

Expte. N° 13-03936833-6 “Gallardo Raúl Víctor c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción Procesal Administrativa”

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- El Sr. Raúl Víctor Gallardo, actor en autos, solicita por esta vía la anulación por ilegitimidad de la Resolución N° 00322 de fecha 22 de marzo de 2016 emitida por la H. Cámara de Senadores, en cuanto dejó sin efecto la designación dispuesta por la Resolución N° 001-2015 de fecha 2 de enero de 2015 en Planta de Personal Permanente, Auxiliar Administrativo, clase presupuestaria 013, Régimen Salarial 02-1-0-13, Unidad de Gestión L 00001, con retención del cargo mientras dure su designación en un cargo superior, Director de I.C.L., clase presupuestaria 063.

Refiere que ante la mencionada Resolución interpuso recurso de revocatoria el que fue admitido formalmente y rechazado en lo sustancial, lo que exige interponer la presente acción.

Pretende que se revoque por contrario imperio el acto impugnado y se ordene la reincorporación del agente en las tareas que venía cumpliendo en la categoría y con la imputación de funciones que surgían de las Resoluciones de la designación.

Indica que luego de desempeñarse en la Administración Pública Municipal, ingresó a la Honorable Cámara de Senadores, cumpliendo diversas funciones y ejerciendo distintos cargos. En el mes de enero de 2015, por Resolución N° 001-2015 de fecha 02/01/2015 se lo designa en planta permanente de la Cámara.

Expresa que en abril de 2016, al poco de asumir sus funciones la nueva Presidenta de la Cámara, Ing. Laura Gisela Montero, resuelve dejar sin efecto la designación por Resolución N° 00322 de fecha 22 de marzo de 2016, argumentando que la designación era de carácter provisional, los vicios del procedimiento de selección, falta de idoneidad y capacidad, discordancia con la situación de hecho al no haber cumplido efectivamente las tareas y funciones para los que designara a la agente.

Denuncia como vicios del acto puesto en cri-

sis la violación al principio de estabilidad del acto administrativo regular, dado que el mismo no podía ser revocado en sede administrativa, siendo la vía idónea para ello la acción de lesividad.

Sostiene la existencia de arbitrariedad, irrazonabilidad y desviación de poder por parte de la autoridad legislativa. Cita doctrina y jurisprudencia en apoyo a su pretensión.

En particular cuestiona la antojadiza y errónea interpretación y aplicación de lo previsto en el Convenio Colectivo del Personal de la Legislatura aprobado por Ley N° 7920 referido al ingreso a la Cámara, en lo atinente al plazo de los cuatro meses que los contabiliza desde que el agente se reintegra al cargo de Auxiliar administrativo en el que había sido designado el día 09 de enero de 2016 y no desde el mes de enero de 2015 desde su designación en planta permanente comenzando desde esa fecha la prestación laboral real y los servicios efectivos independientemente de las funciones o tareas encomendadas, por lo que el plazo provisional que la Vicegobernadora artificialmente intenta revivir, se encuentra holgadamente vencido.

Aclara que las diversas funciones que ha desempeñado siempre han sido impartidas por la Honorable Cámara de Senadores y en tareas propias e inherentes a la actividad legislativa, nunca tareas eventuales.

Interpreta que superado ese plazo, el derecho a la estabilidad nace y únicamente puede ser dejado de lado por las causas y los procedimientos que el Estatuto determina y no por Resolución Administrativa.

Sostiene que la estabilidad del agente de planta permanente está garantizada por lo normado en los tratados internacionales de jerarquía constitucional que resguardan el derecho a trabajar y por el art. 14 bis de la Constitución Nacional.

Alega conducta arbitraria al aseverar la falta de idoneidad, cuando jamás se le realizó una encuesta, examen, estudio ni siquiera una entrevista para poder afirmar que se ha realizado un exhaustivo análisis de las capacidades; no constan en su legajo antecedentes negativos, ni contrarios a su desempeño laboral, ni sanción disciplinaria alguna.

II- Al contestar la demanda (fs. 239/249), la Presidenta de la H. Cámara de Senadores se opone al progreso de la acción,

sosteniendo la legalidad y legitimidad de las resoluciones cuestionadas para lo cual niega que su intención sea de “persecución”.

