

Expte. N° 13-06798885-4 carat. “Sindicado de Obreros y Empleados Municipales de la Ciudad de Mendoza (SOEM) c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza s/A.P.A.”

Sala Primera

Excma. S.C.J.Mza.

I.- Vienen los presentes autos a despacho para dictaminar sobre la vista ordenada, en relación a la demanda incoada por el Sindicato de Obreros y Empleados de la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza, mediante la cual pretende que se declare la nulidad de la Resolución de la Secretaría de Gestión Pública de fecha 27 de octubre de 2020, el Decreto N°1502/21 del Intendente y la Resolución N° 9600 dictada por el H. Concejo Deliberante.

Además solicita se ordene a la demandada directa dejar sin efecto los arts. 2 y 3 de la Ordenanza N° 3702/07 –en cuanto modifican los arts. 5 y 13 de la Ordenanza N°2673 y en consecuencia abone el suplemento por Riesgo a todos los agentes que realizan las actividades consideradas riesgosas, un importe mensual resultante de aplicar el 25 % sobre la asignación de la Categoría A, sin distinciones entre actividad de mayor o menor riesgo o por la cantidad de tiempo total que demande la actividad riesgosa en relación a la jornada laboral del agente, y se abstenga de realizar descuentos cuando el agente goce de cualquier tipo de licencia.

Finalmente peticiona que se mande a la accionada a pagar las diferencias salariales resultantes entre lo que les habría correspondido percibir a todos los agentes por el Suplemento por Riesgo, liquidado conforme al Acta Paritaria N° 20, y lo efectivamente cobrado por ese concepto en forma retroactiva, desde los dos años previos a la interposición del reclamo administrativo de fecha 28 de mayo de 2020, con intereses.

Precisa el régimen salarial de los empleados municipales, Ley N° 5.892 (B.O.: 14/10/1992); Decreto Ley N° 560/73, Ley N° 5.126 y menciona que la nueva estructura salarial para el empleado municipal recién fue acordada en la Comisión Paritaria Provincial, por Acta n° 20 correspondiente a la reunión celebrada el 18-11-2004, y homologada por el Poder Ejecutivo provincial mediante Decreto N° 2632/04, con vigencia a partir del 1 de enero del 2005 y “*hasta tanto se realice una nueva convención que lo modifique*”.

Expresa que si bien cada Municipio tiene la facultad de reglamentar los procedimientos de asignación y percepción de los ítems previstos (riesgo), no puede jamás realizar modificaciones que perjudiquen a los trabajadores a la hora de cobrar su salario y eso es justamente lo que ocurrió con la Ordenanza N° 3702/07, la cual so pretexto de reglamentar el Suplemento por Riesgo, terminó por transformar el régimen de pago de dicho ítem de una manera notoriamente perjudicial para el empleado municipal, siendo un acto ilícito, modificar unilateralmente lo acordado por Convenio Paritario.

Apunta que el suplemento por riesgo se liquida a los agentes que desempeñen funciones cuya naturaleza implique la realización de acciones o tareas en las que se ponga en peligro cierto su integridad psicofísica y que el monto del 25 % sobre la asignación de la Categoría, es un monto fijo que funciona como un piso, el cual es imposible perforar, en consecuencia cualquier agente que realice una actividad riesgosa debe percibirlo y es facultad de la patronal prever un porcentaje mayor para tareas que sean consideradas de mayor riesgo.

Especifica que las únicas cuestiones que la patronal tiene potestad de modificar son la inclusión de nuevas actividades consideradas riesgosas y el aumento del importe a percibir por el beneficio y cualquier otro cambio se encuentra prohibido, no obstante ello la Municipalidad dictó la Ordenanza N° 3702/07, con la excusa de regular los aspectos procedimentales relativos al otorgamiento del suplemento.

Destaca que en los considerandos de la medida ni siquiera se menciona el acta paritaria en cuestión, lo cual resulta curioso porque fue acordada dos años antes de la sanción de la ordenanza, y en las negociaciones participaron los representantes de la comuna.

