

Desviación De Poder Empleo Publico Peligro En La Demora

DOMINGO, 10 DE ENERO DE 2021

JURISPRUDENCIA

Desviación de poder. Empleo público. Peligro en la demora Se resuelve rechazar la cautelar interpuesta ya que no se acreditó en autos el peligro invocado, ni tampoco la irreparabilidad del daño derivado del riesgo de la demora.

Santa Fe, 27 de marzo de 2017. VISTOS: Estos caratulados ?MARTÍNEZ, Humberto Daniel contra MUNICIPALIDAD DE RECONQUISTA -R.C.A.- (103/16) sobre MEDIDA CAUTELAR? (Expte. C.C.A.1 n° 284, año 2016), venidos para resolver; y, CONSIDERANDO: I.1.a. El señor Humberto Daniel Martínez interpuso recurso contencioso administrativo contra la Municipalidad de Reconquista, tendente a obtener se deje sin efecto el decreto 16/16 en cuanto dispuso su despido, y se ordene el reintegro a sus funciones en la categoría 8, el pago de los salarios caídos y, en definitiva, el restablecimiento de la esfera jurídica vulnerada. Relató que en el año 2011 se dictó la ordenanza 6921 mediante la cual se creó el ?Programa para la Recuperación de la Dignidad del Trabajo y la Erradicación de la Precariedad Laboral? en la Municipalidad demandada; y que, asimismo, se creó el escalafón para asentar jerárquicamente ordenados a los sujetos comprendidos en el programa referido como base para la incorporación periódica y sistemática de los escalafonados en la planta permanente de la Administración municipal. Expuso que comenzó a prestar servicio en la Municipalidad de Reconquista el 1.1.2008, cumpliendo funciones en la Secretaría de Gobierno; que por decreto 296/08 fue designado como personal de gabinete afectado a la Oficina de Vecinales -hacía las notas de pedidos y reclamos de los vecinos, llevaba la agenda de las vecinales, conversaba con los vecinos-; que le ?pusieron una mesita al lado de la privada del señor Intendente; y que cumplía un horario de 7 a 13 horas y sueldo ascendía a \$1.200. Describió que entre el 1.12.2011 y 31.12.2011 ?se [le] confecciona un contrato de empleo público por tareas determinadas afectado a la Secretaría de Gobierno y Seguridad, pero las tareas, el sueldo y el horario que cumplía eran los mismos. Se [le] había dado la baja como personal de Gabinete?. Precisó que durante ?todo ese proceso de contrato? continuó en el Programa de Regularización; y que a través del decreto 380/15 pasó a integrar la planta permanente en la categoría 8, como empleado administrativo, desempeñándose en la Secretaría de Gobierno, Seguridad y Participación Ciudadana, afectado a la Oficina de relaciones vecinales -conforme resolución 422/15-. Señaló que el 12.1.2016 se dictó el decreto 16/16, mediante el cual se dejó sin efecto parcialmente el decreto 380/15 por el cual había sido designado en planta permanente, ?rescindiendo el vínculo laboral?. Detalló el reclamo en sede administrativa. Resaltó las ?supuestas irregularidades? expresadas en el decreto 16/16 para disponer su despido. Al respecto, indicó que el decreto impugnado lo considera personal de gabinete y no precarizado. Aseguró que no fue personal político, que jamás participó de alguna decisión de autoridad, que su cargo no estuvo predeterminado, que no fue asesor de ningún político, y que sus tareas podrían haber sido realizadas por cualquier otra persona; y que tampoco realizó funciones de colaboración a una determinada gestión. Adujo que sus tareas fueron comunes, de maestranza; que tal como lo determina la ordenanza de reestructuración estaba contratado desde diciembre de 2011; que de la naturaleza de las funciones que cumplía surge que las mismas encuadran en la ordenanza 6921/11; y que tanto las tareas como el sueldo eran las de cualquier contratado. Explicó que el estatuto municipal no exige la realización de concurso para el ingreso a las categorías más bajas, sino sólo la acreditación de la idoneidad del agente; que la ordenanza 6921/11 eliminó la exigencia del concurso previo por tratarse de un Programa de Regulación Laboral; que el 99 % de los actuales empleados municipales de planta permanente pasaron a esa condición sin rendir un concurso; y que muchos de los agentes que se encuentran en su misma condición no fueron despedidos. Rechazó que la potestad autoanulatoria de la Administración sea imprescriptible; dijo que no es cierto que el decreto 16/16 haya sido anulado, sino que se dejó sin efecto parcialmente; que los nombramientos fueron impugnados en forma parcial y extemporánea; refirió al artículo 12 de la ley 9286; consideró que no puede un decreto parcial despedirlo después de transcurrido los tres meses que establece la norma; y que ésto configura un precedente discriminatorio. Citó la causa ?Fernández Lavieri? de la Corte local e insistió en que se violó el debido proceso por cuanto su nombramiento no fue impugnado dentro de los tres primeros meses; y que, por lo tanto, su despido debió cumplir con la exigencia del sumario previo. Solicitó tutela cautelar, razón por la cual se forma la presente incidencia. b. En ese sentido pide que se suspendan los efectos del decreto 16/16 y se ordene su inmediato reintegro en la categoría 8, el pago de los salarios caídos y, en definitiva, el restablecimiento de su esfera jurídica vulnerada. Sostiene que la conducta de la demandada vulnera el derecho constitucional de trabajar, la estabilidad prevista en el artículo 15 de la ley 9286 ?que impide que los gobiernos de turno produzcan cesantías en masa?, y el artículo 1 de la ley 23.592 al haberse incurrido en una verdadera discriminación política. Con respecto a la admisibilidad de la medida intentada, observa que no existe otra vía judicial o administrativa eficaz debido a que la Administración municipal demandada, sin sumario ni trámite previo, lo despidió generando manifiestos e inmediatos perjuicios; que

