

Empleado Publico Diferencias Salariars

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Empleado público. Diferencias salariales Se admite el recurso de apelación deducido por el órgano de la administración demandado y en consecuencia se ordena a la Provincia demandada a que liquide las diferencias salariales reclamadas.

En la ciudad de La Plata, a los once días del mes de Agosto del año dos mil dieciseis, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, en Acuerdo Ordinario, para pronunciar sentencia en la causa ?RODRIGUEZ JOSE LUIS C/ MINISTERIO DE JUSTICIA Y OTRO/A S/ PRETENSION RESTABLECIMIENTO O RECONOC. DE DERECHOS - EMPL.PUBLICO?, en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial La Plata (expte. N° -20040-), con arreglo al sorteo de ley, deberá observarse el siguiente orden de votación: Señores Jueces Dres. Gustavo Daniel Spacarotel, Claudia Angélica Matilde Milanta y Gustavo Juan De Santis. El Tribunal resolvió plantear la siguiente CUESTION ¿Es justa la sentencia apelada? En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde adoptar? VOTACION A la cuestión planteada, el Dr. Spacarotel dijo: I. Por sentencia de fecha 13-11-14, el juez de primera instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 de La Plata, resolvió: a) Hacer lugar a la acción contencioso administrativa promovida por José Luis Rodríguez, declarando la nulidad de las Resoluciones N° 59/2008 y 970/2009 del Ministerio de Justicia de la Provincia de Buenos Aires; b) Ordenar a la Provincia de Buenos Aires a que dentro del plazo de sesenta días desde que la presente decisión adquiera firmeza, practique la liquidación respectiva y abone al actor las diferencias salariales existentes entre la jerarquía de Inspector Mayor y la de Inspector General, desde el 26-III-2008 hasta el 11-VI-2008, con más los accesorios de ley; y, c) Ordenar al Instituto de Previsión Social, a que en igual plazo, practique la liquidación respectiva y abone al actor, las diferencias salariales existentes entre la jerarquía de Inspector Mayor y la de Inspector General, en base a la proporción que le otorga la legislación provincial de la remuneración del cargo regulatorio de su prestación previsional (Inspector General), con retroactividad a la fecha de origen de la prestación, con más el interés de ley (fs. 146/152). Como corolario, impuso las costas a la demandada vencida, difiriendo la regulación de honorarios para el momento procesal oportuno (fs. 152). II. Para así decidirlo sostuvo que: a) La cuestión central traída a debate consiste en determinar si al actor le corresponde el ascenso al cargo de Inspector General que solicita (cuyas funciones adujo haber cumplido) y, eventualmente, la procedencia de la diferencia salarial y reajuste previsional requeridos (fs. 148). b) El actor ostentó el cargo de Inspector Mayor desde el 01-I-2007, hasta la fecha de su retiro, ejerciendo tareas de Director de Unidad Carcelaria (fs. 148). c) Por Resolución N° 3166/06, se crean los ?Complejos Penitenciarios?, cuya jefatura debía recaer en un Funcionario de Carrera, con Jerarquía Superior a la de los Jefes de Unidades del Complejo, con una antigüedad mayor a los veintisiete años de Servicio y haber sido Jefe de Unidad. El señor Rodríguez cumplía todos los requisitos, por lo que el Jefe del Servicio Penitenciario solicitó al Ministro la designación de Rodríguez (junto a otros agentes) en el cargo de Inspector General (fs. 148). Los organismos de asesoramiento jurídico se expidieron en sentido favorable al reconocimiento del ascenso reclamado por el actor, toda vez que el mismo se enmarca dentro de las facultades privativas del Jefe del Servicio Penitenciario Bonaerense, previstas en el art. 119 del Decreto Reglamentario N° 342/81 (fs. 148 vta.). No obstante, la Ley N° 13677, de emergencia del Servicio Penitenciario Bonaerense, estableció que los ascensos del personal penitenciario son