



Provincia del Neuquén
Las Malvinas son Argentinas

Número:

Referencia: Recurso - Rocío Malen Aburto y otras agentes - EX-2021-01406212-NEU-DYAL#SGSP

VISTO:

El expediente electrónico EX-2021-01406212-NEU-DYAL#SGSP mediante el cual la señora **ROCÍO MALEN ABURTO Y OTRAS AGENTES** interpusieron recurso administrativo y el expediente electrónico asociado EX-2021-00800411-NEU-DESP#SAPPE; y

CONSIDERANDO:

Que el 25 de octubre de 2021 las señoras Rocío Malen Aburto, Ailin Elizabeth Coila, Alicia Mercedes Maliqueo, Ariana Esther Maliqueo y Daniela Ester Valdes Cayuñir interpusieron recurso administrativo ante el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén contra la Resolución N° 819/21 del Consejo Provincial de Educación (en adelante CPE), que las excluyó del listado de personas incluidas en las Resoluciones N° 340/21 y N° 347/21 del mismo organismo, que integran la nómina de personal para desempeñar reemplazos temporarios de auxiliares de servicio;

Que surge de los antecedentes que mediante las Resoluciones N° 340/21 del 17 de mayo de 2021 y N° 347/21 del 18 de mayo de 2021 el CPE designó como auxiliares de servicio en el escalafón único, funcional y móvil del Convenio Colectivo de Trabajo (en adelante CCT) - Ley 2890, en carácter de reemplazos temporarios, para la cobertura de las ausencias de auxiliares de servicio en los distintos establecimientos educativos y en las fechas allí establecidas a las personas individualizadas, respectivamente, en los documentos IF-2021-00548843-NEU-DESP#SAPPE, entre las cuales se encuentran mencionadas las requirentes, e IF-2021-00560060-NEU-DESP#SAPPE. Ello fue notificado a los directivos de las instituciones educativas de los trabajadores asignados a las mismas como reemplazos temporarios;

Que mediante Acta N° 008/21 del 31 de mayo de 2021 la Comisión de Evaluación de Concursos (en adelante CEC) del CPE dejó constancia de la reunión mantenida en la cual se trató la incorporación como reemplazos de un listado de personas entre las que no se encuentran las requirentes;

Que el 16 de junio de 2021 la Dirección Provincial de Recursos Humanos del Ministerio de Desarrollo Social y Trabajo emitió informe en el cual se dejaron asentadas diversas situaciones de gravedad relativas a maltratos hacia niños por parte de la señora Aburto;

Que mediante el Acta N° 009/21 del 22 de junio de 2021 se dejó constancia del tratamiento dado por la CEC del CPE al reclamo presentado por “... *Auxiliares de Reemplazos cuya designación fue suspendida y dadas de baja con fecha 8/6/21, por el Área de RRH del CPE...*”, entre quienes se encontraban las señoras Aburto, Coila y Valdes Cayuñir;

Que el 01 de julio de 2021 las requirentes efectuaron una presentación ante el Cuerpo Colegiado del CPE en la cual expusieron su situación en estos términos: *“En el Julio de 2019 concurrimos a la sede del CPE por una convocatoria a un llamado a inscripción para reemplazos temporarios, figura establecida en el CCT de Educación Ley 2890. Transcurrido casi 2 (dos) años de aquella inscripción se nos convoca a realizar reemplazos en distintos establecimientos educativos de la ciudad Capital, dicha convocatoria fue a través de la Dirección Provincial de Auxiliares de Servicio, dependiente de la Coordinación Provincial de Recursos Humanos. Por Resolución 340/21 emanada por este Organismo finaliza el trámite administrativo adecuado para el alta en el sistema, procediendo las Escuelas y Jardines a informar las novedades a los Distritos Escolares y estos a generar la liquidación de salario. Cabe aclarar que con Acta 20/19 la Comisión de Evaluación de Concurso aprueba el listado de la Ciudad de Neuquén”*;

Que continuaron relatando: *“Sin motivo alguno bajo el discurso de un inexistente "error administrativo" nos avisan desde los establecimientos donde cumplíamos funciones que desde la Coordinación de Recursos Humanos (...) se nos da la baja. En una clara violación a nuestra Convención Colectiva de Trabajo”*;