su legitimación para accionar se basa en un interés legítimo amparado por normas constitucionales; y que existe un daño cierto de un perjuicio irreparable por cuanto perdió su derecho a percibir los haberes mensuales, de carácter alimentario e imprescindibles para su subsistencia y la de su familia. En cuanto a la verosimilitud en el derecho dice que la ordenanza 6921/11 -de creación del Programa para la Recuperación de la Dignidad del Trabajo-, y el decreto 450/14 -Erradicación de la Precariedad Laboral-, gozan de presunción de legitimidad, y que es manifiestamente arbitrario el decreto 16/16. Afirma que "su despido encubre una represalia por su militancia política allegada al intendente saliente"; que la mayoría de los agentes que ingresaron a planta con él se encuentran en su misma situación; y que la ley 23.592 protege a todas las personas "sin distinción" contra los comportamientos discriminatorios entre los que se encuentra la opinión política. Solicita un trato igualitario entre todos los empleados municipales. Asevera que exigirle el cumplimiento de un concurso previo supondría distinguir en donde la ley no lo hace y exigirle una carga no impuesta en las ordenanzas municipales ni exigida a los demás ingresantes. Plantea el caso federal; y solicita, en suma, se haga lugar a la medida cautelar. 2. Corrida vista a la demandada (f. 52), la contesta a foja 53/57, solicitando su rechazo, con costas. Preliminarmente denuncia la insuficiencia del mandato otorgado a los apoderados de la parte actora en tanto el poder no refiere a los actos administrativos cuya anulación se persigue ni individualiza correctamente la pretensión ni el objeto de la demanda. Luego de efectuar una detallada negativa, y reseñar la pretensión cautelar, asegura que fue legítimo el ejercicio de la facultad autoanulatoria. En ese orden, señala que el recurrente fue nombrado sin el cumplimiento del respectivo procedimiento de selección previo establecido en el régimen estatutario aplicable; y que ello no fue controvertido por el actor e incluso fue plasmado expresamente en los considerandos del decreto anulado -decreto 380/15-. Menciona que la exigencia de acreditación de idoneidad del agente tiene jerarquía constitucional y está expresamente contemplada en el artículo 10 de la ley 9286; y que dicho artículo guarda una estrecha relación con los artículos 3, 4 y 5 del anexo II de la referida ley en cuanto establecen el concurso público como sistema de selección basado en la concurrencia y en la igualdad. Cita jurisprudencia de la Corte local en tal sentido. Entiende que la gravedad del vicio que afecta el nombramiento del actor impide que haya adquirido estabilidad; cita doctrina al respecto y la causa "Bais" de la Corte provincial. Arguye que el actor expresa erróneamente que la ley 9286 no exige concurso para las categorías más bajas, pues el artículo 11 del anexo II del referido texto legal dispone que el ingreso al agrupamiento administrativo será por concurso y por la categoría 7; y que la ordenanza 6921/11 no puede derogar la referida exigencia prevista en la ley provincial citada. Concluye que nunca pudo designarse válidamente al señor Martínez en el cargo al que por medio de la presente