competencia exclusiva del Ministro de Justicia. En función de ello, la Resolución impugnada en autos no hizo lugar al ascenso solicitado y, en cambio, ordenó el pase a retiro voluntario del actor, por encontrarse cumplimentadas las condiciones establecidas en la legislación aplicable (fs. 148 vta.). d) De las constancias obrantes en autos surge de forma palmaria que el señor Rodríguez se desempeñó efectivamente en las funciones de Jefe del Complejo Penitenciario Norte por el periodo que abarca desde el 30-X-2006 hasta el 15-XI-2007, con el aval de sus superiores y con el consentimiento del Estado Empleador, pero no accedió a la Jerarquía de Inspector General que le corresponde a dicho cargo (fs. 149). Enfatiza que ello surge de las pruebas testimoniales, así como de la documentación aportada por las partes (v.gr, nómina de jefes de Complejos Penitenciarios del año 2007; 149/149 vta.). e) Señala que a otros oficiales del Servicio Penitenciario que se encontraban en idéntica situación a la del actor, se les reconoció el grado de Inspector General, por lo que resulta absolutamente arbitrario el acto dictado por el Ministro de Justicia. Precisa que los oficiales Lione y Dicharri se encontraban en iguales circunstancias que Rodríguez, tanto por el acto de designación en las funciones a cargo de la jefatura de complejos penitenciarios, como por el hecho de encontrarse en uso de licencia y haber pasado a situación de retiro al poco tiempo de la designación. Sin embargo, en la Resolución N° 59/08, el Ministro de Justicia al momento de resolver sobre la situación de estos tres agentes Lione, Dichari y Rodríguez, el Ministro resolvió ascender a los dos primeros sin mencionar el motivo por el cual el último fue excluido entre los agentes que

obtuvieron su promoción (fs. 149 vta.). Achaca la existencia de incongruencia, la falta de motivación y la existencia de contradicción de argumentos en el acto, tal el caso de la alegación del uso de licencia (fs. 149 vta./150). f) Destaca que la Suprema Corte ha entendido que por resguardo a los principios de igualdad ante la ley, seguridad jurídica y buena fe, la Administración -en actos de alcance particular- debe respetar sus propios criterios fijados en casos análogos, siempre que medien determinadas circunstancias, circunstancia que no varía por tratarse de facultades que otorgara la Ley N° 13677 de Emergencia del Servicio Penitenciario (fs. 150/150 vta.). g) La decisión del Ministerio de Justicia por la cual se omitió pronunciarse acerca del pedido de ascenso al grado de inspector General del peticionario, sin efectuar ninguna referencia al trato diferencial que se le efectuó al actor, deviene ilegítima al encontrarse viciados los elementos causa y motivación, extremo que funda el reconocimiento del derecho a ascender a la categoría de Inspector General a partir del día 26-III-2008 (fs. 150 vta.). III. Contra el mentado pronunciamiento se alza la parte demandada, a tenor del recurso deducido a fs. 155/159. A fin de fundamentar y abastecer su crítica, alega que: a) La Administración apegó su obrar a la normativa que rige el procedimiento a seguir en caso de promoción y ascensos de agentes del Servicio Penitenciario. Dicha circunstancia -que no fue desconocida en la sentencia-, impide resolver como luego se hiciera acerca de la ilegitimidad del obrar administrativo, toda vez que si la Administración ha obrado dentro del marco legal, luego no procede el análisis del mérito de lo actuado pues pertenece a sus facultades privativas (fs. 156). Precisa que, en esos aspectos, los actos administrativos cuestionados no resultan susceptibles del control judicial. Ello así, pues la apreciación de la situación para el personal superior de la fuerza policial respecto a la aptitud para ascender, conservar el grado o pasar a situación de retiro al personal policial, comporta el ejercicio de una actividad discrecional (fs. 156). b) No