

Expte. N° 13-05456318-8, “Gomez Marcelo Fernando c/ Municipalidad de Santa Rosa s/ A.P.A.”-

Sala Primera

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- El Sr. Marcelo Gomez, actor en autos, solicita por esta vía la anulación por ilegitimidad del Decreto N° 506 de fecha 14 de abril de 2020 emitido por la Intendente Municipal, en cuanto revocó por inexistente y dejó sin efecto el Decreto N° 2349/18 de fecha 28 de diciembre de 2018 que lo designó en la categoría “H” (11), Agrupamiento Administrativo y Técnico, Tramo Supervisión, para cumplir funciones como Jefe de Departamento.

Pretende que se revoque por contrario imperio el decreto mencionado y se reintegren los salarios caídos y en forma subsidiaria solicita el pago de la indemnización prevista en el art. 38 del Estatuto del Empleado Municipal Ley N° 5892.

Indica que inició sus labores como empleado de la Municipalidad de Santa Rosa en el año 2013, formalizándose dicho vínculo a través de un contrato temporario, desempeñándose como chofer clase 8, luego fue designado como Delegado de Las Catitas, posteriormente Director de Servicios Públicos y por último Encargado de Mantenimiento, cargo que ocupó hasta abril de 2020.

Refiere que en Diciembre de 2018 fue anoticiado de que el Municipio realizaría un llamado a concurso, se le notificó por Decreto N° 2349/2018 la designación, a partir del mes de Enero de 2019, en la Planta Permanente del Personal como agente municipal a cumplir funciones como Jefe de Departamento, categoría H (11), Agrupamiento Administrativo y Técnico, siguiendo los parámetros de la Ley N° 5892.

Expresa que en virtud de ello se formó el expediente N° 5353/2018 y que existe un Decreto que se publicó en el Boletín Oficial, en el que se convoca a la Junta de Selección, en la que participaron en

representación del Departamento Ejecutivo provincial: el Secretario de Gobierno y Administración, el Subsecretario de Finanzas y Hacienda y el Asesor Letrado; además participa el interventor normalizador y personal no afiliado al Sindicato.

Observa que el Decreto Municipal N° 2311 ratifica la convocatoria y que la Ordenanza N° 2278 y Ordenanza N° 2345 de presupuesto para el año 2018 y 2019 respectivamente, mantuvo exactamente igual la cantidad de cargos correspondiente al personal de planta, encontrándose vacantes los cargos concursados.

Relata que una vez que se le notifica la designación a planta, comenzó con los trámites para obtener certificado de antecedentes penales y de aptitud física, lo que cumplió presentando ambos certificados en tiempo y forma.

Expresa que en el mes de abril de 2020, en plena pandemia y con actividades reducida, recibe con gran sorpresa en su domicilio, la notificación del Decreto N° 506/2020 mediante el cual se dejaba sin efecto su designación en planta, en un momento en que por Decreto no se permitían despidos en el ámbito privado considerando la situación excepcional, lo que le generó una gran crisis emocional al no poder alimentar y sostener a su familia.

Defiende la legalidad del concurso y sostiene que un error de la Administración no puede perjudicar al administrado y que se fue ajustando a lo que le pedían sin forzar nada ni hablar con nadie.

Denuncia que en el caso no se dan los supuestos de viabilidad para la revocación del acto administrativo previstos en el art. 97 de la Ley 9003, por falta de los vicios groseros mencionados (deficiencia en la conformación de la Junta de Selección, falta de crédito presupuestario, entre otros) y que la administración debió haber iniciado una acción de lesividad.

Afirma la existencia de discriminación al dejar sin efecto “solo” algunas designaciones y no la totalidad de las enumeradas en el acta de la Junta de Selección.

En subsidio y para el caso de que no se revoque el acto cuestionado, solicita indemnización prevista en el art. 38 de la Ley N° 5892.

II- La Municipalidad de Santa Rosa accionada contesta a fs. 47/63 solicitando el rechazo de la demanda por las razones que allí expone.

Indica que el actor se limita a relatar hechos erróneos con la finalidad de confundir a V.E..

