

Expte. N° 13-05456818-9, “Mercado Susana Edith c/ Municipalidad de Santa Rosa s/ A.P.A.”-

Sala Primera

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- La Sra. Susana Edith Mercado, actora en autos, solicita por esta vía la anulación por ilegitimidad del Decreto N° 588 de fecha 28 de abril de 2020 emitido por la Intendente Municipal, en cuanto revocó por inexistente y dejó sin efecto el Decreto N° 2362/18 que la designó en Planta Permanente de la Jurisdicción 01- Departamento Ejecutivo, en categoría “E”, Encargado de Primera, Agrupamiento Administrativo y técnico; Tramo Supervisión del Régimen Municipal.

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 empleada de la Municipalidad de Santa Rosa en el año 2016, formalizándose dicho vínculo a través de un contrato a plazo fijo, desempeñándose en el área de turismo del Municipio y luego fue designada como Jefa de Turismo, cargo que ocupó hasta Mayo de 2020.

Refiere que en el mes de Diciembre de 2018 fue anoticiada de que el Municipio realizaría un llamado a concurso para el pase a planta permanente, por lo que se presentó al mismo; luego de haber cumplido con la documentación requerida, se le notificó por Decreto N° 2362/2018 la designación, a partir del mes de Enero de 2019, en la Planta Permanente del Personal como agente municipal a cumplir funciones como Encargada de Primera, categoría E (7-8), 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.

Expresa que en el mes de mayo de 2020, en plena pandemia y con actividades reducidas, recibe con gran sorpresa en su domicilio, la notificación del Decreto N° 588/2020 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. 43/57 y solicita el rechazo de la demanda por las razones que allí expone.

Indica que la actora se limita a relatar hechos erróneos con la finalidad de confundir a V.E. y omite fundamentar por que el acto administrativo ostenta vicios groseros.

Describe detalladamente los antecedentes señalando que la actora ingresa al municipio como funcionaria fuera de escala, 25, como Jefa de Turismo por Decreto N° 1102/2016 a partir del mes de octubre de 2016; por Decreto N° 2362/2018 se la designa en planta permanente con categoría E clase (7-8), a partir de enero de 2019, omitiendo todo lo relacionado a Vacante, Crédito presupuestario, certificado de buena conducta, certificado de aptitud física.

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

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 Mercado.

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 y siguió desarrollando con posterioridad la misma función con el aditamento “a cargo”, con un código del 100 % de adicional jornada y posterior Adicional de Responsabilidad Funcional, burlando la normativa vigente y usufructando la función jerárquica con creces porque en marzo se le incorpora el adicional por Responsabilidad Jerárquica la que nunca en los hechos fue interrumpida; 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.

Destaca que la Sra. Mercado no fue designada en la primera categoría del escalafón conforme art. 20 Ley N° 5892 y que su designación en planta fue con una de las máximas categorías (E).

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. 61/70 vta. 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 de la actora 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° 588/20 surge como motivación del acto administrativo:

- que para poder ingresar a la Administración Pública deben cumplirse una serie de condiciones legales, las que en términos generales la Administración Municipal ha omitido en la designación objeto de estudio.

-que se confirma una serie de irregularidades,

la principal es que la Sra. Mercado pertenecía a personal fuera de escalafón, ajeno a los derechos y obligaciones propios de la Ley 5892 y no tenía derecho a la estabilidad ni a la carrera pues sus funciones como Jefa de Turismo, eran fuera de escala y no se aplica la Ley 5892, Estatuto Escalafón del Empleado Público (art. 16 Ley 5892).

- que coexisten innumerables razones que nulifican el Decreto en crisis, 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.

- que el poder Ejecutivo ha cometido un vicio grosero en el nombramiento en planta permanente en la Municipalidad de Santa Rosa, a una persona que cumplía funciones fuera de escala y sin cumplir el derecho a la carrera por incorporar directamente en la categoría "E" en lugar de la categoría inferior (art. 19 y 16 Ley 5892).

- 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 los actos administrativos de designación de empleados municipales en forma irregular, conforme el texto de la Ley 5892 padece de vicios graves en el objeto (por ser contrario a la ley), en la voluntad (por arbitrariedad) y en la forma (por falta de motivación), sin que exista en el presente caso cercenamiento de las atribuciones conferidas a las Municipalidades.

- que en la designación se evidencian los siguientes vicios: a) Junta de selección sin conformación legal, b) Inexistencia de documentación contable, directamente sin intervención Subdirección de Hacienda y Finanzas; c) No se indica una pieza administrativa en la que se

solicite el cargo que contenga la justificación y necesidad funcional para la designación, no de donde se cubriría el costo que genere el trámite; d) Incumplimiento de presentación de certificado de buena conducta (art. 30 Constitución Provincia de Mendoza y 14 Constitución Nacional) y actitud física, en este último caso conllevaría desordenes administrativos en la aplicación de la ley de riesgos del trabajo, con el consiguiente daño de naturaleza económica ante una denuncia de enfermedad por repetición de la ART e) omite el derecho a la carrera art. 19 Ley 5892.

- Subsidiariamente el contrato a la fecha se encuentra extinguido por ausencia de certificado de buena conducta y preocupacional por interpretación de los arts. 1,2 y 3 del Decreto 2362/18.

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 la actora 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° 588/20 ha sido dictado conforme a derecho, siendo insuficientes los argumentos vertidos por la actora 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 la Sra. Susana Edith Mercado.

Despacho, 24 de febrero de 2023.