Que el 19 de julio de 2021 las requirentes impugnaron el Acta N° 009/21;

Que por Dictamen DICTA-2021-167-E-NEU-LYT#SAPPE del 22 de julio de 2021 la Coordinación de Legal y Técnica del CPE indicó: *“... esta Resolución, goza de estabilidad en los términos del art. 55 de la Ley 1284, motivo por el cual, se encuentra prohibida su revocación en sede administrativa, ya que la misma creó un derecho subjetivo a favor de los recurrentes...”* y sugirió remitir las actuaciones a la Comisión de Interpretación y Autocomposición Paritaria (en adelante CIAP) para que, en dicho ámbito y en virtud de su conformación mixta, se arbitren los mecanismos para restablecer a las requirentes en los cargos de conformidad a la Resolución N° 340/21 del CPE. Por su parte, en relación a la señora Aburto, recomendó que sea separada preventivamente de sus funciones hasta tanto se expida la CIAP;

Que el 27 de julio de 2021 se puso en conocimiento de la Coordinación de Gestión de Recursos Humanos del CPE y por su intermedio a la CIAP, lo resuelto por el Cuerpo Colegiado en torno a remitir las actuaciones al último organismo citado;

Que el 02 de agosto de 2021 el Secretario General de ATE interpuso recurso administrativo contra las Resoluciones N° 340/21 y N° 347/21 del CPE, solicitando asimismo que dicha presentación sea tratada por la CIAP;

Que luego de tratar los antecedentes y realizar un análisis de las cuestiones objeto del presente caso, mediante acta del 24 de septiembre de 2021 la CIAP ratificó lo expuesto en el Acta N° 009/21 de la CEC;

Que mediante Dictamen DICTA-2021-317-E-NEU-LYT#SAPPE del 01 de octubre de 2021 la Coordinación de Legal y Técnica del CPE, pese a lo dictaminado en su anterior intervención, concluyó rechazar el recurso administrativo interpuesto y modificar los anexos de las Resoluciones N° 340/21 y N° 347/21. En igual fecha por Resolución N° 819/21 el CPE rechazó los recursos administrativos interpuestos, ordenando modificar los Anexos de las Resoluciones N° 340/21 y N° 347/21 y excluir de los mismos a las requirentes, siendo ello debidamente notificado;

Que el 25 de octubre de 2021 las requirentes impugnaron la Resolución N° 819/21 del CPE, lo que originó el caso bajo análisis. En su presentación solicitaron que se declare la nulidad de dicha norma por vicios graves, se deje sin efecto su exclusión de las Resoluciones N° 340/21 y N° 347/21 y se les otorgue nuevamente el alta en sus puestos de trabajo;

Que sostuvieron que se desempeñaban como auxiliares de servicio en calidad de reemplazo temporario en distintos establecimientos educativos, habiendo sido designadas en distintos momentos del ciclo lectivo en curso, y que accedieron a sus puestos de trabajo conforme lo dispuesto en el CCT en igualdad de condiciones y con los mismos mecanismos que el resto de los trabajadores designados en el año;

Que asimismo expresaron que sorpresivamente fueron dadas de baja sin mediar explicación alguna y por tal motivo interpusieron recurso de revocatoria contra la nota del 22 de junio de 2021, por la cual indicaron que las pusieron en conocimiento de la decisión. Asimismo, expresaron que ello fue ratificado por Acta N° 009/21 de la CEC, que fue notificado electrónicamente el 08 de julio de 2021 y que no se brindó ningún tipo de fundamento para justificar aquellas bajas;

Que en ese contexto, señalaron que el CPE emitió la Resolución impugnada rechazando el planteo efectuado tras dar intervención a la CIAP e indicaron que el acto administrativo cuestionado señaló que no se encontraban en los listados que la CEC elevó al CPE, lo cual consideraron falso. Además, entendieron que se aplicó un procedimiento nunca utilizado hasta el momento y que la decisión de la baja constituía un acto administrativo discriminatorio que establece una diferencia entre las recurrentes y el resto de los compañeros auxiliares de servicio, lo cual implica una contravención al CCT;