Transcribe el Artículo 2 que incorpora a dicha ordenanza el Capítulo II, Artículo 5 el cual dispone que percibirán el Suplemento por Riesgo los agentes que cumplan de un modo habitual y permanente alguna de las tareas consideradas riesgosas, de conformidad con lo dispuesto en el Anexo II del Decreto Provincial N° 2.737/79 y las disposiciones de la Ordenanza y los anexos que se adjuntan. La retribución por este concepto consistirá en un porcentaje sobre la asignación de la Clase A, de acuerdo a la siguiente escala: si se realiza la tarea riesgosa por el 70% o más del tiempo total de la prestación horaria del agente, el mismo percibirá el 25% para las tareas contempladas en el anexo I y el 12,5% para las tareas con-templadas en el Anexo II y cuando la tarea riesgosa sea inferior al 70% del tiempo total de la prestación horaria del agente, el mismo percibirá el 15% para las tareas contempladas en el anexo I y el 7,5% para las tareas contempladas en el Anexo II.”

Añade que de la simple lectura de la norma se nota que vulnera lo dispuesto por el acta paritaria en cuanto al modo de calcular la retribución, al crear la patronal 4 categorías de actividades riesgosas: 1.- Las tareas contempladas en el anexo I que se desarrollen por el 70% o más del tiempo total de la prestación horaria del agente: Percibirán el **25%** de lo previsto para la cat. A. 2.- Las tareas incluidas en el anexo I que se desarrollen por menos del 70% del tiempo total de la prestación horaria del agente: Percibirán el **15%** de lo previsto para la cat. A. 3.- Las actividades contempladas en el anexo II que se desarrollen por el 70% o más del tiempo total de la prestación horaria del agente: Percibirán el **12,5%** de lo previsto para la cat. A. 4.- Las actividades incluidas en el anexo II que se desarrollen por menos del 70% del tiempo total de la prestación horaria del agente: Percibirán el **7,5%** de lo previsto para la cat. A.

Alega que la ordenanza avanza unilateralmente por sobre el límite fijado en el convenio paritario, al estipular que el 25% corresponde a la primera categoría, y las restantes 2°, 3° y 4° perciben el 15%, 12,5% y 7,5%, respectivamente, es decir hasta tres veces menos que lo debido.

Indica que en una sentencia de reciente data, el Máximo Tribunal de la provincia falló a favor del Sindicato, en un caso donde se cuestionaba que mediante un acto administrativo municipal se habían modificado en forma más gravosa las condiciones de percepción del Adicional por Recolección de Residuos (Autos N° 13-02847799-0, carat. “Sindicato de Obreros y Empleados Municipales de la Ciudad de Mendoza c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza p/ Acción Procesal Administrativa”, Sala Segunda).

Concluye en este punto que la ordenanza criticada importa un empeoramiento del derecho consagrado en el convenio paritario, ya que distingue incausadamente entre actividades riesgosas, asignándole a la mayoría de ellas un porcentaje de retribución inferior al 25% de la asignación de la cat. A.

Señala además que se incorpora a la misma un artículo en el cual se establece que la suspensión o exclusión del pago del Suplemento por Riesgo se realizará cuando: a. el agente estuviere en uso de licencia y ésta exceda los quince (15) días del mes, excepto cuando se trate de licencias ordinarias por descanso anual, motivadas por accidente de trabajo y/o vinculadas a la actividad riesgosa desarrollada, lo que implica avanzar indebidamente sobre los límites establecidos por el Acta Paritaria, ya que la misma no contempla ningún descuento en caso de licencias de los agentes y vulnera en forma flagrante la Ley N° 5.811, dado que según el art. 41 durante un período de licencia paga por razones de salud, el agente tendrá derecho a la íntegra percepción de su remuneración, excepto en lo relativo a los premios que se le abonen en razón de la asistencia efectiva al trabajo y aquellas

retribuciones que tengan por objeto compensar los costos que el agente deba invertir para el cumplimiento del servicio, que quedarán suspendidos.