existe un derecho a obtener el ascenso de manera automática, pues ello además de obedecer a razones de servicio y necesidades de la Administración, es una facultad privativa de ésta, vinculada con la posibilidad de organizar sus cuadros (fs. 156 vta.). Señala que ello cobra particular relevancia en la especie, donde el acceso al cargo que se pretende reconocer es de máxima jerarquía, en tanto no puede razonablemente sostenerse que todos los agentes del Servicio Penitenciario tengan un natural y automático derecho a acceder al Cargo de Inspector General (fs. 156 vta./157). Concluye que la sentencia debe ser dejada sin efecto, toda vez que la normativa de aplicación no confiere al actor el derecho a ser ascendido a la jerarquía de Inspector General, habiendo sido dichas cuestiones evaluadas por los organismos pertenecientes al Servicio Penitenciario y no mereciendo reproche alguno de legitimidad (fs. 157 vta.). c) Por las particularidades del caso, la Administración tiene amplias facultades de optar en un sistema de selección por el agente que encuentre mayor capacitado para el ejercicio de un determinado cargo (fs. 157 vta.). Arguye que esa circunstancia resulta irrelevante para decidir el litigio en forma favorable a la pretensión, toda vez que los mentados precedentes no pueden importar limitación alguna a la competencia decisoria atribuida a la autoridad administrativa para decidir en torno a su pretensión (fs. 157 vta.). d) Los actos administrativos no resultan inmotivados y por ende ilegítimos (fs. 158). Aduce que la exigencia de suficiente motivación ha quedado cumplida en la especie, en tanto el acto cuestionado ha receptado la causa, sustentando el proceder de la autoridad administrativa en las normas legales que expresamente disponen la manera de calificar y ascender agentes del servicio a cargos como el pretendido (fs. 158). Apunta que los actos dictados lo fueron en el marco del correcto procedimiento llevado a cabo por la Administración, conforme la normativa aplicable, lo que demuestra sin más -en casos de selección o calificación como el de marras-, la legitimidad de los mismos (fs. 158). e) Eventualmente, el alcance de la condena resulta indebido (fs. 158 vta./159). Manifiesta que, dado que los principales fundamentos del juez de grado descansan en cuestionar la motivación de los actos, la condena sólo podría nulificar las resoluciones y remitir las actuaciones nuevamente a la Administración para que cumpla con la carga de motivar, dictando un nuevo acto (fs. 158 vta.). Ello así, pues la sentencia no puede válidamente otorgar un ascenso a la parte actora sin la intervención propia del organismo que tiene potestad exclusiva (en virtud de ley formal) y excluyente (en función del principio de división de poderes) para ello (fs. 158 vta.). IV. Habiéndose declarado su admisibilidad (arts. 55 inc. 1, 56, 57 y 58, CCA; fs. 146/152, 155/159, 160, 164/172, 174, 179, 183, 184 y 185/186), corresponde resolver sobre los fundamentos del recurso impetrado (fs. 187). V. Adelanto mi opinión tendiente a acoger el recurso de apelación deducido por la parte demandada y revocar la sentencia en crisis, pues el desacierto interpretativo y/o la errónea o insuficiente valoración de las circunstancias fácticas, probatorias y jurídicas que derivaron en la anulación y reconocimiento cuestionado, luce suficientemente demostrada. En ese sentido, comenzaré alegando que -a contrario de lo afirmado por el actor y en el pronunciamiento impugnado- asiste razón al Fisco cuando advierte que para tener derecho al ascenso y el consiguiente cobro de las diferencias salariales resulta insuficiente su asignación por el superior y su reconocimiento y/o acreditación a través de los elementos aportados, sino que debe existir un acto administrativo que así lo disponga con carácter retroactivo a la fecha en que se venían ejerciendo tales labores y/o se hallan acreditado las condiciones necesarias a tal fin. En ese sentido, del complejo normativo imperante, aun bajo el supuesto del ascenso o rescalafonamiento de oficio, la realidad es que deben cumplimentarse las condiciones reglamentarias vigentes, debiendo dictarse el pertinente acto administrativo a través de la autoridad competente. Es aquí donde yerra el iudex de