Que finalmente sostuvieron que se evidencia una desproporcionalidad en el acto cuestionado y que la medida adoptada atenta contra sus derechos sociales al trabajo y al salario amparados por el artículo 14° bis de la Constitución Nacional y los artículos 37° y 38° de la Constitución Provincial, como así también en los tratados internacionales incorporados a la Carta Magna;

Que el 15 de marzo de 2022 las requirentes realizaron una nueva presentación ante el Poder Ejecutivo Provincial en igual sentido a la formulada con anterioridad;

Que a fin de brindar tratamiento al presente, cabe advertir que el objeto se circunscribe a analizar la legalidad de la actuación efectuada hasta esta instancia, conforme a lo dispuesto por los artículos 28° y 29° de la Ley 1284, y en tal sentido evaluar si resulta ajustada a derecho la Resolución N° 819/21 del CPE;

Que el marco legal aplicable es la Ley 1284, el CCT para el personal del CPE, cuyo Título III fue aprobado mediante Ley 2890 y homologado por la Subsecretaría de Trabajo mediante Resolución N° 021/13 del 02 de diciembre de 2013, y demás normas aplicables al caso;

Que asimismo, dentro del citado CCT su Título II, Capítulo 12, regula la figura del reemplazo temporario. Al respecto, de acuerdo al punto 2.2.4, la designación de un reemplazo temporario obedece a la necesidad de cubrir ausencias del personal auxiliar de servicios titular, con cumplimiento de tareas efectivas en establecimientos dependientes del Estado Provincial y que no pueden cubrirse por personal de planta del CPE;

Que a tales fines el CCT establece que existirá un listado de reemplazos temporarios para cada una de las localidades de la Provincia del Neuquén y que la confección de este listado será responsabilidad de la CEC. Por otra parte, se establece que el trabajador (reemplazo temporario) deberá cumplir con los requisitos previstos en el Título II del CCT y lo normado en el Capítulo III del Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública de la Provincia del Neuquén;

Que asimismo se dispone que el reemplazo temporario procederá exclusivamente durante la ausencia del titular por licencia por maternidad, embarazo, enfermedades oncológicas y/o físicas y/o para aquellos casos en que los agentes hayan sido, o deben someterse, a una intervención quirúrgica que justifiquen una licencia superior a los quince (15) días;

Que por su parte la CEC se encuentra regulada en el Título I, Capítulo 3, punto 3.4.1 del citado CCT, el cual determina la conformación de la misma y la designación de sus miembros;

Que su competencia se determina en el punto 3.4.2 del que surge que este órgano supervisa que todos los procesos sean administrados eficaz y transparentemente, entre otras atribuciones;

Que luego, corresponde destacar que el Decreto N° 519/17 autorizó al CPE a realizar las designaciones de reemplazos temporarios para la cobertura de auxiliares de servicios en establecimientos educativos, en el marco de las condiciones previstas en el CCT;

Que en primer término, se advierte que la Resolución N° 340/21 del CPE designó, entre otros trabajadores, a las recurrentes en el Agrupamiento Auxiliares de Servicio, en carácter de reemplazos temporarios. Debe subrayarse que el reemplazo se desempeñaría en el cargo por el término de la licencia del titular, conforme el artículo 2° de la referida norma;

Que concordantemente el CCT establece que esta figura no otorgará estabilidad en el cargo y su utilización procede en caso de licencia del titular. Asimismo, el CCT estipula que el trabajador designado como reemplazo sólo cumplirá servicios por el plazo del período escolar, conforme el Título II, Capítulo 12;

Que así, la Resolución mencionada goza de estabilidad en los términos del artículo 55° de la Ley 1284, motivo por el cual se encuentra prohibida su revocación en sede administrativa, ya que la misma creó un derecho subjetivo a favor de las recurrentes;

Que en este orden, este derecho generado consiste en desempeñarse como auxiliar de servicio en carácter de reemplazo temporario, el cual en esta instancia y en los términos de la Resolución N° 340/21 del CPE no puede ser desconocido;