Puntualiza que se vulnera el principio de intangibilidad del salario cuando no se abona al trabajador el Suplemento por Riesgo cuando padece de enfermedades inculpables o laborales que lo obligan a hacer uso de licencia por más de 15 días, en el momento que el empleado más necesita de su salario; y se afecta el derecho a la salud.

Menciona que sobre este tema se ha expedido V.E., en los autos N° 13-02123194-5, carat., "*Sind. Obrero y Empleados Municipales de la Ciudad de Mendoza c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza s/ Acción Procesal Administrativa*", haciendo lugar a un reclamo sindical que involucraba las mismas normas que están siendo vulneradas en este caso concreto y ordenando que la liquidación de los salarios se ajuste a las previsiones de la Ley N° 5.811 cuando un agente goza de licencia y en los autos N° 109.061, carat. "*Sind. Obrero y Empleados Municipales de la Ciudad de Mendoza c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza s/ Acción Procesal Administrativa*", en los cuales sostuvo que los adicionales o suplementos por Riesgo, Recolección, Operativos Especiales y Compensación Funcional encuadran entre los "suplementos fijos y remuneraciones variables previstos por la normativa aplicable en relación a la liquidación de haberes durante el período de licencia anual ordinaria, de manera que tales conceptos no debieron ser excluidos para el cálculo de la licencia por razones de salud, en la medida en que se reúnan las pautas que establece el art. 38 inc. 1° de la Ley N° 5.811 con el alcance señalado precedentemente".

Denuncia vicio en el objeto del acto cuestionado, por cuanto la solución adoptada transgrede derechos constitucionalmente protegidos, como lo es el derecho a una retribución justa; violenta el derecho a la intangibilidad del salario, el principio de no regresividad de las normas laborales, el derecho a la salud y el derecho a la negociación colectiva y se encuentra en discordancia con una situación de hecho reglada por el orden normativo y transgrede normas administrativas de carácter general dictadas por autoridad competente.

Entiende que la remisión hecha al Decreto-Ley Provincial N° 2737/79 es solo con relación a las actividades que se consideran bonificadas, no a las condiciones de percepción del suplemento, y en este punto radica la confusión de la comuna, que pretende utilizar el citado decreto para sumar un nuevo requisito para gozar del ítem.

Precisa que en la actualidad hay una desigualdad, puesto que a unos empleados se les paga 25% sobre la asignación de la Categoría A, conforme lo establece el Acta Paritaria N° 20, y a otros se les abona un valor inferior al

piso legal; en todo caso lo que peticiona es que la Municipalidad mantenga las escalas de actividades riesgosas, pero que se tome el 25% sobre la asignación de la Categoría A como valor mínimo y no como máximo.

Manifiesta que en ningún pasaje del Artículo 3° punto III.2 del Acta Paritaria N° 20, se autoriza al municipio a determinar las causales de reducción y que tal facultad está contemplada solo en lo que se refiere al Suplemento por Presentismo, el cual está previsto Artículo 3° punto III.7.

Concluye que debe tenerse claro que la única prerrogativa que tiene la comuna es la de incluir nuevas actividades riesgosas a la nómina originalmente prevista por el Decreto-Ley Provincial N° 2737/79, lo que hace al valor del suplemento y a los requisitos de percepción fue determinado por el Acta Paritaria N° 20, y no puede ser alterado por la patronal en forma unilateral, siendo todo acto realizado en tal sentido insanablemente nulo.

II- La Municipalidad de Mendoza por medio de apoderado, se opone al progreso de la acción por considerar que se trata de un planteo improcedente por cuanto ha optado por la vía de la Acción Procesal Administrativa para dejar sin efecto una norma general dictada por el Honorable Concejo Deliberante más de 15 años atrás y genérico al no precisar en qué caso concreto y/o situación particular de un agente municipal se ha dejado de aplicar el Acta Paritaria 20 y/o ha sustituido su aplicación por la ordenanza que pretende dejar sin efecto por éste medio.