instancia al presuponer que la ?propuesta? del Jefe de Servicio o el ?nombramiento a través de la Resolución N° 3561/06? (publicada en el Orden del Día del servicio), conlleven la promoción automática y que este es el funcionario competente para dictar el acto administrativo pertinente (en forma análoga, CCALP causa N° 16619 ?Barroso Marcela Alejandra c/Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/Pretensión Anulatoria?, sent. del 5-04-16). En esa inteligencia, a fin de dilucidar el punto en cuestión, haré una breve reseña del marco normativo involucrado en autos. En primer lugar, cabe consignar que el Decreto Ley N° 9079 (Ley orgánica del Servicio Penitenciario) en sus artículos 4 y 11 determinan, respectivamente que ?El Servicio Penitenciario depende del Ministerio de Gobierno de la Provincia y a través de él recibe los mandatos que le sean impartidos por el Poder Ejecutivo? y que ?La Jefatura del Servicio Penitenciario será ejercida por un funcionario que designará al efecto el Poder Ejecutivo con la denominación de Jefe del Servicio Penitenciario (...)?.

También reconoce en su artículo 21 que ?La jefatura es el organismo técnico responsable de la conducción del Servicio Penitenciario. Bajo su dependencia funcionan los distintos organismos, institutos, unidades, dependencias y servicios, destinados a la custodia y guarda de los procesados, a la adaptación social de los condenados, como así al traslado de los internos, de conformidad con las distintas disposiciones legales y reglamentarias?. En su artículo 22 dispone que ?la fijación del destino y función del Personal corresponde al Jefe del Servicio Penitenciario, salvo en los casos de delegación por vía reglamentaria?. El artículo 23, precisa que al Jefe del Servicio Penitenciario compete: a) Conducir operativa y administrativamente el Servicio Penitenciario; f) Proponer al Poder Ejecutivo el ascenso del personal superior; y, g) Ascender, ad referendum del Poder Ejecutivo, al personal subalterno (la *itálica me pertenece*). Asimismo, el Decreto Ley N° 9578/80 establece el ?Régimen del Personal del Servicio Penitenciario?, fijando en sus artículo 67, subsiguientes y concordantes lo concerniente a los ascensos. El propio artículo 67 dispone que ?Los ascensos del personal serán al grado inmediato superior para cubrir las vacantes existentes dentro de los distintos escalafones conforme a las necesidades del Servicio, entre los agentes que cumplen el tiempo mínimo de permanencia en el grado y las demás condiciones que establezca la Reglamentación? (la *itálica me pertenece*). Por su parte, el Decreto N° 342/81 (reglamentario de la misma) estatuye: Artículo 28: El personal podrá cambiar de escalafón según se establece en la presente Reglamentación, cuando se encuentre en las condiciones requeridas por la misma, a efectos de cubrir las vacantes que existan en el Plantel Básico conforme a las necesidades del servicio, dentro de los escalafones ?Profesional y Técnico?, ?Administrativo? y ?Auxiliar?. El Plantel Básico de Personal se integra con la dotación necesaria de agentes para el cumplimiento de las misiones propias de las distintas áreas de la Repartición. Artículo 29: A propuesta de la Jefatura del Servicio Penitenciario, el Poder Ejecutivo dictará el acto administrativo que disponga la nueva situación de revista. Artículo 30: Los pases de escalafón se producirán a petición de parte o de oficio, y la decisión de la Jefatura del Servicio será irrecurrible. Artículo 43: En todos los supuestos de cambio de oficio, se proveerá una nueva vacante en el grado