

En punto a los daños, se señala que la actora en sede administrativa formuló reserva de accionar para el resarcimiento por los daños y perjuicios así como también reclamar la restitución de los haberes caídos y tal circunstancia sumada a que la demandada no canalizó la objeción en la oportunidad procesal debida, es decir mediante la excepción previa prevista en la norma (art. 47 C.P.A.), habilitan a V.E. a expedirse respecto a tales tópicos (L.S. 400-024; 263-223; 264-67, 393-061 entre otras),.

ii- Delimitada la cuestión a resolver, se señala que el marco normativo aplicable –Estatuto Escalafón Municipal Ley N° 5892- establece en el art. 29 que se reconoce en la entidad empleadora la facultad de organizar administrativa, técnica y económicamente las dependencias públicas en las que se presta el servicio, como consecuencia de ello puede establecer cambios en las modalidades de la prestación a cargo del agente, y en la forma de realizar el trabajo en conjunto, sin perjuicio del debido respeto a su calificación y categoría cuando el cambio de modalidad importe una modificación sustancial en las condiciones de trabajo, deberá ser fundamentada.

De las actuaciones administrativas acompañadas surge que por Memorandum N° 08/2014 del Director de Recursos Humanos de la Municipalidad de San Rafael de fecha 31 de enero de 2014, se comunicó a la actora que a partir del 03 de febrero de 2014 debía presentarse a prestar servicios en el JARDIN MATERNAL EVA PERON J-053, como docente a cargo de Sala Jornada completa, indicando que tal circunstancia encuentra sustento en el ejercicio de superintendencia y dirección inmediata que se ejerce sobre los empleados, contemplada en el art. 105, inc. 8 de la Ley N° 1079 (v. fs. 51 del AEV 25956 D) e invocando las facultades conferidas por la Resolución N° 438/2010 de la S.H.A.

Posteriormente, ante el recurso de Revocatoria planteado por la actora, se dicta la Resolución N° 286 S.G./2014 emitida por el

Sr. Intendente Municipal que ratifica el acto administrativo provocado mediante el Memorandum que dispone el traslado de la actora.

En los considerandos se expresa que en la medida que el acto respete los límites impuestos por la doctrina y legislación (art. 29 y sig.- Ley 5892) no alterando la jerarquía, posicionamiento escalafonario del agente, resulta una orden válida y de cumplimiento obligatorio; más aún en el art. 105, inc. 8 de la Ley Orgánica de Municipalidades, el Departamento Ejecutivo ejerce la superintendencia y dirección inmediata de los empleados.

Se advierte que en las dos resoluciones se alude a las normas legales en las cuales se encuadra la facultad ejercida, pero no se indica ningún motivo que explique las razones por las cuales se dispuso la misma, siendo insuficiente a criterio de este Ministerio Público Fiscal la invocación genérica de una facultad, máxime cuando el ejercicio de la misma involucra un cambio en las tareas y categoría del agente municipal, resultando para ello indistinto que el mismo sea de planta permanente o temporaria.

De los bonos de sueldo acompañados surge que en febrero de 2014 la Sra. Martínez ostentaba la clase 13 con un sueldo de \$ 10843,23 y en Marzo de 2014 la clase 10 con un sueldo de 7496,24 (v fs. 109 de autos), con un cambio sustancial de tareas ya que de Directora de Jardín pasa a Maestra de Sala.

En este aspecto, se destaca lo señalado por el dictamen de la Comisión de Legislación en el asunto 841-M-14, en el cual se expresa que “... Los actos recurridos configuran claramente una baja de categoría, de la 12 a la 10, con las consecuencias que ello implica, así como un claro cambio de funciones, de Directora a Maestra de Sala, desconociendo el ascenso que se le otorgó en el año 1997. Es decir de los 22 años de antigüedad que revista el agente, 17 años lo hizo como Directora de Clase 12 y no puede el Director de Recursos Humanos ni el Ejecutivo Municipal, dictar un acto que contradiga ese derecho...”

Tales circunstancias por sí solas justificarían la necesidad de motivación del acto administrativo discrecional que dispuso el traslado, exigencia que surge necesariamente del principio republicano de gobierno establecido en el art. 1 de la C.N., no siendo suficiente una fundamentación sólo aparente, sino que se requiere que las razones invocadas sean una derivación

razonada del derecho vigente aplicable a las circunstancias probadas de la causa (v. L.S. 564-126 *in re "Almenara"* y Fallos 341-84 *in re "U.N.R. c/ Calarota"*).

Teniendo en cuenta lo antes expuesto, la normativa aplicable al caso y las constancias de la causa, este Ministerio Público Fiscal entiende que corresponde hacer lugar a la pretensión de nulidad por falta de motivación del acto administrativo cuestionado que lo torna irrazonable, al no dar las razones que llevaron a su dictado.

iii- En cuanto a la pretensión de resarcimiento del daño emergente consistente en la diferencia de haberes desde el mes de marzo de 2014 hasta la fecha de interposición de la presente, el mismo no puede prosperar, toda vez que la Ley N° 5892, no contiene norma expresa que autorice el pago de salarios caídos.

En punto al daño moral, la pericia obrante a fs. 262/264 no avala la pretensión de la actora, por lo que corresponde el rechazo.

Conforme lo argumentado, estima esta Procuración General que corresponde que V.E. haga lugar parcialmente a la demanda promovida, con los alcances explicitados anteriormente.

Despacho, 23 de abril de 2021.



Dr. HECTOR FRAGAPANE
Fiscal Adjunto Civil
Procuración General