

## Empleo Publico Reencasillamiento Diferencias Salariales Ejercicio Real Y Efectivo De La Funcion

### JURISPRUDENCIA

### Empleo público. Reencasillamiento. Diferencias salariales. Ejercicio

real y efectivo de la función Se confirma la sentencia que hizo lugar a la demanda por diferencias salariales derivadas del ilegítimo reencasillamiento del actor, pues el derecho de los funcionarios o empleados a que se les reconozcan prerrogativas por el desempeño de cargos cuya jerarquía y retribución es superior o posee un tratamiento remuneratorio especial se consolida cuando media por parte de aquellos el ejercicio real y efectivo de la función correspondiente. En la ciudad de Buenos Aires, a los 31 días del mes de agosto del año dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo los señores Jueces de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, para resolver los recursos interpuestos contra la sentencia de primera instancia dictada en autos "Garmendia Bautista Emilio c/ EN -M° Economía- SAGP y A -Senasa s/ Empleo Público" y planteado al efecto como tema a decidir si se ajusta a derecho la sentencia apelada, el Señor Juez de Cámara, doctor Dr. Carlos Manuel Grecco dice:

I. La sentencia dictada a fs. 449/455 vta. estableció que de los elementos aportados surge la demostración de ilegitimidad en el acto de reencasillamiento del reclamante, por configuración del vicio de arbitrariedad. Admitió la acción impugnatoria articulada respecto de la Resol. Conjunta SENASA y Sec. Func. Pub. Nro. 21/02 y de la Decisión Administrativa 47 del mismo año, que había rechazado el recurso interpuesto por el aquí actor y reconoció al accionante el derecho al cobro de las diferencias salariales adeudadas, con más los intereses correspondientes según la tasa pasiva prevista por el Banco Central de la República Argentina. Por otro lado, el aludido fallo rechazó la pretensión actora respecto a la procedencia de una indemnización originada en el daño moral que ésta alega haber sufrido, en virtud de la conducta discriminatoria que endilga a la demandada. Contra dicho decisorio apelan ambas partes a fs. 457 y 459, respectivamente.

II. En su presentación de fs. 477/483 vta. la demandada se agravia de lo decidido respecto de la admisión sustancial de la pretensión, sosteniendo que la sentencia de primera instancia es arbitraria e irrazonable. En sustento de tal aseveración expone cuatro fundamentos. En primer lugar sostiene que no se aplicó a la solución del caso el derecho vigente, toda vez que no se tuvo en cuenta la entrada en vigencia del convenio colectivo de trabajo celebrado a través del Acta Acuerdo de fecha 3/11/2006, posteriormente homologada mediante el decreto 40/2007. Aduce además que su contraparte omitió solicitar la declaración de inconstitucionalidad de la ley 24.185, extremo que determinaría la improcedencia de su pretensión. En relación con este tópico, señala asimismo que la Sra. Juez de la anterior instancia incurrió, a su juicio, en una contradicción, pues en la parte dispositiva del decisorio recurrido se ordenó "practicar liquidación a fin de que se abonen las diferencias debidas desde la fecha de la R.C. 21/92 y hasta el momento del efectivo pago, En ella deberán incluirse y considerarse los ascensos que le hubieren correspondido al actor por el transcurso del tiempo y la normativa laboral (convenios colectivos) que resulte aplicable." Entiende que la mención a los convenios colectivos, como pauta para la elaboración de la liquidación exigida, no se condice con la falta de consideración de dichos acuerdos en el tratamiento de las demás cuestiones abordadas en la sentencia. Seguidamente argumenta que la sentencia ha considerado y valorado de manera indebida y errónea los elementos de prueba incorporados a la causa. En este caso esgrime que, según surge de los testimonios brindados y el informe pericial contable producido, la ubicación escalafonaria asignada al accionante fue acorde a la realidad de las tareas desempeñadas al momento de adoptarse tal decisión y que el desempeño del actor encuadra, a su vez, en la descripción -realizada en el decreto 40/2007- de las funciones propias de la jerarquía que actualmente éste ostenta. Culmina el apelante por resaltar que carece de trascendencia la circunstancia de que hubieran existido otros empleados que desempeñaban la misma tarea que el actor en el SENASA y que recibieron la ubicación escalafonaria que éste pretende, esto por cuanto la entidad contaba con la potestad discrecional para decidir de dicha manera, ponderando los antecedentes y aptitudes personales de cada agente. De tal manera que la decisión recurrida altera los parámetros adoptados por el Poder Ejecutivo al definir la estructura de la carrera administrativa invadiendo esferas que corresponden al ámbito de discrecionalidad de la Administración, cuyas decisiones de política administrativa en orden a la ponderación de las aptitudes del personal estatal no resultan justiciables.

