

Expte. N° 13-06743399-2, “De Marco Gerardo Oscar c/ Municipalidad de Guaymallén p/ Acción Procesal Administrativa.”

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- En los presentes autos el Sr. Gerardo Oscar De Marco acciona contra la Municipalidad de Guaymallén en procura de la declaración de ilegitimidad de la Resolución N° 009/2021 del Presidente del Honorable Concejo Deliberante de Guaymallén, que deja sin efecto su designación como Secretario Habilitado y solicita la reincorporación a su cargo y las diferencias salariales generadas.

Denuncia violación a derechos constitucionales (estabilidad empleo público, retribución justa, entre otros).

Indica que es empleado de la Municipalidad desde el año 2003 habiéndose desempeñado como Director de Control de Gestión hasta el año 2007. Posteriormente en el año 2009 ingresa como empleado de planta, desempeñándose como Contador en el HCD; en el año 2015 es nombrado como Secretario Habilitado, según competencias específicas actualmente normadas en el Reglamento Interno de la Ordenanza 9060/2020 del HCD en su art. 70.

Expresa que las labores encomendadas fueron ejecutadas con total eficiencia, no existiendo a la fecha ninguna observación o consecuencia negativa, no obstante afirma que desde el año 2018 comenzaron una serie de actos de violencia laboral con el objeto de desplazarlo de su lugar de trabajo que le han ocasionado un padecimiento muy grave a su salud tanto física como mental.

En particular indica que el día 21 de agosto de 2018 se le retira la gestión de inventarios de bienes consumibles sin ningún tipo de motivación y ese mismo año se crea la Oficina de Compras bajo la supervisión de Presidencia del HCD, siendo ésta una función específica del Secretario Habilitado; luego se lo excluye de la gestión de compras, le quitan

las llaves del Concejo y la gestión con personal de mantenimiento edilicio, con el objetivo de vaciar sus funciones.

Aduce discriminación hacia su persona lo que le produjo un sufrimiento indebido y como consecuencia de ello, una parálisis facial el 09/09/2019, por la alta conflictividad a que se veía inmerso en su lugar de trabajo, dado el exceso de estrés al que fue sometido.

Manifiesta que por ello tuvo que empezar tratamiento psiquiátrico y psicológico y, el día 9 de febrero del 2021, al agudizarse sus síntomas su médico psiquiatra le da 30 días de licencia laboral por distimia depresiva, con ansiedad, angustia, labilidad emocional, tristeza, anemia, trastornos de tipo somáticos (tos convulsa, parálisis facial).

Agrega que presenta al día siguiente el certificado a la Dirección de Administración de la Municipalidad y al HCD y ese día la Presidencia emite la Resolución N° 009/2021, por la cual se deja sin efecto su designación como Secretario Habilitado y se encomienda al Poder Ejecutivo la realización de los actos útiles para que sea devuelto su cargo de planta.

Resalta que ello implicó una reducción de casi el 90 % de sus ingresos mensuales, en contravención con la ley N° 5811 que expresamente prohíbe la reducción de salario por casos de enfermedad.

Invoca un ejercicio abusivo del ius variandi y vicio grosero en el objeto del acto atacado y grave en la emisión de la voluntad administrativa, al no respetarse la competencial del HCD y sustituirla por una Resolución de Presidencia del Cuerpo, ignorando el art. 72 de la Ordenanza 9060/2020.

III- La Municipalidad de Guaymallén demandada, en el responde de fs. 28/32 solicita el rechazo de la demanda por las razones que expone.

Expresa que conforme al art. 52 de la Ley 1079, cada HCD designa a su presidente y vice y a la vez según Ordenanzas N°1388/64 y N° 3222/91 es atribución del presidente designar a su propio personal, entre ellos el secretario habilitado siempre y cuando cumpla los requisitos establecidos por la normativa.

Refiere que se trata de un trabajador “funcionario público” que se encuentra fuera de escala, es de “máxima confianza” del presidente, no goza de estabilidad alguna y su designación depende exclusivamente de una facultad discrecional del presidente del HCD.

Indica que no obstante su designación como secretario habilitado se practicó una reserva de empleo en virtud del art. 61 de la ley 5811 (acto administrativo N° 2830-15).

Advierte que en el año 2020 se dicta una nueva ordenanza N° 9060/2020 que reglamenta la Ley N° 1079 llamada “reglamento interno del HCD”, la cual considera no es aplicable a los contratos en curso de ejecución, por lo que la actora erra al pretender aplicar la nueva ley, cuando por la eficacia y temporalidad, la ordenanza 1388/64 y 3222/91 continua vigente en sus efectos.

Considera que dicha interpretación surge del art. 7 CCCN y es conteste con la doctrina y jurisprudencia nacional que cita.

IV- A fs. 37/44 interviene Fiscalía de Estado quien adhiere a la contestación de demanda efectuada por el Municipio.

Entiende que resulta palmariamente improcedente la acción, por no configurarse ninguna de las circunstancias y requisitos para que la actora sea reincorporada y acreedora de una indemnización por despido arbitrario y menos aún beneficiaria de salarios caídos.

Señala que de conformidad a lo dispuesto por el art. 2 incs. b) y c) de la Ley N° 5892, en concordancia con el reglamento interno del H. Concejo Deliberante, el cargo que detentaba la actora se encuentra exceptuado del alcance del Estatuto escalafón para personas con servicios en municipalidades y fundamentalmente al derecho a la estabilidad consagrado en el art. 15 de dicho estatuto.

Agrega que el cargo de Secretario Habilitado que desempeñaba pertenece a la categoría de los denominados “funcionarios de confianza” o “funcionarios políticos”, los cuales no gozan de estabilidad dependiendo de la voluntad de quienes lo designaron para cumplir funciones.

