

Expte. N° 13-04784795-2 “Kohn Juan Carlos
c/ Municipalidad de Guaymallén p/ Acción
Procesal Administrativa”

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- El actor invocando la denegatoria tácita, inicia demanda contra la Municipalidad de Guaymallén, a fin de que se deje sin efecto el Decreto N° 2074/17, 1321/16 y 2314/16 y solicita se ordene a la comuna a asignar funciones acordes a su clase y cargo ostentados dentro del organigrama municipal, con respeto de su formación profesional, dejando sin efecto la “misión especial”, desde la presentación del primer reclamo y ordenando el pago del salario íntegro que por derecho le corresponde incluyendo los adicionales por Responsabilidad Jerárquica (Código 080) y Profesional (050), con el pago del retroactivo correspondiente más los intereses resultantes de la tasa para préstamos de libre destino a 36 meses del B.N.A.

Refiere en lo fáctico que empezó a trabajar para la Municipalidad de Guaymallén en el año 1994 mediante una designación eventual; el 1 de julio de 1995 fue designado en planta permanente mediante Decreto N° 901/95; en 1998 fue designado interinamente en el cargo categoría “H” Agrupamiento 1-3-09 Jefe de Departamento de Planificación, para cumplir funciones de Jefe de Mantenimiento del Edificio Municipal, momento a partir del cual se le comenzó a pagar el adicional por Responsabilidad Jerárquica (Código 080); por Decreto 205/01 fue promocionado al cargo categoría “I” Agrupamiento 1-4-03 Subdirector de Mantenimiento Edificio, el cual ostenta en la actualidad.

Menciona en cuanto a su formación profesional que es licenciado en Higiene y Seguridad desde el año 2009, tal como surge de las constancias acompañadas a su legajo y que fue Secretario de Gobierno y de Desarrollo Social desde diciembre de 2013 y hasta octubre de 2015, fecha en la cual presenta su renuncia, reintegrándose a su cargo de planta permanente.

Agrega que solicitó una licencia por enfermedad, ya que debió ser sometido a una litotricia y antes de finalizar la misma, mantuvo una comunicación con la Concejala Evelin Perez con quien había acordado la

transición política de las dos gestiones y con el Sr. Secretario de Gobierno quien le propuso cumplir funciones en la Dirección de Desarrollo Económico.

Relata que transcurrían los días y no se le asignaba tarea alguna no obstante cumplía con su horario de trabajo tal como se le había indicado.

Expresa que encontrándose de licencia en la Provincia de San Luis, le llega una notificación a su domicilio mediante la cual se le comunica que se había dictaminado el cese de su licencia por lo que debía presentarse en forma inmediata a su puesto de trabajo ante lo cual tuvo que emprender el regreso a la provincia por el emplazamiento formulado.

Indica que a partir de ese momento la situación de aislamiento en la que se encontraba se acentuó más, el día 23/2/2016 se le notificó la modificación de su horario de trabajo: lunes, martes y miércoles de 13.30 a 19.30 hs y jueves y viernes de 8.00 a 14.00 hs. lo que le trajo serios problemas en su actividad particular.

Explica que al cobrar los haberes del mes de marzo percibió una notable disminución en el monto depositado, por lo cual requirió la entrega del bono correspondiente, ante lo cual observó que no figuraba en el mismo el ítem 050 correspondiente al adicional responsabilidad profesional que implica el pago del título universitario y el 2/6/2016 recibió una cédula en su domicilio particular en la cual se le notifica el Decreto N° 1321/16 por el que se dispuso la baja del adicional responsabilidad jerárquica que cobraba, por lo que interpuso recurso de revocatoria. Luego es notificado del Decreto 2314/16 del que surge que había sido consignado en “Misión Especial” a partir del 15 de agosto, al Centro de Salud N° 12 de El Bermejo, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social y Salud e la Provincia, lo que le generó una gran sorpresa e incertidumbre, recurriendo la decisión tomada.

Aclara que en la Coordinación y en el Centro de Salud no estaban al tanto del traslado y que la Jefa de Personal tomó la decisión de asignarle tareas administrativas que nada tienen que ver con su formación profesional.

Señala que el día 11 de julio de 2017 el Sr. Intendente dictó el Decreto N° 2074/17 en el que rechaza en forma conjunta los recursos interpuestos, contra esa decisión planteó recurso de apelación por ante el Concejo Deliberante el cual no ha sido respondido hasta la fecha y motiva la pre-

sente acción.

Denuncia vicios graves en la forma del acto por ausencia de motivación y arbitrariedad; violación a los principios de justicia social, progresividad, seguridad económica, trato discriminatorio y persecución por razones políticas.

II- En su responde de fs. 570/578 y vta. la Municipalidad de Guaymallén demandada defiende la validez y legitimidad de los actos impugnados.

Manifiesta que no hay persecución política ni discriminación y que la baja del ítem 080 no es antojadiza sino que se ordena porque el actor, conforme lo informado por el Director de Desarrollo Económico, no cumple con el requisito de “personal a cargo” junto con otros agentes municipales, no siendo la adquisición de la función jerárquica permanente y absoluta como arguye la actora.

