

Expte. N° 13-05414310-3 “Agüero José Luis
y ots. c/ Instituto Provincial de la Vivienda de
Mendoza p/ Acción Procesal Administrativa”

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- En autos, un grupo de agentes y ex agentes del Instituto Provincial de la Vivienda, acciona contra el Decreto N° 954 de fecha 06 de agosto de 2020 que resuelve no hacer lugar al Recurso de Alzada interpuesto contra la Resolución N° 1570/19 emitida por el Honorable Directorio del Instituto Provincial de la Vivienda por la que se rechazó el reconocimiento de la antigüedad reclamada, solicitando se ordene el pago de la misma desde el ingreso al IPV, con el primer contrato y hasta la fecha del Decreto que los designa en planta permanente, ordenándose el pago de las diferencias salariales con más los intereses.

Explican que el 21 de diciembre de 2018 se inicia ante el IPV un reclamo administrativo, formándose el expediente N° 8334-D-2019 a los efectos de que se le reconozca la antigüedad real, desde la fecha en que cada agente ingresó al IPV.

Señalan que todos suscribieron contratos de locación de servicios y de obra, en distintas fechas, siendo efectivizados años más tarde.

Expresan que el Estado en sus relaciones debe actuar en un marco de ejemplaridad y que es indudable que si alguien durante un largo período de tiempo se desempeñó como “empleado” de la Administración en el IPV, con continuidad, sujeto a cumplimiento de horarios aportando a la Obra Social de los Empleados Públicos, y al imperium de la autoridad del empleador en tareas variables, vinculadas a su título profesional o especialidad, es “empleado”.

Señalan que en reciente fallo en expediente N° 13-03839163-6 “Fernández Nélide Delia c/ Instituto Provincial de la Vivienda (IPV) p/ Acción Procesal Administrativa”, la Sala II, en un caso idéntico resolvió en forma favorable, transcribiendo extensos párrafos de la sentencia.

Aducen que al no reconocerse la antigüedad se han vulnerado expresas disposiciones de orden constitucional y legal (arts. 14bis, 16, 17, 28, 31 de la CN y arts. 16, 29, 30, 33 y 48 de la CM), así como convenios internacionales (Pacto de San José de Costa Rica y Declaración Universal de los Derechos Humanos).

En definitiva sostienen que el IPV utilizó figuras jurídicas autorizadas legalmente para casos excepcionales, con una evidente desviación de poder, encubriendo una designación permanente, bajo la apariencia de un contrato de plazo determinado.

II- La accionada en el responde de fs. 159/170 solicita que la causa se resuelva en Tribunal Pleno debido a la complejidad de las cuestiones a debatir, los precedentes contradictorios y la trascendencia institucional del caso.

Opone la defensa de prescripción del crédito salarial reclamado, toda vez que el reclamo ha sido planteado después de haber transcurrido el plazo previsto por el art. 38 del Estatuto del Empleado Público, Decreto-Ley 560/73.

En subsidio, solicita el rechazo de la pretensión de anular la Resolución ° 1570/19 y el Decreto 954/20, confirmando la legalidad en la forma de computar la antigüedad, con el consecuente rechazo de la pretensión económica.

Sostiene que los actores ingresaron en la institución sin cumplir con el requisito de la selección por concurso, a través de un contrato de locación de servicio o de obra y luego pasaron a planta permanente en virtud de acuerdos paritarios.

Señala que la contratación directa de los accionantes no puede calificarse de ilegal, porque esa modalidad fue expresamente prevista en la ley N° 3799 de Contabilidad.

Indica que los actores nunca cuestionaron esa modalidad contractual y prestaron su expreso consentimiento cada vez que el contrato de locación de servicio o de obra era renovado.

Postula que no se ha afectado el derecho a la retribución justa y que los empleados temporarios no se encuentran incorporados al escalafón del empleado público, ni a la carrera, sino que se rigen por normas

contractuales ajenas al mismo, por lo que no corresponde el pago del adicional por antigüedad.

Niega violación al principio de igualdad y sostiene que los actores deberían haber indicado cuales son los empleados que supuestamente ingresaron por concurso y que cobran el ítem antigüedad de forma distinta.

III- Fiscalía de Estado se presenta a fs. 174/178 y opone la defensa de prescripción para el reclamo del adicional por antigüedad como de las diferencias salariales que le pudieren corresponder en concepto de antigüedad, en el supuesto que se reconociera ese concepto como personal contratado, en virtud de lo previsto por el art. 38 bis del Estatuto del Empleado Público.

Indica que si bien la parte actora no indica la fecha en que los actores comenzaron a prestar servicios mediante contratos, ni la fecha de su pase a planta permanente, concluye que a la fecha en que cada uno de los actores ratificó la actuación del Dr. Espinasse (Nota 10624) han transcurrido con exceso el plazo de dos años, dado que la ratificación efectuada con posterioridad al plazo de prescripción no tiene efectos retroactivos a los fines de la interrupción de la prescripción.

Destaca que esta Sala Segunda en un fallo reciente hizo lugar parcialmente a la defensa de prescripción en un caso similar (autos N° 13-04301141-8 “Montero Luis Alberto y ots. c/ Instituto Provincial de la Vivienda p/ Acción Procesal Administrativa”).

Expresa que sin perjuicio de la defensa de prescripción opuesta, ese organismo de control, a través de la Dirección de Asuntos Administrativos, ha emitido dictamen en relación al tema en debate, a la luz de los precedentes y doctrina fijada por este Tribunal (dictamen N° 1113/2019 de fecha 29/08/2019), en el cual optó por considerar aplicable la postura amplia sostenida por los miembros del tribunal cimero provincial: la antigüedad derivada de los contratos de locación de servicios con la Administración Pública debe computarse a los efectos del cálculo de la antigüedad en el marco del art. 53 de la Ley N° 5126 (Dres. Palermo, Adaro y Gomez), por ello se limitará a ejercer el control de legalidad del proceso conforme lo previsto en el art. 177 de la C.P. y ley 728.

V- Analizadas las actuaciones, los planteos formulados por las partes en litigio, se observa que las circunstancias fáctico-jurídicas de la presente causa, son las mismas que dieran lugar a la sentencia dictada en expediente N° **13-04301141-8**, carat. ***“Montero Luis Alberto y ots, c/ Instituto Provincial de la Vivienda p/ Acción Procesal Administrativa”***, de fecha 15/06/2021, en los que V.E. hizo lugar parcialmente a la demanda y anuló la Resolución del Directorio del Instituto Provincial de la Vivienda por la que se rechaza el reclamo de los actores y condenó a la Administración a que dicte el acto administrativo por el cual reconozca, la inclusión en el cómputo del adicional por antigüedad a la totalidad de los accionantes, de los servicios prestados mediante la modalidad de locación desde su ingreso y hasta su pase a planta permanente y condenó a la demandada a practicar liquidación y realizar el pago de diferencias salariales resultantes entre los sueldos que han percibido efectivamente los accionantes y los que debieron percibir desde los dos años anteriores a su reclamo administrativo y hasta la inclusión del cómputo en las condiciones indicadas supra, a lo que deberá agregarse los intereses correspondientes, los que, tratándose las diferencias salariales de obligaciones periódicas, serán calculados desde que cada diferencia es debida y hasta su efectivo pago.

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, 14 de marzo de 2023.