medida cautelar pretende reincorporarse. Expresa que aunque las inconstitucionales disposiciones de la ordenanza 6921/11 se consideren aplicables, el recurrente está excluido expresamente de su ámbito de aplicación conforme lo establecido en su inciso 1 del artículo 9, debido a su condición de personal de gabinete al momento de ser nombrado en planta permanente. Transcribe parte del artículo 7 de la ley 9286 relativo a que el personal de gabinete cesará en sus funciones automáticamente al término de la autoridad en cuyo gabinete se desempeña; y cita la causa "González" de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia. Advierte que llama la atención que el recurrente niegue su condición de personal de gabinete cuando se benefició pocos meses antes de su ilegítima designación en la planta permanente con el referido aumento salarial dispuesto por el decreto 330/14, dirigido, precisamente, a regularizar la situación en las remuneraciones del personal de gabinete. Asimismo, argumenta en torno a la inexistencia de derechos adquiridos por parte del actor. En ese sentido, invoca las causas "Pagliettini" e "Ingeniero O. Diez" de la Corte local y la causa "Seta Hidrovial" de esta Cámara, en cuanto establecieron que a los fines de impedir formalmente el ejercicio de la potestad de anulación no resulta válido oponer el concepto de "derechos adquiridos", el cual en principio se asienta sobre la hipótesis de que el acto productor de tales derechos resulta legítimo. Refiere a la causa "González Palicio" de la Corte santafesina relativa a la imprescriptibilidad de la potestad autoanulatoria de la Administración. Aduce la inexistencia de *fumus boni iuris*, en cuanto no surge la presencia de una ilegitimidad capaz de desvirtuar la presunción de legitimidad de la que goza el proceder de la Administración. Asimismo, alega la inexistencia de *periculum in mora*, pues el recurrente no indica por qué una hipotética reparación posterior tomaría ilusorio su reclamo, ni señala las razones por las cuales la medida cautelar resulta necesaria para asegurar provisoriamente los efectos de la sentencia definitiva. Agrega que el actor tampoco identifica cuál es el daño concreto y efectivo que podría derivarse del tránsito por el proceso contencioso administrativo ordinario. Estima que no basta con la sola invocación de que una sentencia de mérito no sería idónea para reparar el perjuicio que produce el acto, sino que debe demostrarse que la posibilidad del daño irreparable es actual y concreto; y que el daño debe ser irreversible, difícilmente reparable, o de tal entidad que privaría de todo significado efectivo a la eventual anulación del acto. Finalmente, considera que las cuestiones a dilucidar exceden el conocimiento acotado del ámbito cautelar; y que la suspensión de los efectos del decreto 16/16 exige la valoración de hechos y de pruebas e implica la interpretación de normas, todo lo cual exorbita el limitado trámite cautelar. Introduce la cuestión constitucional; y pide, en suma, el rechazo de la cautelar, con costas. II.1. Lo aducido por la demandada en orden a la supuesta insuficiencia del mandato otorgado, no puede ser atendido en esta oportunidad. Es que, como reiteradamente

