

Expte. Nº 13-05438863-7, “Caliguri Roberto Oscar c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción Procesal Administrativa”

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I.- Las constancias de autos

i.- La demanda

Se ha corrido vista a esta Procuración General de la Acción Procesal Administrativa iniciada por el Sr. Roberto Oscar Caliguri, quien, invocando la denegatoria tácita y la omisión de pronunciamiento en los reclamos y recursos interpuestos, solicita se disponga el pago del adicional por haber permanecido en el cargo sin ascender previsto en el art. 221 de la Ley Nº 7493 y los ítems salariales adeudados (presentismo y operativos especiales) así como la parte proporcional de las licencias anuales ordinarias no gozadas.

Refiere que el planteo de la presente demanda va dirigido al tratamiento conjunto de dos reclamos realizados en sede de la administración y que explicita por separado.

En relación al ítem salarial tiempo mínimo en el grado cumplido, expresa que ingresa a trabajar en la repartición Penitenciaria Provincial en fecha 11/05/1987; dado que es nombrado en el Escalafón Cuerpo de Seguridad con el grado de Agente S.C.S., se lo destina a cumplir servicios y tareas operativas y en circunstancias de ostentar el grado de agente y poseyendo la antigüedad legal necesaria, se le comenzó a abonar el adicional tiempo mínimo en el grado cumplido que prevé la Ley Nº 5336/88, el cual dejó de percibir porque fue ascendido al grado de Ayudante del cuadro de Suboficiales.

Explica que luego fue ascendido al grado de Suboficial de Primera y finalmente Suboficial Principal a partir de fecha 01/12/2007 y al cumplir los 4 años en la jerarquía y permanecer sin ser promovido, se le generó el derecho al suplemento el cual reclamó en fecha 10/02/2012 en expediente administrativo Nº 18-C-2012-00217, al no obtener respuesta solicitó pronunciamiento materializándose la pieza administrativa Nº 1230-C-2019-00213, en la que persistió el silencio por lo que interpuso recurso de apelación y pidió al Ministro de Seguridad que resuelva el reclamo, llegando a instancias del Sr. Gobernador a quien le petitionó que se avoque y pronuncie, manteniendo el silencio

que permite llegar a esta instancia.

Indica que la obligación del principal nace el 01/12/2011 (momento que cumplió cuatro años en el grado) y se extiende hasta el 30/06/2012 (momento en que dejó de prestar servicios para acogerse a la jubilación), conforme lo normado en los artículos 10 inc. b); 221, 234 y Anexo II de la Ley N° 7493, como también Art. 11 correspondiente al Anexo I de la Ley N° 5336/88.

Destaca que el personal Penitenciario de la Provincia en el año 2006 y mediante la puesta en vigencia de la Ley N° 7493, comenzó una nueva etapa donde los empleados que provenían del régimen anterior (Ley 3777) conservaron los derechos adquiridos de la Ley 5336/88 y los empleados que fueron nombrados con el nuevo régimen de la Ley N° 7493, no pueden adherirse a los derechos de la legislación anterior.

Entiende que respecto al importe del crédito reclamado, el mismo va a ser establecido en la pericia contable y se encuentra reglamentado en la Ley 5336/88 (art. 11, Anexo I).

Cita precedentes y jurisprudencia que avalan su posición (autos N° 68871; 67531 y 68679).

Con respecto al pago de ítems salariales adeudados, sostiene que por ser empleado de la repartición Penitenciaria Provincial usufructó quince días de licencia anual (vacaciones) correspondiente y le quedaron pendientes de gozar 15 días más, debido a una interrupción por necesidades del servicio y la superioridad del organismo se comprometió en restituir los mismos.

Señala que a partir del 01 de julio de 2012 pasa a retiro y se jubila y los 15 días del ejercicio 2011 no fueron regularizados; producida la extinción quedó pendiente también de pagar los días o la parte proporcional de la licencia correspondiente al primer trimestre de 2012; los ítems salariales Presentismo y operativos especiales que se abonan a mes vencido.

Agrega que por ello, en tiempo y forma para fecha 01/11/2012 y mediante expediente administrativo 44-C-2012-00217 se requirió el pago de lo adeudado y ante la falta de respuesta se reiteró el reclamo por nota y pedido de pronto despacho y ante el silencio se inició recurso de apelación ante el Ministerio de Seguridad llegando a instancias del Sr. Gobernador a quien le pidió que se avoque y pronuncie, manteniendo el silencio que permite llegar a esta instancia.

ii.- La contestación

El Gobierno de la Provincia en el responde de fs. 39/40 y vta. reconoce que el actor se desempeñaba como personal penitenciario del Servicio Penitenciario Provincial; que mediante expediente N° 44-C-2012-00217 solicitó el pago del adicional por tiempo mínimo de permanencia en el grado previsto en el art. 221 de la Ley N° 7493; en expediente N° 371-D-2019-00106 interpuso recurso de apelación y en la pieza administrativa N° 2676-D-2019-20108 dedujo recurso jerárquico por denegatoria tácita.

Expresa que el reclamo pretendido resulta improcedente toda vez que no se encuentra determinado el porcentaje sobre el que debe efectuarse el cálculo para la liquidación del suplemento, por lo que el mismo sólo puede ser fijado por Decreto reglamentario, el que no ha sido dictado.