III. A su turno, el accionante se queja, en la pieza que obra a fs. 467/475 vta., de que no fue admitido su reclamo respecto a la procedencia de la indemnización que requirió por haber sido objeto de discriminación y el consecuente daño moral que alega haber padecido. Se agravia también del criterio empleado por el a quo al imponerle afrontar el 20 % de las costas del proceso, en razón del rechazo parcial de la demanda, respecto a los rubros indemnizatorios precedentemente mencionados.

IV. Los agravios expresados por las partes fueron respondidos a fs. 485/486 por la demandada y a fs. 488/491 vta. por el actor. A fs. 492 se llamaron autos para dictar sentencia.

V. Por razones metodológicas y en tanto se ha cuestionado la decisión en su aspecto sustancial, corresponde dar en primer lugar tratamiento al

recurso interpuesto por la parte demandada. Siguiendo esta pauta, cabe tener presente que, en virtud de lo que resulta de los términos de la litis -especialmente los extremos reconocidos por la demandada y cuanto surge de las actuaciones administrativas referidas a los reclamos y recursos articulados por el accionante y decisiones emitidas-, ha de tenerse por cierto que mediante Resol. Conjunta SENASA y SFP Nro. 21 del 20/03/92, se dispuso el reencasillamiento del reclamante de autos en el nivel E -del Sistema Nacional de la Profesión Administrativa, aprobado por dec. 993/91-, articulando el interesado contra dicha decisión recursos de reconsideración y jerárquico a los fines de su inclusión en el Nivel D. El primer recurso fue objeto de rechazo definitivo mediante la Resolución Conj. SENASA y SFP Nro. 47/93, con lo cual se habilitó el tratamiento del recurso jerárquico, sin perjuicio de lo cual y ante la injustificada demora en su resolución, el actor presentó pronto despacho motivando que se configurase la figura del silencio de la administración, en los términos del art. 10 de la ley 19.549. Estas decisiones son objeto de cuestionamiento por parte del interesado quien las descalifica con fundamento en las tareas que efectivamente desempeñaba -en el Servicio Nacional de Sanidad y Calidad Agropecuaria bajo la denominación de "paratécnico", y que describe como funciones que requerían conocimientos y pericia en la aplicación de técnicas específicas, responsabilidad sobre resultados, cierta autonomía y control operativo de unidades de menor nivel. VI. A partir de las premisas fácticas establecidas, corresponde tratar en primer orden los agravios vinculados a la no consideración en la solución del caso de las previsiones incluidas en el convenio colectivo entrado en vigencia en el año 2007. Para comenzar no puede soslayarse que, tal como lo apunta la propia recurrente en su expresión de agravios (v. fs. 477 vta.), el mentado convenio entró en vigencia con posterioridad a la interposición de la demanda de autos. En este sentido, he de resaltar que la pretensión principal que persigue el accionante consiste en la declaración de nulidad de los actos administrativos mediante los cuales el SENASA, aplicando el régimen del SINAPA, redefinió su situación en el escalafón y, consiguientemente, se ordenase el pago de las retroactividades resultantes de que se reconociese su derecho a revistar en la categoría que entiende le corresponde. A la luz de esta precisión, no se percibe atendible el temperamento propuesto en el recurso en tratamiento, según el cual a partir de la celebración del nuevo convenio colectivo y ante la falta de cuestionamiento específico dirigido contra éste, habría devenido abstracto el reclamo originario interpuesto por el actor. Esto por cuanto, por una parte, el accionante