Explica que los antecedentes esgrimidos por el actor carecen de virtualidad para justificar su designación en planta de personal permanente en la clase más alta del escalafón.

Señala que lo determinante es que la norma legal requiere para adquirir estabilidad laboral, la prestación de servicios efectivos en planta permanente por un plazo de cuatro meses, lo que no fue cumplido por el actor y cualquier otro vínculo que pudiera haber tenido el actor para nada implica cumplimiento del requisito legal anteriormente mencionado.

Refiere que el actor pretende ingresar con su designación mediante resolución 001/15 de fecha 02 de enero 2015 comenzando a prestar efectivamente sus servicios el día 09 de diciembre de 2015 en un régimen jurídico diferente, como es el régimen de empleo público. Anteriormente solo tuvo funciones temporarias y/o políticas ajenas al régimen jurídico citado.

Destaca que antes de cumplirse los cuatro meses, esto es el día 22 de marzo de 2016, se determinó que el agente no había demostrado idoneidad y condiciones para las funciones del cargo conferido, por ello es que el acto queda revocado.

Remarca que la capacidad e idoneidad a que hace referencia la norma los es para el cargo conferido, no otro, y menos para un cargo extraescalafonario que poco tiene que ver con las tareas de un empleado de planta permanente de la Cámara.

Expresa que la designación del actor se realizó en clase 013 de la planta de personal permanente, ingresando en la clase más alta del escalafón del empleado legislativo, sin la existencia de elemento alguno que justifique la excepción (art. 5.1 de la Ley 7920 establece que “El ingreso al Poder Legislativo se hará por concurso, previa acreditación de idoneidad (...) El personal permanente ingresará por el nivel inferior del agrupamiento correspondiente, salvo que deban cubrirse puestos superiores y que no existan candidatos que reúnan las condiciones requeridas una vez cumplidos los procesos de selección pertinentes).

Por otra parte consigna que no había necesidad alguna (ni funcional ni operativa) de realizar la cuestionada designación en

clase 013, si el servicio efectivo en la clase podía diferirse hasta tanto terminara su función de Director, la única necesidad es la de garantizar a un funcionario de la gestión saliente un cargo en planta permanente del Estado antes de la fecha límite que establece el artículo 46 de la ley 7314.

En definitiva, sostiene que el nombramiento del actor en la planta permanente no se ajustó a las pautas legales existentes (art. 1.2 y 5.1 Ley 7920) resultando viciosa.

III- El Gobierno de la Provincia contesta trasladado a fs. 254/261 y solicita, por las razones que expone, se rechace la demanda.

Manifiesta que el Sr. Gallardo alega una antigüedad de la cual carece porque la realidad es que el cargo de planta permanente cobra vigencia cuando se incorpora a su cargo de auxiliar administrativo, renunciando a su cargo de Director, esto es con fecha 09 de diciembre de 2015.

Expresa que el actor no tiene antecedentes para ocupar la clase más alta del escalafón.

IV- Fiscalía de Estado en su presentación de fs. 265/272 y vta., realiza algunas consideraciones preliminares en lo referente a los lineamientos en materia de designaciones en el ingreso a la administración pública y analiza las circunstancias fácticas del subexámine.

Entiende que conforme lo preceptuado por la normativa aplicable (art. 1.2.a del Convenio Colectivo de Trabajo para personal de la Legislatura, homologado por decreto 1802/08 y ratificado por Ley 7920) el actor hizo ejercicio efectivo del cargo de Auxiliar Administrativo clase presupuestaria 013 Planta de Personal Permanente a partir del 9 de diciembre de 2015. La designación en planta permanente es dejada sin efecto a partir del 31 de marzo de 2016, mediante Resolución N° 322/16, es decir que a esa fecha registraba menos de cuatro meses de prestación de servicios desde que efectivamente ejerció el cargo en planta (09/12/15) por lo que su situación podría estar encuadrada en la normativa citada.

Resalta que no se señalan cuáles serían las condiciones que el actor no cumple, así como cuáles eran las pautas de gestión propuestas y no alcanzadas por la accionante, haciendo especial hincapié que al

plazo de cuatro meses dentro del cual la designación aparece como provisoria, debe adicionarse que se haya acreditado la falta de idoneidad, cuestión esta última que no surge de las constancias de autos, ni de los antecedentes que han motivado la desvinculación del actor.