Afirma que se no se trata de un derecho operativo por la sola previsión legislativa, sino que necesita de normas complementarias que no han sido dictadas, por lo que éste no se encuentra vigente ni se configura la situación de hecho prevista en la norma legal.

En punto a las licencias no gozadas, solicita se requiera informe al Departamento Liquidaciones del Servicio Penitenciario a fin de que informe si han sido abonadas y en caso afirmativo la fecha de liquidación y por el contrario, de no haber sido pagadas practique liquidación.

A fs. 44/45 y vta. interviene Fiscalía de Estado quien manifiesta que conforme se desprende de la compulsa de autos, la pretensión del accionante resulta infundada, ya que conforme al régimen legal aplicable no es posible liquidar y abonar el ítem demandado, ya que no se trata de una aplicación automática de la norma y en relación al segundo reclamo sostiene que deberá surgir o no la correspondencia del mismo de las probanzas de autos, las que serán evaluadas por el Excmo. Tribunal.

II- Consideraciones

Analizadas las 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 Público Fiscal, entiende que correspondería hacer lugar parcialmente a la acción intentada en atención a las siguientes consideraciones:

i-De la compulsa del expediente administrativo

venido como AEV surge que iniciado el reclamo de adicional por permanencia en el grado, el mismo no fue resuelto por la Administración, obrando a fs. 7 del EX2018-02149843 informe de la Dirección de Servicio Penitenciario en el cual se expresa que se sugiere permanecer en RESERVA en Departamento Legal y Técnico, atento las constancias obrantes y al reunirse los recaudos exigidos legalmente y que correspondería hacer lugar a lo reclamado por el solicitante, abonándose el suplemento por permanencia en el grado durante el período que corresponda, pero al no encontrarse reglamentado el art. 221 de la normativa reseñada y hasta tanto se efectúe y entre en vigencia la Reglamentación y su posterior implementación, a fin de dar curso al reclamo.

ii- Tales razones a criterio de este Ministerio Público Fiscal no resultan irrazonables ni arbitrarias y se ajustan a derecho.

En tal sentido se comparte la opinión de Fiscalía de Estado en cuanto a que la pretensión del accionante resulta infundada, ya que conforme al régimen legal aplicable no es posible liquidar y abonar el ítem demandado, ya que no se trata de una aplicación automática de la norma, la cual no tiene operatividad sino que necesita de normas complementarias que no han sido dictadas.

En efecto la Ley 7493 (B.O 21/04/2006) del Servicio Penitenciario que reemplaza a la Ley 5336 (B.O. 6/10/1988) determina en su art. 221 que el personal que reúna el tiempo mínimo requerido, haya sido declarado apto para el ascenso y no sea promovido por falta de vacante, percibirá un suplemento de su retribución por tiempo mínimo de permanencia en el grado. Este suplemento consistirá en un porcentaje mensual de su retribución y dejaría de percibirse, automáticamente, al ascender al grado inmediato superior.

Por su parte el art. 231 determina que la presente ley entrará en vigencia el día de su publicación, aplicándose a todo el personal penitenciario; el art. 232 especifica que en todo lo no previsto expresamente, y en cuanto no resultare incompatible con las finalidades de la ley, se aplicarán supletoriamente las disposiciones de la ley de procedimiento administrativo de la Provincia de Mendoza N° 3909 y su modificatoria –Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza- Ley Provincial N° 5811 y sus modificatorias- Decreto-Ley N° 560/73 y sus modificatorias; el art. 233 establece que la ley regirá todo lo referido al Régimen de Remuneraciones del personal Penitenciario existente a la entrada en vigencia en lo referente a remuneraciones y régimen previsional y el art. 234 preceptúa que la entrada en vigencia de la presente ley no afectará los derechos

adquiridos por el personal penitenciario existente a la fecha de su entrada en vigencia en lo referente a las remuneraciones y régimen previsional.

iii- Si bien este último artículo determina que no se afectarán derechos adquiridos, en la especie ocurre que el derecho del actor nace a partir de cuando estuvo en condiciones de ser ascendido (12/2012), cuando llevaba cuatro años en el grado, y a esa fecha corresponde aplicar el régimen de la Ley 7493 que reemplaza a la anterior 5336, la cual preveía en su art. 11 el coeficiente a aplicar, circunstancia que no ocurre con el nuevo régimen.

De allí que la norma cuestionada, tal como se anticipara resulta ajustada a derecho y el accionar de la Administración no se avizora ilegítimo, por lo que corresponde el rechazo de la pretensión.

iv- En relación a las licencias no gozadas peticionadas en expediente N° 44- C-2012-00217, conforme a la prueba rendida en autos las mismas no han sido abonadas debido a que no se cuenta con partidas presupuestarias para afrontar el costo de lo demandado, argumento que resulta a criterio de este Ministerio Público Fiscal inatendible, por cuanto las limitaciones presupuestarias que invoca la demandada no pueden serle opuestas de conformidad con lo resuelto por V.E. (ver en tal sentido el fallo emitido el 19 de octubre del dos mil dieciséis, en la causa N° 13-02155256-3, caratulada: “*Quiroga, Gustavo Horacio c/ Hospital Humberto Notti s/ A.P.A.*”).

III.- Dictamen

En definitiva, por las razones que anteceden, esta Procuración General considera que corresponde que V.E. haga lugar parcialmente a la demanda incoada en los términos señalados en el acápite II.

Despacho, 01 de junio de 2023.