Que de esta forma, si bien la CEC adoptó en el Acta N° 009/21 la determinación de dar de baja a las requirentes en sus cargos, este decisorio no puede válidamente dejar sin efecto la citada Resolución, en un todo de acuerdo con la opinión vertida por la Coordinación de Legal y Técnica del CPE en su primera intervención;

Que así, la Resolución N° 819/21 del CPE presenta un claro vicio en su objeto al vulnerar la estabilidad de la Resolución N° 340/21 del CPE, adoleciendo del vicio muy grave previsto en el inciso c) del artículo 66° de la Ley 1284, toda vez que ha transgredido la prohibición expresa prevista en el artículo 55° de la Ley 1284: *“Estabilidad: Es la prohibición de revocación en sede administrativa de los actos que crean, reconocen o declaran un derecho subjetivo, una vez que han sido notificados al interesado, salvo que se extinga o altere el acto en beneficio del interesado”*;

Que en consecuencia corresponde declarar la inexistencia de la Resolución N° 819/21 del CPE, con los alcances establecidos en los artículos 70° y 71° de la Ley 1284;

Que en este sentido la Cámara de Apelaciones local ha dicho: *“El acto jurídicamente inexistente es una especie de vía de hecho, ya que es aquel que se consuma mediante acto groseramente ilegítimo que carece de vigencia inicial”* (Cámara de Apelaciones Neuquén, Sala I, “Caminos del Comahue S.A contra Halliburton Argentina S.A. s/cobro sumario de pesos”, Expediente N° 496/2002, sentencia del 04/07/02);

Que a su vez, respecto de los caracteres de los actos inexistentes la doctrina ha dicho: *“... lo que se pregunta cuando se cuestiona la existencia de un acto jurídico no es la naturaleza del vicio que adolece, lo que es problema de nulidad; lo que se pregunta es si el acto tiene características tales que repugne a las valoraciones jurídicas ambientes, al extremo de hacer impracticable su acatamiento voluntario por las partes o la imposición de ese acatamiento por el juez ...”* (Esteban Imaz, "Teoría del acto inexistente", L.L., Tomo 89, pág. 896);

Que desde otro punto de análisis es necesario expresar que el CCT enuncia como un principio general el de no discriminación e igualdad de oportunidad y trato, conforme lo previsto en el Título I, Capítulo 1, punto 1. 2;

Que concordantemente el Capítulo 1, punto 1. 3. 1 establece que las partes (el Consejo y los Sindicatos) acordaron eliminar cualquier medida o práctica que produzca un trato discriminatorio o desigual entre los trabajadores fundadas en razones políticas, gremiales, entre otras;

Que siendo la designación de las recurrentes en el Agrupamiento Auxiliares de Servicio, en carácter de reemplazos temporarios, un acto administrativo regular que reconoció o declaró derechos subjetivos –a

desempeñar el cargo de auxiliares de servicio-, resulta irrevocable por la Administración Pública Provincial en sede administrativa;

Que por ello la única vía jurídica para dejar sin efecto dicho acto por ilegitimidad es interponer una acción de lesividad en sede judicial, previo a lo cual es necesaria una declaración de lesividad a los intereses públicos, mediante un acto fundado del Poder Ejecutivo Provincial;

Que el Código Procesal Administrativo de Neuquén - Ley 1305, legisla sobre la acción de lesividad en el artículo 13° en los siguientes términos: *“Cuando la Administración Pública acciona pretendiendo la anulación de los actos administrativos irrevocables debe declarar su carácter lesivo a los intereses públicos por razones de ilegitimidad mediante acto administrativo fundado y previo a la acción, emanado del Poder Ejecutivo o la autoridad superior de la Legislatura, Tribunal Superior de Justicia o Municipalidad, según el caso”*;

Que así, el Tribunal Superior de Justicia sostuvo que: *“... la Administración puede invocar su propia torpeza, volviendo sobre sus propios actos, con fundamento en asegurar mediante la extinción de actos ilegítimos, el restablecimiento de la juridicidad. Ahora bien, la acción de lesividad pretende evitar que la Administración se arroge la verificación unilateral de la legitimidad de un acto que ella misma ha dictado y, cuyos efectos, se han incorporado ya al patrimonio del administrado, obligándola a acudir al Poder Judicial...”* (TSJ, “Provincia Del Neuquén c/ Montiel, Marcela Beatriz s/ Acción De Lesividad”, Expediente N° 1342/04, Acuerdo N° 1.499 del 08/02/08);