Sostiene que la Ordenanza N° 3702/07 en nada limita y/o restringe el Acta Paritaria 20, sino que establece una serie de actividades y condiciones diferentes, en beneficio del agente municipal, abonando ciertas actividades que no encuadran en las estipulaciones del Decreto N° 2737/79.

Alega que la pretensión del actor carece de todo sustento legal siendo la vía elegida inidónea al pretender, por la vía de un reclamo administrativo y posterior inicio de esta acción procesal administrativa, introducir encubiertamente un planteo que debió ser ejercido oportunamente a través de la acción de inconstitucionalidad del art. 227 del CPCCyT, más allá que la ordenanza en cuestión no es violatoria de norma jurídica alguna.

Indica que el objeto de su pretensión es contrario a derecho e infundado dado que el Ejecutivo Municipal carece de toda facultad para dejar sin efecto una Ordenanza que ha entrado en vigencia desde el mes de setiembre del año 2.007. (arts. 91, 105 inc. 5 y ccs. de la ley 1079).

Sostiene que no se encuentra discutido en autos que el Acta Paritaria 20 en su punto III art. 2 regula el suplemento por riesgo y remite al Decreto- Ley Provincial N° 2737/79, el que determina en su art. 9 las condiciones

para que la actividad por riesgo sea liquidada al agente, estableciendo en forma expresa que, entre otros recaudos “...se considerará que se cumple éste requisito cuando la tarea riesgosa se realice por lo menos durante un setenta % 70 por ciento del total del tiempo de la prestación horaria del agente...”

Señala que es falso lo que sostiene el actor de que el Acta en cuestión estipula que el único requisito excluyente para gozar del suplemento riesgo es que el agente desempeñe funciones cuya naturaleza pongan en riesgo su integridad psicofísica sin ningún tipo de restricción temporal, ya que la citada acta paritaria remite al Decreto Ley N° 2737/79, y ésta norma es clara a los efectos de determinar qué actividades son las tipificadas como riesgosas, y para que ello suceda el porcentaje de la actividad riesgosa que el agente debe estar expuesto en relación a su jornada de trabajo en un 70 %, así también lo ha sostenido V.E. en diferentes fallos.

En punto a la afectación a la intangibilidad del salario y el empeoramiento del derecho consagrado en el acta paritaria 20 a los agentes respecto del suplemento riesgo, aclara que lo novedoso de la citada ordenanza es que respecto de todos aquellos agentes que no encuadran en el Decreto Ley N° 2737/79 para que le sea pagado el suplemento, los incorpora y los beneficia por lo que lejos de afectar al agente, progresivamente le reconoce un adicional cuando cumple una actividad riesgosa y dicho cumplimiento no encuadra en las condiciones de procedencia del acta paritaria 20 y decreto ley 2737/79.

Niega la existencia de los vicios denunciados (52 inc. a y b y 53 inc. a de la ley 9.003) y sostiene que la Ordenanza N° 3702/2007 no vulnera el Acta Paritaria 20, ni los derechos de los agentes municipales, sino que los beneficia y en definitiva, es una norma general vigente desde setiembre del año 2007 la cual el Intendente tiene la obligación de cumplir y ejecutar.

Resalta que el Sindicato actor desde el año 2016, ha sido considerado miembro integrante de la Comisión regulada por la Ordenanza 3702 y ha participado mensualmente desde dicho año en las reuniones de la misma, circunstancia que por sí sola amerita el rechazo de la acción deducida y encuadra dentro de la teoría de los actos propios, resultando a todas luces autocontradictoria, ya que el actor ha consentido y aplicado la mencionada ordenanza.