ha sostenido, tanto en su recurso administrativo como en la presente acción, su voluntad de mantener su reclamo respecto a la modificación de su situación laboral que quedó configurada desde el dictado de la resolución Nro. 21/92 hasta el momento en que aprobó el indicado convenio colectivo, así como también no debe soslayarse que la voluntad de renunciar a este tipo de derechos no se presume y la interpretación de los actos que conduzcan a probarla debe ser restrictiva; además de que puede ser retractada hasta el momento en que tenga lugar su aceptación (arts. 874 y 875, CCiv.; y C.S.J.N., Fallos 318:2660; 326:3268). Al hilo de estas observaciones, el razonamiento desplegado en la sentencia de grado, en cuanto se contrastaron las tareas que desempeñaba el actor en aquel momento con la descripción que incluía el Anexo I del decreto 993/31 aparece, en principio, adecuado, más allá de las consideraciones que efectuaré seguidamente respecto a si, efectivamente, le correspondía que se le asignase la categoría "D" que reclama. VII. Sentado lo anterior y a los fines de analizar el aspecto medular de la cuestión, preciso es recordar que el SINAPA es un régimen de carrera administrativa sustentado en los principios de mérito, capacitación y sistemas objetivos de selección y productividad como mecanismo de ingreso y promoción de los agentes públicos (conf. esta Cámara, Sala V, Causa N° 19.374/99, "Pitetti María del Carmen c/E.N. - Jefatura de Gabinete - Resol. 356/98 s/empleo público", del 27/07/2005 y esta Sala, Causa N° 25.492/03, "Torre Luis Guillermo c/E.N.-Secretaría de la Función Pública - Resol. 37/91 Dto. 47/03 s/empleo público", del 31/05/2007) y que, en este orden, la recta inteligencia del art. 11 del dec. 993/91 determina que las tareas que deben ser tomadas en cuenta a los fines del reencasillamiento del personal, son aquéllas desempeñadas en forma permanente, no transitorias ni ocasionales (C.S.J.N., Fallos: 326:2390; esta Cámara, Sala V, Causa N° 19.374/99 cit. y esta Sala, Causa N° 26.897/97, "Arias Roberto Raúl c/ E.N.- Ministerio de Economía y O.S.P. - Resols. 37 y 51/91 s/empleo público", del 3/12/2007), habiéndose establecido en el Anexo I del citado precepto los lineamientos en cuanto a la estructura del sistema, los agrupamientos que lo integran, los sistemas de selección para acceder a ellos, las funciones ejecutivas, evaluación del desempeño, capacitación y retribuciones (conf. esta Cámara, Sala II, Causa N° 18.510/95, "Ballone Horacio P. c/E.N.- Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación s/amparo ley 16.986", del 26/03/1996 y esta Sala, Causa N° 26.897/97 cit.). Y a ello se debe añadir que -como principio general-, el derecho de los funcionarios o empleados a que se les reconozcan prerrogativas por el desempeño de cargos cuya jerarquía y retribución es superior o posee un tratamiento remuneratorio especial, se consolida cuando media por parte de aquéllos el ejercicio real y efectivo de la función correspondiente (conf. C.S.J.N., Fallos: 172:396; Marienhoff, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo", t. III-B, pág. 270/71, Nros. 966 y 967). Desde la perspectiva expuesta y tomando debida razón de las directivas empleadas a los fines de la evaluación de los agentes para el agrupamiento general (dec. 993/91 y Resolución SFP Nro. 112/91, Anexo II), estimo que en función de las tareas y desempeño que ha desarrollado el accionante de autos, según se deriva de la prueba producida, su reescalafonamiento en el nivel "E" dispuesto por la Resol. Conjunta Nro. 21/92, aparece como ilegítimo y no se encuentra debidamente justificado, con lo que