Respecto de la baja del ítem 050 responsabilidad profesional, sostiene que el actor no poseía título de Higiene y Seguridad en el Trabajo y si lo poseía no constaba antes de la baja (febrero de 2016) y antes del cambio de lugar de trabajo, lo que evidencia la buena fe a la hora de practicar el mismo al Area Desarrollo Económico y posteriormente al Area Sanitaria en una misión especial. A ello agrega que ni en la Dirección de Desarrollo Económico ni en el Area Sanitaria poseía función que amerite el pago del título, y por más que tenga cargo de Sub-Director de Mantenimiento, sino ejerce su profesión acorde a su función , no corresponde dicho ítem adicional, lo que denota que la baja es conforme a derecho y legítima.

III- Fiscalía de Estado se presenta a fs. 582/586 y solicita el rechazo de la demanda por las razones que expone.

Expresa que los actos impugnados carecen de vicios administrativos que justifican su revocación.

Alega que el Decreto N° 2314/16 que dispone el cumplimiento de funciones en el Centro de Salud N° 12 de Bermejo, es una potestad que emerge de las facultades del empleador y la elección de la función a desempeñar no es un derecho del agente ya que la asignación de funciones depende del criterio de sus superiores. Cita jurisprudencia a su favor.

Menciona en relación al adicional por Respon-

sabilidad Profesional que no había constancia en su legajo del título que alega de Licenciado en Higiene y Seguridad que habría obtenido en el año 2009 y advertido de tal circunstancia se deja de abonar ese adicional y comienza el pago del adicional 052 Título Secundario 5 años.

IV- En materia de adicionales la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ha sostenido que no existe un derecho adquirido a mantener el nivel de la remuneración futura sin variantes y en todas las circunstancias (Fallos Guida: 323:1566; Tobar: LL 2002-E P.428; Müller: LL 2003- C p.291) y que el derecho de los empleados públicos a una remuneración justa no significa el derecho a un escalafón pétreo, a la existencia de adicionales invariables o a un porcentaje fijo de bonificaciones (LL 1996-E-99).

En el orden local V.E sigue estos lineamientos en el precedente “Sozzi” (LS 380-229) y en relación a los adicionales tiene dicho que la autoridad administrativa en uso de sus atribuciones y facultades discrecionales puede establecer, suspender o quitar los adicionales que perciben los agentes de la administración dando razones fundadas para ello (LS 395-57).

Y 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 emi-

sor 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.

V- De la lectura de los considerandos del Decreto N° 2074/17 atacado que rechaza en lo sustancial los Recursos interpuestos por la actora, surge que la baja del Código 080 Responsabilidad Jerárquica es un adicional por la ejecutiva prestación de la función inherente al cargo creado y que el agente no cumple y por ello su pretensión es improcedente en el marco de las normas dictadas por la Ley N° 5126 y ratificada por Paritarias en Acta N° 20 y la baja del adicional Responsabilidad Profesional se produjo por arrogarse un título universitario inexistente de Licenciado en Seguridad e Higiene desde el año 2009 y que llamativamente no lo aporta como prueba instrumental, mentira que se confirma con los informes producidos por el Area de Personal que determina la posesión del título secundario y un curso de capacitación de un Instituto Técnico de la Dirección General de Escuelas y que no ha existido la invocada “vía de hecho” en virtud de que los decretos de traslado son actos dictados por órgano competente en la esfera de las atribuciones a su cargo.

Tal decisión no luce arbitraria al indicar los motivos que la justifican, no obstante ello se advierte que la decisión de suprimir los ítems Responsabilidad Jerárquica (Decreto 1321/16) y Responsabilidad Profesional deviene del acto originario atacado por el actor (Decreto 2314/16) que dispuso consignar en Misión Especial al Agente Municipal Sr. Kohn Juan Carlos a cumplir tareas en el Centro de Salud N° 12 de Bermejo, a partir del 15 de Agosto de 2016 (cfr. fs. 166 de autos).

En tal sentido se señala que 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.

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 la norma transcrita, que habilita el traslado, surge la necesidad expresa de fundar las necesidades propias del servicio o razones administrativas, funcionales o técnicas, circunstancia que no ha ocurrido en autos.

Conforme las consideraciones anteriores, esta Procuración General entiende que V.E. deberá merituar en la especie, si ha existido un ejercicio irrazonable del poder de dirección del Municipio al disponer el traslado del agente con las consecuencias que trajo en su situación de revista, no obstante haberse respetado el cargo de planta (Subdirector – Mantenimiento de Edificio) e independientemente de la supuesta conducta irregular del agente que se aconseja investigar por Instrucción Sumarial según lo consignado en el Decreto 2074/17.

Despacho, 06 de abril de 2022.-



Dr. HECTOR FRAGAPANE
Fiscal Adjunto Civil
Procuración General