se ha señalado, cuestiones tales no son, en principio, susceptibles de ser dilucidadas por el Tribunal al decidir el pedido cautelar, sino, en todo caso, una vez agotados los controles y trámites pertinentes (Fiscalía de Cámara; Presidencia de Cámara; en su caso, la Cámara; interposición y trámite de excepciones, etc.), según criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia de la Provincia en autos ?Werffeli? (A. y S. T. 132, pág. 222), que este Tribunal ha hecho suyo en reiteradas oportunidades (?Sahd?, A. T. 1, pág. 336; ?Correo Argentino?, A. T. 2, pág. 482; ?Mascheroni Torriola?, A. T. 4, pág. 261; ?Veniselo?, A. T. 4, pág. 379; ?Galeota?, A. T. 6, pág. 78; ?Asselborn?, A. y S. T. 12, pág. 161; ?Liderar?, A. y S. T. 34, pág. 290; ?Metrocon?, A. y S. T. 41, pág. 167; entre muchos otros). Corresponde, pues, analizar la procedencia de pedido cautelar. 2. Tal como surge del relato precedente y de las constancias de autos, por medio del decreto n° 16/2016 el Intendente municipal anuló parcialmente el decreto n° 380/15, dejando sin efecto el nombramiento de la recurrente como personal de planta permanente (fs. 24/27). En las condiciones del caso, el acto impugnado habría sido dictado en ejercicio de la potestad administrativa de autoanulación, respecto de la cual en reiterados precedentes de la Corte Suprema de Justicia provincial ha sostenido -y esta Cámara compartido (?Ramos?, A. T. 4, pág. 52; ?Villamandos?, S. T. 7, pág. 326; ?Alarcón?, A. y S. T. 4, pág. 490; etc.)- que la concurrencia de las condiciones para el ejercicio de dicha potestad, y, en general, los aspectos vinculados al mismo, exceden, en principio y salvo que la facultad anulatoria aparezca ejercida de manera manifiestamente ilegítima, el limitado ámbito de discusión propio de las cautelares (A. y S. T. 99, pág. 277; A. y S. T. 107, pág. 473; A. y S. T. 120, pág. 92; A. y S. T. 132, pág. 257; A. y S. T. 136, pág. 431; ?Di Vito?, A. y S. T. 144, pág. 129; ?Cabrera?, A. y S. T. 164, pág. 295; ?Curatti?, A. y S. T. 164, pág. 335; ?Fazi?, A. y S. T. 166, pág. 361; y por esta Cámara en autos ?Ramos?, A. T. 4, pág. 52; ?Villamandos?, A. T. 7, pág. 326; ?Cassino?, A. y S. T. 3, pág. 14; ?Ávalos?, A. y S. T. 6, pág. 244; ?Michlig?, A. y S. T. 11, pág. 311; ?Asselborn?, A. y S. T. 12, pág. 161; ?Peresutti?, A. y S. T. 19, pág. 97; ?Luna?, A. y S. T. 20, pág. 87; ?Naon?, A. y S. T. 28, pág. 64; ?Ayala?, A. y S. T. 39, pág. 1; etc.), al requerir, en síntesis, una actividad de conocimiento más propia de una sentencia de mérito. En el caso, no se ha invocado razón alguna que autorice a apartarse de tales reiterados criterios. 3. En ese sentido, y en un examen liminar propio de esta etapa cautelar, no surge que tal potestad haya sido ejercida de un modo manifiestamente ilegítimo, siendo que, para así decidir, entendió, principalmente, que el ingreso del actor se habría producido sin concurso y que no habría sido un agente municipal precarizado ?en transición? en los términos de la ordenanza n° 6921/11, sino que habría pertenecido al personal de gabinete, aspectos, entre otros, cuya efectiva configuración será materia a dilucidar en la sentencia de mérito. Los restantes argumentos opuestos por el recurrente -que básicamente giran en torno al derecho a la estabilidad- suponen la previa dilucidación de si en los términos de la ordenanza 6921 podría haber ingresado a los cuadros de la planta de personal permanente, cuestión esta sobre la que, se reitera, se habría ejercido la aludida facultad de autoanulación. Por último, puede agregarse que el eventual transcurso del lapso previsto en el artículo 12 de la ley 9286, no mejora la posición