la decisión de reubicación en el nivel ?D? adoptada en primera instancia aparece arreglada a derecho, no resultando por ende admisible la queja formulada por la demandada. Ello así por cuanto, por un lado, los elementos de prueba arrimados a estos autos son verosímiles, contundentes y concordantes en orden al desempeño del aquí accionante en las funciones correspondientes a la categoría cuyo otorgamiento solicita (v. esp. declaraciones testimoniales de fs. 325 y vta., 327 y vta., 337 y vta. y 345 y vta., así como también el informe pericial de fs. 370/378, especialmente respuesta al punto ?b? y su aclaración de fs. 386). Que a la luz de tales circunstancias, cabe concluir, a mi modo de ver, en la ilegitimidad de la ubicación del reclamante en un nivel escalafonario que se advierte manifiestamente inapropiado a la jerarquía de las funciones desarrolladas y las responsabilidades asumidas y comprometidas en las mismas. Asimismo, ha de advertirse que frente a reclamos efectuados por el reencasillamiento que les fuera discernido, por parte de otros agentes que se desempeñaron en el mismo ente que el actor, cumpliendo funciones de análoga jerarquía y responsabilidad, la administración admitió los cuestionamientos y procedió a reubicarlos en el Nivel D (v. copia de la Resolución Conjunta Nro. 47/93 que obra a fs. 130/131; y pericia contable obrante a fs. 370/378, especialmente respuesta al punto ?f?). Por último, deviene igualmente pertinente poner de especial relieve que, tanto en relación de la Resolución Conjunta Nro. 21/92 mediante la cual se dispuso el reencasillamiento del actor, como así también respecto al decisorio aludido en el párrafo que antecede, en cuyo caso la demandada resolvió admitir los reclamos de otros agentes y rechazar el del accionante, la Sra. Juez a quo en la sentencia apelada (v. fs. 453 vta., segundo párrafo) y la Sra. Perito Contadora en la aclaración de su informe (v. fs. 386 vta.) han coincidido en indicar la ausencia de toda justificación o mención a criterio, pauta o parámetro alguno que permitiera analizar la razonabilidad de la ubicación escalafonaria impuesta. VIII. A esta altura del análisis, se debe señalar que, si bien es cierto que el reencasillamiento de los agentes pertenecientes a la Administración Pública constituye -en principio- un ámbito propio y exclusivo de la autoridad administrativa por encontrarse dentro de la llamada "zona de reserva", dado que es facultad del Poder Ejecutivo la de designar, remover o cambiar las estructuras escalafonarias de sus funcionarios, de acuerdo a lo preceptuado por el art. 99 inc. 1 CN; naturalmente esto no obsta a la actuación del Poder Judicial cuando se hubiere verificado la existencia de una arbitrariedad o ilegalidad manifiestas (conf. esta Cámara, Sala I, Causa N° 5835/96, ?Defazio de Sánchez Alicia B. c/E.N.-Ministerio de Justicia de la Nación - Dto. 1770/91 s/empleo público?, del 2/02/1999; Sala V, doct. Causa N° 19.374/99 cit. y esta Sala, Causa N° 38.053/98, ?Millara Oscar Rubén c/ E.N. -M.S. y A.S.- Resols. 107/92 y 320/98 s/empleo público?, del 14/03/2008). Así pues, y teniendo en cuenta los desarrollos expuestos en el considerando precedente, ha de concluirse en que el reescalafonamiento dispuesto por Resol. Conjunta Nro. 21/92, debe calificarse de ilegítimo, en tanto no cuenta con fundamentos fácticos suficientes como para sustentar la categorización allí formulada respecto del accionante de autos, habiéndose vulnerado el principio de legalidad (por su desajuste a las pautas establecidas en el art.13 del dec. 993/91), apareciendo el temperamento adoptado como irrazonable y arbitrariamente prescindente de la función efectivamente cumplida; a lo que se añade que las decisiones posteriores -que denegaron los recursos del accionante contra el escalafonamiento dispuesto- afectaron asimismo el principio de igualdad, al no reconocer al interesado el grado jerárquico que se asignó a otros agentes que se desempeñaron en la misma dependencia y cumpliendo funciones análogas. Ello impone -como correctamente se decidió en primera instancia- admitir las objeciones formuladas por el actor impugnante y disponer su reubicación en el nivel correspondiente, lo que conlleva a desestimar las quejas formuladas por la demandada contra la sentencia dictada en los aspectos sustanciales de la cuestión. IX. Para finalizar, en cuanto atañe a los agravios esgrimidos por la demandada, resta aclarar que la señalada falta de cuestionamiento a las disposiciones de la ley 24.185 en absoluto empecen al reconocimiento del derecho efectuado en la sentencia impugnada. Conclusión que se afina en el hecho de que la solución allí alcanzada se ha fundamentado de manera excluyente en la arbitrariedad de los actos individuales mediante los cuales la Administración aplicó, al caso particular que aquí se analiza, del régimen normativo general. Es decir que no se ha puesto en tela de juicio la validez de dichas normas, ni ello reviste carácter imprescindible a los efectos de la procedencia de la acción intentada. Por el contrario, en autos se ha ponderado la falta de razonabilidad del criterio empleado para aplicar tal regulación a la determinación de la situación específica del accionante, más aún en el considerando precedente se ha destacado la falta de apego en la conducta del SENASA en relación a una norma reglamentaria de la ley 24.185, como lo es el art.13 del dec. 993/91. A results de las consideraciones hasta aquí explicitadas, surge que corresponde el rechazo de la totalidad de los agravios volcados por la demandada en su pieza recursiva. X. Con relación a los agravios vertidos por la parte actora, trataré la primera queja de la accionante que versa sobre el rechazo del daño moral. En el caso de marras estamos ante una demanda contencioso administrativa que por un lado reclama la modificación del reencasillamiento efectuado y por ende impugna el acto administrativo definitivo que lo dispuso, y solicita además la reparación del agravio moral, rubro éste que encuadra en la responsabilidad del Estado derivada de su obrar ilícito, ya que el reescalafonamiento -en este caso erróneo, arbitrario y por ende ilegítimo- entra en la esfera de aquellos actos que el ente estatal realiza en cumplimiento de su función y en la esfera del derecho público. Estamos así ante una responsabilidad cuyo fundamento es objetivo (no interesa la culpa), y que reconoce como presupuesto fundamental la falta de servicio, la imputabilidad al