No obstante lo cual y en relación al acto de designación propiamente dicho, considera que se está en presencia de un vicio grave al transgredirse las previsiones de los arts. 38 y 39 ley 3909, ya que a la fecha de la designación en planta el actor retuvo ese cargo mientras durara su designación como Director, es decir no se encontraba desempeñando en forma efectiva sus funciones, lo que avizora la intención de designarlo en la planta permanente a fin de asegurarle su continuidad en la Administración a pesar de que hasta ese momento había cumplido funciones en cargos extra escalafonarios.

Finalmente señala que la designación del agente Gallardo se ajustará a derecho siempre que haya sido realizada en forma interina hasta tanto se llame a concurso y se acredite que la misma se hizo por el nivel inicial del tramo del escalafón correspondiente.

V- Conforme al plexo precedente se considera que se encuentran probados los hechos relevantes que a continuación se detallan y en cuyo sustento se impone emitir el dictamen impetrado.

i- Están acreditadas las siguientes circunstancias fácticas:

Que por Resolución N° 001/15 de fecha 2 de enero de 2015 se designa a partir del 01 de enero de 2015 al actor en el cargo de Auxiliar Administrativo, clase presupuestaria 013, Planta de Personal Permanente de la H. Cámara de Senadores, con retención del mismo mientras dure su designación en un cargo superior, Director de I.C.L. (fs. 475/476 de autos).

Que por Resolución N° 00485 de fecha 26 de noviembre de 2015 se acepta la renuncia a partir del 09 de diciembre de 2015 de Raúl Víctor Gallardo, Director del I.C.L., y se dispone reintegrarlo a partir del 09 de diciembre de 2015 en el cargo de Auxiliar Administrativo, clase presupuestaria 013, Planta Personal Permanente de la Cámara de Senadores (v. fs. 110/112).

Que mediante Resolución N° 00322 de fecha 22 de marzo de 2016 se deja sin efecto a partir del 31 de marzo de 2016, la designación dispuesta por la Resolución N° 001 de fecha 2 de enero de 2015 (v. fs. 115/122) contra la cual se interpuso Recurso de Revocatoria, el que le fuera denegado mediante Resolución N° 00458/2016 de fecha 09 de mayo de 2016 (v. fs. 30/83).

Que la Resolución N° 001/15 fue dictada por el entonces Presidente Provisional del H. Senado a cargo de la Presidencia en fecha 2 de enero de 2015, disponiendo la retención del cargo hasta que dure su designación en un cargo superior, Director I.C.L., clase presupuestaria 062, lo que se prolongó hasta el 15 de diciembre de 2015 y luego se deja sin efecto la designación en fecha 22 de marzo de 2016 por Resolución N° 00322, dentro del plazo de cuatro meses establecido en el art. 1.2.a) de la Ley N° 7920.

Que la designación del agente Gallardo no fue por el nivel inicial del escalafón sino por el más alto y con adicional full time 100 %.

ii- Así entonces, las circunstancias fáctico-jurídicas infrascriptas dan cuenta de que el emplazamiento del actor en un cargo de planta permanente de alto rango, sin ninguna justificación en razón de alguna calidad especial y/o que en cierto modo valide la ocurrencia al mismo en su caso particular, difiriendo su toma de posesión para cuando cese el desempeño en un cargo extraescalafonario, carecía de toda justificación, por lo se considera que el acto administrativo de marras detentaba un vicio grave o grosero que lo tornaba nulo.

En base a estos fundamentos y en atención a que el plazo de cuatro meses de provisionalidad, contados desde que efectivamente ejerció el cargo de planta no se encontraba vencido, la autoridad administrativa dejó sin efecto la designación (Conf. Art. 1.2-.a Convenio Colectivo del Personal de la Legislatura aprobado por Ley N° 7920 y art. 76 de la Ley N° 3909).