del actor, ?puesto que la aplicación de esa norma supone haber superado la cuestión atinente a la validez de la designación?, aspecto que -conforme se ha dicho- corresponderá en su caso dilucidar en la sentencia de mérito (C.S.J.P.: ?Mendoza?, A. y S. T. 136, pág. 431; ?Piedrabuena?, A. y S. T. 136, pág. 435; ?Molina?, A. y S. T. 164, pág. 277; ?Curatti?, A. y S. T. 164, pág. 335; ?Centurión, A. y S. T. 13, pág. 93; tc.). A su vez, igual suerte desfavorable debe correr el pedido en cuanto sustentado en el vicio de desviación de poder. Es que, como es sabido, dicho vicio resulta particularmente extraño al conocimiento cautelar, en razón del carácter subjetivo que conlleva; o, parafraseando al Alto Tribunal local, porque ?el vicio de desviación de poder exige un mayor esfuerzo probatorio, pues no es común que surja del propio acto impugnado, sino de éste en su confrontación con otros elementos de prueba...? (?Solís?, A. y S. T. 137, pág. 167; ?Carrasco?, A. y S. T. 139, pág. 183; etc.). En tales condiciones, no puede considerarse que concurra en el caso la verosimilitud prevista en el artículo 14 de la ley 11.330. Por lo demás, reiteradamente ha señalado el Alto Tribunal local -en criterio que también se comparte (?Lobaiza?, A. T. 2, pág. 492; ?Cettour?, A. T. 7, pág. 314; etc.)- que la determinación de los alcances de los actos o circunstancias en base a los cuales se pretende derivar el carácter de personal permanente y, en consecuencia, la ilegalidad por violación al derecho a la estabilidad, ?es resultado de una labor interpretativa del derecho y los hechos que se comprueban en la causa, lo que obliga a desechar que pueda estarse ante una ilegalidad manifiesta (?Caillet?, A. y S. T. 106, pág. 313; ?Musre?, A. y S. T. 91, pág. 120; ?Herrera?, A. y S. T. 107, pág. 5; ?Varisco?, A. y S. T. 107, pág. 8; entre otros). Asimismo, ha expresado que, ?si, en verdad, el recurrente puede pretender la producción de determinadas consecuencias jurídicas que presuponen la existencia del derecho a la estabilidad, es materia que excede el limitado ámbito de discusión de la cautelar que se intenta y, en su caso, constituirá materia a decidir en la sentencia de mérito. Por ende, la ilegalidad -de existir- no se presenta con la evidencia exigida por la norma? (?Rossi?, A. y S. T. 95, pág. 14; ?Bregui?, A. y S. T. 155, pág. 329; entre muchos otros). En consecuencia, corresponde desechar la solicitud cautelar, a lo que tampoco es ajeno el claro contenido positivo de la medida y su definida incidencia para el futuro. En este aspecto, esta Cámara ha señalado que peticiones de tal naturaleza están sometidas a mayores exigencias y explicaciones en razón de qué excepcional circunstancia corresponde acceder a su otorgamiento con un alcance distinto, siendo insuficiente a esos efectos la sola mención al carácter

alimentario del crédito -tal el caso- (?Van Lacke?, A. T. 1, pág. 415; ?Mascheroni Torrilla, A. T. 4, pág. 261 ?Furini?, A. T. 5, pág. 238; entre otros). Aunque lo anterior basta para desechar el pedido, puede agregarse que no se acreditó en autos el peligro invocado, ni tampoco la irreparabilidad del daño derivado del riesgo de la demora. En cuanto a las costas, se estima justo imponerlas por su orden, ya que en las circunstancias del caso, puede considerarse que el actor tuvo razón bastante para litigar. Por ello, la Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 1 - integrada- RESUELVE: Rechazar la medida cautelar solicitada, con costas por su orden. Regístrese y hágase saber. Fdo.: FABIANO. PALACIOS. DRAGO (art. 26, ley 10.160). Di Mari (Sec) Notas: (*) Sumarios elaborados por Juris online

021520E