de su nueva situación de revista, para el ejercicio siguiente, a los efectos de contemplar los derechos de los otros integrantes del escalafón en su jerarquía. Artículo 44: Para admitirse el pase de un agente de un escalafón a otro, éste deberá acreditar una antigüedad mínima de tres (3) años en la Repartición. Cuando el pase fuere de oficio y las razones debidamente fundadas, se podrá exceptuar del presente requisito. De igual modo, los arts. 117 y subsiguientes del mentado Decreto, regulan los mismos pormenores en similar sentido. Asimismo, la Ley de Ministerio N° 14803 prescribe que: Artículo 10 inciso b, apartados: 7. Resolver todo asunto concerniente al régimen administrativo de sus respectivos Ministerios, ateniéndose a los criterios de gestión que se dictaren, y adoptar las medidas de coordinación, supervisión y contralor necesarias para asegurar el cumplimiento de las funciones de su competencia; 10. Implementar herramientas de evaluación de desempeño y políticas de incentivos para el personal a su cargo; y, 11. Implementar la carrera administrativa de todo el personal, velando por el cumplimiento de las normas vigentes en esta materia. Artículo 24, apartado 5 ?Organizar, dirigir y supervisar el régimen del Servicio Penitenciario y Patronato de Liberados, interviniendo en lo referido a los sistemas carcelarios, registros de reincidentes, régimen de liberados, amnistías y conmutación de penas?. Recordemos que la Ley N° 13757 contenía similares disposiciones en el punto. Por su parte, el Decreto N° 574/01 en su artículo 1 inciso 12), delega en los señores Ministros Secretarios la facultad de ?disponer ascensos, cambios de agrupamiento, reubicaciones y traslados de agentes dentro de cada jurisdicción, así como las ubicaciones previstas en el artículo 171 de la Ley 10.430?. De la reseña efectuada surge con claridad que, magüer tratarse de un (re)escalafonamiento o ascenso de oficio, lo cierto es que para que el mismo se concrete debían cumplimentarse las condiciones reglamentarias establecidas, correspondiendo sea efectuado por el Poder Ejecutivo (Ministro vía delegación), tal como inclusive lo reconoce el propio magistrado de grado invocando lo estatuido por la Ley N° 13677 (ver fs. 148 vta.). De allí que, asumiéndose como una propuesta lisa y llana o ad referendum, en ambos casos, será aquel quien en definitiva evalúe la existencia de vacantes, de razones fundadas, las necesidades del servicio, su mérito entre los demás agentes potencialmente escogibles, la dotación necesaria de personal en razón de las misiones propias de las distintas áreas de la repartición, entre otros pormenores (arts. 28, 117, 119 y concs., Decreto N° 342/81). Es decir, que el ascenso no operaba automáticamente ni en razón de su propuesta, sino que se hallaba supeditado a otros presupuestos legales y reglamentarios, conforme surge del plexo

jurídico reseñado que integraba (CCALP causas N° 12450 ?Zurita Miguel Ángel c/Ministerio de Seguridad s/Pretensión Restablecimiento o Reconocimiento de Derechos?, sent. del 30-08-12, entre otras). Luego, no habiendo sido de recibo la propuesta de oficio, dictada la resolución que resolviese su denegación, teniendo en consideración las circunstancias apuntadas en torno al alcance de la intervención del Ministro (aceptando o denegando la proposición y/o refrendando, pero en ambos casos escrutando las condiciones reglamentarias y dictando el acto pertinente), el tipo de cargo y las especiales circunstancias que rodean su selección y atribución, no cabe otra conclusión que desestimar la pretensión incoada. Más allá de las circunstancias apuntadas y su incidencia en la endilgada ausencia de motivación, cabe tener presente en el punto, el marco de atribuciones en que fue dictado el acto cuestionado (Ley N° 13677) y la inteligencia que nuestro máximo tribunal asignase a las mismas (CCALP causas N° 17161 ?Figuroa Juan Bautista c/Ministerio