Sostiene que la conducta de la actora choca con la teoría de los actos propios y el sometimiento voluntario al régimen

normativo por el cual fue designado secretario habilitado y violenta el principio de buena fe receptado por el art. 1198 del C.C..

IV- Analizadas las actuaciones e ingresando al examen de la pretensión del demandante, corresponde en primer lugar determinar el tipo de vínculo laboral que mantenía el actor con el Honorable Concejo Deliberante de la Municipalidad de Guaymallén, y en función de ello establecer conforme al régimen específico, si resulta legítimo el acto que dispuso dejar sin efecto el nombramiento.

Ello por cuanto “ Si bien el principio general establecido por el derecho administrativo permite que la administración contrate personal que carezca de estabilidad y lo organice de acuerdo con las características de sus servicios atendiendo a la transitoriedad del requerimiento, la solución de cada caso en particular está condicionada por la naturaleza de la vinculación del actor con la demandada y requiere, en consecuencia, el examen de la legislación que rige a ésta y de la conducta desarrollada por las partes durante la vinculación, ya que de ambos extremos puede resultar el carácter del empleo cuya terminación motiva el pleito”(CSJN “Bolardi, Guillermo c/ Estado Mayor General del Ejército. Instituto Geográfico Militar”, 27/12/88. Fallos 311:2799).

De las constancias de autos surge que el actor tiene un cargo de Planta permanente en la Municipalidad de Guaymallén, categoría H, Agrupamiento 1- Tramo 4- Subtramo 01- Supervisor de Primera dependiente de la Dirección de Control y Gestión.

Por Resolución del Presidente del Honorable Concejo Deliberante de Guaymallén N° 024 de fecha 14 de diciembre de 2015 fue designado como Secretario Habilitado conforme lo dispuesto por la Ley N°5892 (Estatuto Escalafón del Empleado Público) y Ordenanza N° 3222/91, modificatoria de la Ordenanza N° 1368/64.

En virtud de ello, se dispuso por Decreto N° 2830/15 de fecha 28 de diciembre de 2015, la reserva de empleo que prevé el art. 61 de la Ley N°5811, a partir del 14 de diciembre de 2015, del agente De Marco en el cargo categoría H, Agrupamiento 1- Tramo 4-Subtramo 01- Supervisor de Primera.

Posteriormente por Resolución del Presidente del Honorable Concejo Deliberante de Guaymallén N° 009 de fecha 10 de febrero de 2021 se dejó sin efecto el nombramiento como Secretario Habilitado a partir del 10 de febrero de 2021 y se encomienda a la Dirección de Administración del Departamento Ejecutivo que implemente las acciones necesarias en relación a la reserva de cargo realizada oportunamente por Decreto de Intendencia N° 2830-2015.

En los considerandos de la norma citada se establece que por razones operativas de funcionamiento del Cuerpo, se establece la necesidad de proceder a dar de baja contrataciones efectuadas a personas en el marco de lo instituido bajo la modalidad de contratación eventual establecida en el artículo 15 inc. B) de la Ley Provincial 5892 (Estatuto Escalafón del Empleo Público) y conforme lo establece el Reglamento Interno es facultad de la Presidencia, disponer los asuntos atinentes al manejo de personal dependiente del Honorable Concejo Deliberante.

Como consecuencia de esa decisión, el Intendente Municipal en fecha 19 de febrero de 2021, emite el Decreto N° 464/21 que dispone la reincorporación, a partir de la fecha de notificación, al agente municipal Sr. De Marco Gerardo, al cargo categoría H, Agrupamiento 1- Tramo 4-Subtramo 01- Supervisor de Primera, dependiente de la Dirección de Control de Gestión.

En función de lo expresado, se advierte que el cargo que ejercía el actor de Secretario Habilitado, se encuentra exceptuado del alcance del Estatuto Escalafón Municipal, de conformidad a lo dispuesto por el art. 2 incs. b) y c) de la Ley N° 5892, y por tanto no se encuentra amparado por la estabilidad estatutaria, consagrado en el art. 15 de dicho estatuto.

No obstante ello, al momento en que se dispuso dejar sin efecto el nombramiento como Secretario Habilitado por Resolución de Presidencia N° 009/21 de fecha 10 de febrero de 2021 se encontraba vigente la Ordenanza N° 9060/20 (B.O. 30/07/20) la cual se considera aplicable al caso, que en su art. 72 establecía que “El Concejo tiene atribuciones para nombrar y remover a sus Secretarios, los cuales no podrán ser personas de su seno. Para el nombramiento se requerirá la mayoría simple

de los miembros del cuerpo y en caso de remoción se deberá contar con 2/3 partes de los integrantes del mismo”.

Tal normativa no fue aplicada por el Municipio, en tanto dejó sin efecto la designación, sin intervención del Cuerpo de concejales, lo cual constituye a criterio de este Ministerio Público Fiscal un vicio grave que acarrea por si solo la nulidad del acto administrativo atacado.

A consecuencia de lo opinado en el punto anterior, no se analizarán las restantes quejas incoadas, al estar facultada V.E., y por tanto esta Procuración General, a elegir el motivo de agravio que mejor posibilite la solución del caso concreto (Cfr. S.C., LS 183-188, 202-1, 284-252, 334-39, 335-13, 336-38, 440-32, entre otros. Vid. cfr. tb. C.S.J.N., Fallos: 221:37, 222:186, 226:474, 228:279, 233:47, 234:250, 243:563, 247:202 y 310:1162).

Por lo expuesto, este Ministerio Público Fiscal considera que corresponde hacer lugar a la demanda.

Despacho, 03 de abril de 2023.