Describe detalladamente los antecedentes señalando que el actor ingresa al municipio en Planta Temporaria por Decreto 1394/2013; por Decreto 652/2016 se lo contrata en categoría, clase 7/8, como chofer temporario; por Decreto N° 1045/2016 se lo designa Delegado de Las Catitas, incluyendo código 044 al 100 %; luego por Decreto 1168/2016, se deja sin efecto su designación en planta temporaria y su designación como delegado, siendo designado con clase fuera de escala 50 ad referendum del HCD, el cargo que se crea es el de Director de Inspección Gral. de Servicios Públicos; por Decreto 354/2017 es designado como Director de Servicios Público, clase 50, por decreto 732/17, se crea y se lo designa en el cargo de Delegado General. Luego sigue el Decreto 1097/2017 como Director de Servicios Públicos, cargo fuera de escala clase 50, entre otros; finalmente señala que por Decreto 2349/2018 se le otorga la clase 11, categoría H, en planta permanente para cumplir funciones de jefe de Departamento y por Decreto 506/20 se revoca el mismo.

Defiende la legitimidad del acto impugnado, así como la regularidad y ejecutoriedad.

Sostiene que el Decreto 2349/18 contenía una condición resolutoria: debe acompañar certificado de aptitud psicofísica y de buena conducta y según informe de RRHH de fs. 36 el ex agente nunca cumplió con la condición, por lo que no sólo ingresó sin cumplir los requisitos sino que tampoco lo presentó en el plazo de gracia de 60 días, siendo que el art. 3 dispone que la validez de la designación queda sujeta al cumplimiento del art. 2.

Afirma que yerra el actor cuando afirma que el acto administrativo no encuadra en ninguno de los supuestos del art. 97 dado que el decreto atacado hace el encuadre legal en el art. 76 de la Ley N° 9003 (acto inexistente).

Destaca que el Sr. Gómez no fue designado en la primera categoría del escalafón conforme art. 20 Ley N° 5892 y que las dos

Salas Jurisdiccionales de la Suprema Corte han tomado reiterada posición referida a la situación de los agentes públicos en el sentido de que la estabilidad consagrada en el art. 30 de la Constitución Provincial, sólo protege a quienes hayan ingresado por el nivel inferior del escalafón al que pertenecen (L.S. 283-326 y 463).

Alega la nulidad de la publicación del Decreto 2311/2018 por cuanto no coincide con el texto de la convocatoria a la Junta de selección y ratificación del Acta y la publicación se realiza el 28 de enero de 2019, cuando la convocatoria era para el 28 de diciembre, cuando ya se había consumado el nombramiento de Gomez.

Enumera los vicios del acto de designación y señala que la designación se hizo sin expediente administrativo, ni autoridad competente que solicite, acredite, justifique la necesidad y la función a cumplir, sin antecedente laboral, salvo el cargo jerárquico que ostentaba; falta de publicación del texto íntegro de los decretos 2241/2018 y 2311/18; transgresión a la ley, arts. 06,08 y 20 ley 5892; ausencia de previsión presupuestaria y vacante.

En punto a la discriminación apuntada por la actora, expresa que el expediente en el que surge el dictamen aconsejando la inexistencia, procede de un estudio objetivo de Auditoría de Procesos Internos, por expediente N° 1427/20, siendo palmaria la ilicitud en el acceso a la carrera, en la mayoría de los casos para asegurar la continuidad de funcionarios en planta no política del Municipio.

III- Fiscalía de Estado se presenta a fs. 71/77 y realiza una serie de consideraciones generales en materia de designaciones en el ingreso a la Administración Pública; estabilidad e irrevocabilidad del acto administrativo regular. Analiza luego las circunstancias particulares del caso en examen y finaliza mencionando los parámetros precisos que pueden aplicarse a la mayoría de los supuestos que pueden presentarse en relación al ingreso de personal a la administración pública, entendiendo que la designación del agente Gómez se ajustará a derecho siempre que haya sido realizada en forma interina hasta tanto se llame a concurso; se acredite que la misma se hizo por el nivel inicial del tramo del escalafón correspondiente; que el cargo se encontraba vacante y que se contaba con partida presupuestaria.

Sostiene la improcedencia del reclamo indemnizatorio a la luz de la reiterada jurisprudencia del Tribunal, al decir que no corresponde el pago de salarios caídos, cuando no hubo efectiva prestación de servicios.