de Justicia s/Pretensión Anulatoria?, sent. del 5-04-16, entre otras). Asimismo, cabe consignar que en los considerandos de la Resolución N° 59/08 -por la cual se dispuso el ascenso de los Lione y Dicharri- se ha precisado que ?por otra parte, a foja 15 del expediente N° 21211-507850/07 agregado al presente, sin acumular y a fojas 1391, 1393, 1394 y 1395 el Jefe de Servicio Penitenciario Bonaerense dispuso el cese en el cargo por Retiro Efectivo Voluntario de los Agentes (...) y José Luis Rodríguez? (ver fs. 7 vta. del expediente administrativo N°21211-683920/08). Es decir, que el propio Jefe del Servicio Penitenciario había dispuesto la baja del mismo. Asimismo, complementando lo precisado, en la Resolución N° 970/09 que rechazase el recurso de revocatoria contra el acto mencionado, se precisa que ?(...) que el reclamo no puede prosperar, dado que al grado de Inspector General se llega exclusivamente por selección, fundándose la medida en la necesidad de la Institución Penitenciaria de cubrir las vacantes que se produzcan y, en el caso de autos, el Ministro no ha encontrado motivos para acceder al ascenso pretendido? (fs. 1429/1431 del expediente administrativo N° 21211-345172/06). De allí que, tampoco puede constatarse la existencia de discriminación cuando no se ha demostrado ni acreditado un propósito de tal índole, ni anularse un acto invocando la garantía de la igualdad, extremo que en las condiciones reglamentarias precisadas con anterioridad no reluce suficiente ni razonable (arts. 16 y concs., CN; 11 y concs., CP). VI. En mérito de los argumentos vertidos, estimo que corresponde acoger el recurso de apelación deducido por la parte demandada y revocar la sentencia impugnada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 1, 12, 50, 51, 77 inc. 1 y concs., CCA; 163, 384 y concs., CPCC). Así lo voto. A la misma cuestión planteada, la Dra. Milanta adhiere a los fundamentos y solución propuesta por el Dr. Spacarotel, votando en idéntico sentido. A la cuestión planteada, el Dr. De Santis dijo: Comparto el criterio del voto del Dr. Spacarotel, toda vez que la propuesta de ascenso por una autoridad sin competencia relativa (el superior inmediato) no constituye una circunstancia suficiente para la obtención del ascenso ni puede predicarse perfil automático para éste. Ello así, al amparo del complejo normativo analizado por el primer voto (Decreto ley n°9079, Decreto ley n°9578/80, Decreto reglamentario n° 342/81 y ley n° 14.803). Acompaño ese desarrollo. No obstante, agregó que el singular perfil del caso muestra en el actor una situación de retiro efectivo voluntario que habría clausurado sus posibilidades de ascenso en la carrera y a esa circunstancia, sobre la que la controversia no suscita debate, como impedimento particular y respuesta desfavorable al reclamo de discriminación que estima el juez de la causa. Ese fundamento luce expresamente como motivación suficiente del acto traído a proceso revisor (res. n° 59/08). Así, presto mi acuerdo a esa intervención y a la solución que proponen los votos antecedentes, con costas en el orden causado. Así lo voto. De conformidad a los votos precedentes, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, dicta la siguiente SENTENCIA Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede, se hace lugar al recurso de apelación deducido por la parte demandada y se revoca la sentencia impugnada en todo cuanto fuera materia de agravios, con costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 1, 12, 50, 51, 77 inc. 1 y concs., CCA; 163, 384 y concs., CPCC). Difiérese la regulación de honorarios para la oportunidad dispuesta por los artículos 31 y 51, decreto ley 8904/77. Regístrese, notifíquese y devuélvase al juzgado de origen oficiándose por Secretaría. Fdo. Gustavo Juan De Santis. Juez. Claudia A.M. Milanta. Juez. Gustavo Daniel Spacarotel. Juez. Dra. Mónica M. Dragonetti. Secretaria. 010755E