órgano, la relación de causalidad, y el daño (conf. esta sala, Causa N° 18.890/01, ?Ferreyra Carlos c/PNA y Otro s/daños y perjuicios?, del 7/12/09; Causa N° 38.038/00, ?Blanco Galvez Miguel Angel y Otros c/ Spolski Alberto y otro s/Daños y perjuicios?, del 13/05/08; Causa N° 7.986/2004, ?Pattyn María Rosa y otro c/EN-PNA y otro s/daños y perjuicios?, del 9/10/14; Sala IV ?Fernández Felicita c/ Policía Federal Argentina s/ daños y perjuicios?, del 12/06/07, temperamento receptado actualmente en el art. 3, ley 26.944). Luego, el daño moral es aquél que, a diferencia del material, se caracteriza por los padecimientos o molestias que hieren las afecciones legítimas de quienes lo sufren, y que su valuación no está sujeta a cánones estrictos. Corresponde por ende a los jueces de la causa establecer su procedencia, y en definitiva, el quantum indemnizatorio tomando en cuenta para ello, la gravedad de la lesión espiritual sufrida (esta Sala in re, ?Putallaz Victor Orlando c/ Estado Nacional -M° Justicia de la Nación- s/ daños y perjuicios?, del 14/06/2006; in re, ?Safdie Moisés c/ EN -M° Interior- Sec. Seguridad PFA s/ daños y perjuicios?, del 17/08/2007; in re, ?Mauro Horacio c/ EN M° Defensa -I.A.F.- Dto. 737/03 s/ personal militar y civil de las FFAA y de seg?, del 6/10/2011 e in re, ?Blanco Alberto c/ Anses s/daños y perjuicios?, del 18/02/2015). En consecuencia, se requiere que el sentenciante forme su íntima convicción respecto a que el hecho al que se le atribuye el carácter de generador (aquí representado por el incorrecto reescalafonamiento), tenga idoneidad suficiente para producir el daño moral que se alega, ya que el sufrimiento, el dolor no pueden ser objeto de prueba. De allí que un detenido examen de la causa me permite concluir que aquí la situación de incorrecto reencasillamiento afectó principalmente un derecho patrimonial el cual obtiene justa reparación con el resultado al que arriba el presente juicio. Repárese que no se verifican respecto de la persona del Sr. Garmendia acciones mortificantes por parte de la Administración, persecución ni menos aún cesantía encubierta. Asimismo no fue descalificado, ni retrogrado en su posición escalafonaria, continuando en el mismo cargo que ocupaba y percibiendo sus remuneraciones habituales. En efecto, la reclamación por este rubro tiene por objeto indemnizar el quebranto que supone la privación o disminución de aquellos bienes que tienen un valor fundamental en la vida del hombre (la paz, la tranquilidad de espíritu, la libertad individual, la integridad física, el honor). De manera tal que, si bien la determinación de su quantum depende del arbitrio judicial, a tales fines es necesaria la certeza de que ha existido. En el caso, con los elementos emergentes de las constancias de autos, no se ha formado convicción respecto de la aludida certeza. Concluyo así que debe confirmarse el rechazo dispuesto por la anterior instancia. XI. Finalmente, corresponde rechazar la queja de la accionante sobre las costas pues considero que el rechazo del rubro daño moral reclamado constituye un vencimiento mutuo (conf. art. 71, Cód. Procesal Civil de la Nación). En consecuencia y si mi voto fuera compartido, cabe la desestimación de los recursos articulados por las partes y la confirmación del fallo de primera instancia en todo cuanto ha sido materia de decisión y agravio. Los Dres. Jorge Esteban Argento y Sergio Gustavo Fernández adhieren al voto precedente. En virtud del resultado que informa el acuerdo que antecede SE RESUELVE: Rechazar los agravios vertidos por el actor y por la parte demandada, y confirmar la sentencia de fs. 449/455. Las costas de Alzada se deben imponer en sus respectivos recursos, a cada uno de los apelantes por resultar vencidos (art.68 CPCC). Regístrese, notifíquese y devuélvase. JORGE ESTEBAN ARGENTO CARLOS MANUEL GRECCO SERGIO GUSTAVO FERNANDEZ Cor relaciones V. L., S. L. R. c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración) - Juzg. Cont. Adm. y Trib. - N° 23 - 13/03/2015

019683E