En relación a los fallos que cita el actor para fundar su pretensión, considera que no aplican al presente caso e intenta inducir a confusión a V.E., por cuanto la plataforma fáctica no guarda ningún punto de contacto con estas actuaciones, dado que la ordenanza que el actor pretende sea dejada sin efecto no importa bajo aspecto alguno una modificación unilateral del acta paritaria 20 (CUIJ 13-02847799-0, 13- 02123194-5 y autos 109.061).

Por último señala que el actor solicita en su pretensión a V.E. ordene a pagar diferencias salariales, sin acreditar extremo alguno y/o situación específica que amerite y/o justifique el pago de diferencia salarial alguna a favor de agente municipal alguno.

III- Por su parte Fiscalía de Estado adhirió a los argumentos defensivos de la accionada y por consiguiente solicita el rechazo de la demanda.

IV- V.E. admitió como prueba la instrumental acompañada por la parte actora y demandada y tuvo presente las actuaciones administrativas digitalizadas y dispuso poner los autos para alegar (cfr. fs.3/4).

V.- Un orden lógico de precedencia impone evaluar en primer término la legitimación sustancial y procesal de las partes aunque no haya sido materia de debate, en tanto y en cuanto es menester determinar si quien pretende y ante quien pretende se encuentran respectivamente revestidos de las facultades suficientes para actuar en derecho.

Al respecto esta Procuración General en un reciente dictamen (Expte. N° 13-03888269-9 carat. “SINDICATO UNIDO DE TRABAJADORES DE LA EDUCACIÓN C/GOBIERNO DE MENDOZA P/ACC. INC.”, 11-040-2017) se ha expedido sobre la pertinencia de la legitimación sustancial de la asociación gremial cuando ocurre ante la justicia en reclamo de intereses colectivos de sus afiliados, en consonancia con la posición sustentada por esa Sala (en anterior composición) en el sentido expuesto (L.S. 397-061). Encuadrando el caso en examen en los términos de las acciones que propenden a defender intereses pluriindividuales homogéneos, esto es aquellas circunstancias donde se afectan derechos individuales divisibles, donde más allá de la acción individual que cada afectado pueda interponer, dan lugar a una acción colectiva, que contenga a todos los titulares del interés lesionado, que resultarán abarcados por la sentencia (Gilardi Madariaga de Negri Cecilia, La legitimación de las asociaciones y las acciones colectivas — las acciones de clase—; pg. 70 en Una mirada desde el fuero contencioso administrativo federal sobre el derecho procesal administrativo, Director Marcelo A. Bruno Dos Santos, Fundación Derecho Administrativo, 2012).

VI.- Así entonces y en lo que refiere al planteo en trato, analizadas las presentes 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 realiza las siguientes consideraciones:

i- Pese a los esfuerzos de la accionante tendientes a demostrar la violación a los derechos constitucionales en virtud del dictado de las resoluciones cuya nulidad solicita, no ha logrado tal cometido, dado que las razones que invoca no resultan atendibles y se comparten los fundamentos expuestos en la resoluciones impugnadas las cuales se ajustan a derecho, no se avizoran voluntaristas, ni adolecen de vicios sino que resultan adecuadas a los hechos comprobados y debidamente fundadas.

ii- No se advierte la existencia de pruebas o elementos de convicción que permitan afirmar con pleno convencimiento que el obrar de la Municipalidad de la Ciudad de Mendoza resulta irrazonable o contrario a derecho.

En efecto, se verifica en el sublite, que la decisión administrativa puesta en crisis que dispuso rechazar el reclamo de pago de las diferencias salariales por amplitud del suplemento por riesgo, fundada entre otros argumentos, en que la equiparación lisa y llana además de implicar un injustificado apartamiento al régimen municipal vigente, importaría igualar todas y cada una de las tareas, sin importar el objeto de la misma ni el tiempo de exposición al riesgo, se encuentra suficientemente motivada, contiene todos los elementos de juicio que la sustentan y los argumentos que la fundan no han sido desvirtuados, y por tanto no resulta arbitraria.

iii- Tampoco se advierte que la reglamentación instrumentada por medio de la Ordenanza N° 3702/07 (B.O. 12/09/2007) avance sobre el Acuerdo Paritario 20 y vulnere los derechos de los trabajadores.