Tal facultad ha sido cuestionada por el actor quien sostiene que tiene un derecho adquirido por cuanto el acto administrativo de su designación había sido notificado, gozaba de estabilidad de conformidad con lo dispuesto en el art. 96 de la Ley N° 3909 y por tanto era irrevocable en

sede administrativa y solo cabía declararlo lesivo a los intereses públicos por razones de ilegitimidad, a fin de perseguir su ulterior anulación en sede judicial por medio de la interposición de la acción de lesividad prevista en el art. 3 de la Ley N° 3918. En definitiva no comparte la calificación que del vicio- y las consecuencias que el mismo acarrea-, realizó la Honorable Cámara de Senadores.

En cuanto a la calificación del vicio el art. 50 de la Ley N° 3909 establece que *"la calificación del vicio se determinará solamente por la gravedad e importancia que reviste la antijuridicidad en el caso concreto. La calificación que de algunos vicios del acto se da en esta ley no es rígida, y la autoridad a quien corresponda declara la nulidad, puede apartarse, excepcionalmente, de la calificación que aquí se establece, mediante resolución fundada que analice cuáles son las circunstancias particulares del caso que hacen razonable adoptar en él otra calificación que la legalmente preestablecida"*.

Por su parte el art. 52 del mencionado cuerpo normativo determina que el vicio es grave o grosero, según la importancia que en los casos concretos asuma la transgresión, si el objeto: a) Transgrede una prohibición del orden jurídico o normas constitucionales, legales o sentencias judiciales. b) Está en discordancia con la situación de hecho reglada por el orden normativo.

De la lectura de la Resolución atacada se desprende que el Pte. del H. Senado, en el ejercicio de las atribuciones legalmente conferidas, dejó sin efecto la designación del Auxiliar Administrativo Raúl Víctor Gallardo.

Los motivos han sido debidamente explicados en la Resolución en cuanto a que la designación del agente se hizo sin respetar los recaudos exigidos por la normativa relativos a la designación en el nivel inferior del escalafón al que pertenece; sin que exista la necesidad real y efectiva de cubrir la función. Y si bien se invoca en la Resolución revocada la necesidad de efectuar un reordenamiento en la Planta de Personal Permanente de la H. Cámara de Senadores, lo cierto es que las funciones para las cuales fue designado no se cumplieron.

No se advierte violación a la legalidad y al ordenamiento jurídico, pues las consecuencias de los vicios son las propias de tal

calificación, y por tanto no existe ilegitimidad alguna.

De allí que la Resolución N° 00322/16 ha sido dictado conforme a derecho, siendo insuficientes los argumentos vertidos por el actor a fin de rebatir los sólidos fundamentos esgrimidos en la norma en cuestión, que se limita a sostener la estabilidad e irrevocabilidad del acto administrativo, pero que de ninguna manera defiende la legitimidad de su designación.

iii- No obstante lo anterior, se advierte que V.E. en un caso similar al de autos, hizo lugar a la demanda, entendiendo que la designación en un cargo clase 13, con retención del mismo mientras durase su designación en un cargo de asesor, extraescalafonario, podría, eventualmente, configurar una desviación de poder, lo cual constituiría un vicio grave de la voluntad previa a la emisión del acto, y ello traería aparejada su nulidad, debiendo acudir a la vía judicial mediante la interposición de la acción específica. Ello así, por cuanto tratándose de ponderaciones con consecuencias tan graves, resulta una garantía de justicia que su análisis sea realizado por un tercero imparcial y en el marco al que la ley habilita, cual es, la acción de lesividad.

Agregando en dicho fallo, *que no es viable sostener la legitimidad de una revocación de tales características en sede administrativa con base en la ausencia de idoneidad del agente no motivada debidamente (cfr. CUIJ N° 13-04199889-4, “Mirábile”, Sala I, sentencia del 4/4/2019), discrecionalidad que, en el caso, importa arbitrariedad y vicia el acto gravemente (cfr., arts. 63 inc. c y 68 inc. b), L.P.A.) (Expte. N° 13-03936831-9 “Persia Andrez Ariel c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ A.P.A”, de fecha 28/05/2019).*

Teniendo en cuenta lo anterior, se considera que V.E. podrá evaluar si resultan de aplicación los mismos criterios expuestos en el antecedente citado (v. cfr. Luqui, Roberto, “Revisión Judicial de la Actividad Administrativa”, Tomo II, pág. 403/404).

Despacho, 26 de julio de 2021.-



Dr. HECTOR PRAGUAPANE
Fiscal Adjunto Civil
Procuración General