IV- Tal como ha quedado trabada la litis corresponde determinar si el acto administrativo atacado resulta legítimo o ilegítimo y en este último caso si el mismo adolece de un vicio grave o grosero a fin de establecer si su revocación correspondía o no a la autoridad administrativa.

De los considerandos del Decreto N° 506/20 surge como motivación del acto administrativo:

- que el art. 43 de la Constitución Provincial prescribe que los nombramientos de funcionarios y empleados que hagan los poderes públicos prescindiendo de los requisitos exigidos, son nulos y en cualquier tiempo pueden ser removidos de sus puestos.

-que el vicio grosero en el objeto del acto que violenta leyes provinciales implica determinar la inexistencia de tales actos conforme las previsiones del art. 52 inc. a) de la Ley 9003.

- que se advierten una serie de irregularidades en el Decreto 2349/18 por el que se designa en Planta Permanente a Gómez Marcelo, en particular en la conformación de la Junta de Selección: se omite: a) Libramiento por el Poder Ejecutivo al sindicato para que designe un representante y un suplente a los efectos de integrar la Junta de Selección Municipal; b) La convocatoria a los agentes no sindicalizados a la elección de su representante, también en cabeza del Poder Ejecutivo, este último lo designa arbitrariamente; c) Tampoco hay constancia del decreto de designación de los tres representantes del Poder Ejecutivo y sus suplentes y 4) ante la ausencia de los requisitos anteriores huelga el decreto de conformación de la Junta de Selección y su publicación en el Boletín Oficial, en tiempo y forma; ausencia de vacante acreditada y de crédito presupuestario anualizado; omisión de citar los motivos que justifican el ingreso y de las necesidades para el nombramiento; omisión de cumplimiento de requisitos indispensables para el ingreso: Certificado de aptitud física y de buena conducta.

- que el obrar administrativo ha sido ilegítimo al dictar el Decreto N° 2349/18, ha violado groseramente la normativa del art.

16 Constitución Nacional 30 Constitución Provincial de Mendoza y los arts. 20 y concordantes de la ley 5892.

En base a estos fundamentos la autoridad administrativa calificó los vicios del acto de designación como graves y groseros y ejerció la potestad y el deber de revocación del acto irregular (art. 76 de la Ley N° 9003).

Tal facultad ha sido cuestionada por el actor quien sostiene que el acto administrativo de su designación, gozaba de estabilidad de conformidad con lo dispuesto en el art. 96 de la Ley N° 9003 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 Intendente Municipal.

En cuanto a la calificación del vicio el art. 50 de la Ley N° 9003 establece que *"la calificación del vicio se determina 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 declarar 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 adaptar la calificación"*.

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 del Decreto atacado se desprende que la Intendente Municipal, en el ejercicio de las atribuciones legalmente conferidas, calificó al vicio en el objeto como grosero, dentro de las opciones previstas en la norma ut supra transcripta, sin apartarse de la calificación que por ley está establecida y como consecuencia de ello revocó el acto.

Los vicios señalados en el Decreto

cuestionado han sido debidamente acreditados en el expediente administrativo con los informes técnicos y dictámenes jurídicos, en cuanto a que la designación del agente se hizo sin respetar los recaudos mínimos exigidos por la normativa relativos a la designación en el nivel inferior del escalafón al que pertenece; existencia de vacante con crédito presupuestario; los que por sí solos dan fundamento a la medida dispuesta.

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 el Decreto N° 506/20 ha sido dictado conforme a derecho, siendo insuficientes los argumentos vertidos por el actor a fin de rebatir los fundamentos esgrimidos en el Decreto en cuestión, que solo se limita a sostener la estabilidad e irrevocabilidad del acto administrativo, pero que de ninguna manera defiende la legitimidad de su designación.

Finalmente se señala que tal postura coincide con el criterio sostenido por V.E. en el caso "*Pronotto Gustavo Orlando c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ APA*", Expediente N ° 13-03997429, de fecha 13 de marzo de 2018.

Por tanto procede que V.E. no haga lugar a la acción intentada por el Sr. Marcelo Gómez.

Despacho, 24 de febrero de 2023.