La Ordenanza en cuestión dispone que percibirán el Suplemento por Riesgo los agentes que cumplan de un modo habitual y permanente alguna de las tareas consideradas riesgosas, remitiendo al Decreto Provincial N° 2337/79 (BO 10/10/79) el cual fija las pautas para determinar si una tarea es riesgosa así como las condiciones o requisitos para la procedencia del suplemento por riesgo, y la validez de la misma ha sido consentida, al no haber sido atacada de inconstitucional.

V.E. tiene dicho que todos los derechos, aun los que ascienden al rango de Derechos Humanos con reconocimiento internacional son

relativos, y susceptibles de ser reglamentados razonablemente, en miras de su pleno goce y ejercicio en sociedad; y ser objeto de restricciones legítimas en su ejercicio, referentes a limitaciones de tipo permanente impuestas en atención a la necesidad de preservar fines que interesan a la sociedad (v.LS. 361-229).

De modo que podrá discreparse con el criterio fijado por el art. 2 de la Ordenanza resistida, pero no es posible tacharlo de arbitrario.

Por el contrario las citadas reglas aparecen como adecuadas y proporcionadas al fin buscado, esto es reconocer un beneficio para el personal que no reuniría estrictamente las condiciones para el otorgamiento del suplemento impuestas por el mencionado Decreto que exige el cumplimiento de tareas en forma habitual y permanente por lo menos durante un 70% del tiempo total de la prestación horaria del agente.

Consecuentemente, la censura que se examina carece de base como para ser receptada favorablemente y debe desestimarse.

VII- En punto al pedido de no realizar descuentos cuando el agente goce de cualquier tipo de licencia que se relaciona con el art. 13 de la Ordenanza 3707/07, se advierte que la Comuna en los considerandos de la resolución originaria impugnada expresa que *el tema fue resuelto por V.E. en la sentencia dictada en los autos N° 13-02123194-5, carat, “Sind. Obrero y Empleados Municipales de la Ciudad de Mendoza c/ Municipalidad de la Ciudad de Mendoza s/ Acción Procesal Administrativa”, por lo que está dando cumplimiento y no se realizan descuentos cuando el agente goza de cualquier tipo de licencia.*

En el precedente citado V.E. interpretó que el art. 38 inc. 1 de la Ley N° 5811 incluye a los efectos de la liquidación anual, la “remuneración íntegra” percibida por los agentes, tanto en lo que respecta a los premios, adicionales y suplementos mensuales fijos que hubieran devengado durante el mes anterior al goce del beneficio, como a las remuneraciones variables en general, dentro de cuyo concepto deben incluirse a los suplementos y adicionales de tal carácter, es decir aquéllos que se hubieran percibido en el período anual al que corresponda la licencia, aunque sea en forma esporádica u ocasional, de manera tal que tales conceptos incidan, con el promedio o proporción respectiva, en el cálculo de la licencia anual, concluyendo que correspondía hacer lugar a la acción entablada y condenar a la

Municipalidad a que adecue la liquidación de las licencias anuales a las reglas establecidas en el art. 38 inc. 1 de la Ley 5811, con el alcance determinado.

A mérito de lo anterior, este Ministerio Público Fiscal entiende que V.E. podrá evaluar si resultan de aplicación los criterios expuestos *mutatis mutandi* en el antecedente citado (v. cfr. Luqui, Roberto, “*Revisión Judicial de la Actividad Administrativa*”, Tomo II, pág. 403/404) y en caso afirmativo, corresponde, en este aspecto, hacer lugar al reclamo formulado por el Sindicato de Obreros y Empleados Municipales de la Ciudad de Mendoza.

Despacho, 12 de octubre de 2022.