Que asimismo el Tribunal Superior de Justicia ha dicho: *“Ahora bien, como ya lo sostuviera la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el recordado caso “Carman de Cantón”, la irrevocabilidad del acto en sede administrativa, se encuentra íntimamente relacionada con el carácter “regular” del acto, entendiéndose por tal, al que reúne las condiciones esenciales de validez (elementos esenciales del acto), puesto que “cuando el acto tiene color legal, aunque después su análisis demuestre violación de la ley, él engendra derechos aparentes, que si bien no tienen el vigor necesario para resistir su futura anulación, aparejan sin embargo el derecho a que su juzgamiento se realice con todas las garantías reales, y previas todas las pruebas necesarias...”* (cf. PTN, Dictámenes, 42:179, en igual sentido Fallos 258:299,301).” (Tribunal Superior de Justicia, Sala Procesal Administrativa, “Provincia del Neuquén c/ Palomo Juan Federico y Otros s/ Acción de Lesividad”, Expediente N° 1828/06, Acuerdo N° 40 del 12/04/2012);

Que en efecto, tal como fuera expresado, toda vez que la designación de las recurrentes constituye un acto regular irrevocable en sede administrativa, solo puede dejarse sin efecto mediante una acción judicial de lesividad, que exige como requisito de admisibilidad una declaración previa de lesividad por parte del Poder Ejecutivo Provincial;

Que en virtud de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas corresponde hacer lugar parcialmente al recurso administrativo interpuesto por las señoras Rocío Malen Aburto, Ailin Elizabeth Coila, Alicia Mercedes Maliqueo, Ariana Esther Maliqueo y Daniela Ester Valdes Cayuñir y declararla inexistencia de la Resolución N° 819/21 del CPE;

Que asimismo, corresponde declarar lesivo a los intereses públicos por razones de ilegitimidad el acto administrativo de designación de las impugnantes en el Agrupamiento Auxiliares de Servicio, en carácter de reemplazos temporarios en distintos establecimientos educativos, y remitir las actuaciones al CPE para que tome razón de lo resuelto e inicie la acción judicial de lesividad correspondiente, conforme a lo dispuesto por el artículo 13° de la Ley 1305;

Que por último se declara agotada la vía administrativa, dejando expedito el ejercicio de la acción judicial para el supuesto que las solicitantes se consideren con derecho a promoverla;

Que de conformidad se ha expedido la Asesoría General de Gobierno, mediante Dictamen DICFC-2022-69-E-NEU-AGG;

Por ello;

EL GOBERNADOR DE LA PROVINCIA DEL NEUQUÉN

D E C R E T A:

Artículo 1º: HÁGASE LUGAR PARCIALMENTE al recurso administrativo interpuesto por las señoras ROCÍO MALEN ABURTO, AILIN ELIZABETH COILA, ALICIA MERCEDES MALIQUEO, ARIANA ESTHER MALIQUEO Y DANIELA ESTER VALDES CAYUÑIR, y DECLÁRASE la inexistencia de la Resolución N° 819/21 del Consejo Provincial de Educación, en virtud de los fundamentos expuestos en los considerandos.

Artículo 2º: DECLÁRASE lesivo a los intereses públicos, por razones de ilegitimidad, el acto administrativo de designación de las impugnantes mencionadas en el artículo precedente en el Agrupamiento Auxiliares de Servicio, en carácter de reemplazos temporarios en los distintos establecimientos educativos.

Artículo 3º: REMÍTANSE las actuaciones al Consejo Provincial de Educación para que tome razón de lo aquí resuelto y proceda en consecuencia.

Artículo 4º: Notifíquese a las interesadas lo dispuesto en la presente norma.

Artículo 5º: El presente decreto será refrendado por el señor Ministro de Gobierno y Educación.

Artículo 6º: Comuníquese, publíquese, dese intervención al Boletín Oficial y archívese.