



Provincia del Neuquén
2024

Número:

Referencia: EX-2023-02234042- -NEU-DYAL#SGSP - RECLAMOS - GERMÁN OSVALDO TAPIA Y OTROS

VISTO:

El expediente electrónico EX-2023-02234042- -NEU-DYAL#SGSP y los expedientes electrónicos asociados EX-2023-02214800- -NEU-DYAL#SGSP, EX-2023-02198164- -NEU-DYAL#SGSP, EX-2023-02198338- -NEU-DYAL#SGSP, EX-2023-02198344- -NEU-DYAL#SGSP, EX-2023-02210316- -NEU-DYAL#SGSP, EX-2023-02209613- -NEU-DYAL#SGSP, EX-2023-02236188- -NEU-DYAL#SGSP, EX-2023-02297819- -NEU-DYAL#SGSP, EX-2023-02338512- -NEU-DYAL#SGSP, EX-2022-02378107- -NEU-EPAS, EX-2022-02376675- -NEU-EPAS, EX-2023-01810028- -NEU-EPAS, EX-2022-02378450- -NEU-EPAS, EX-2022-02375263- -NEU-EPAS, EX-2022-02375858- -NEU-EPAS, EX-2022-02376907- -NEU-EPAS, EX-2022-02375570- -NEU-EPAS, EX-2022-02378681- -NEU-EPAS y EX-2022-02376271- -NEU-EPAS mediante los cuales el señor **GERMÁN OSVALDO TAPIA Y OTROS** interpusieron reclamos administrativos; y

CONSIDERANDO:

Que en los meses de septiembre y octubre de 2023 los señores Germán Osvaldo Tapia, Nelson Alejandro Benigar, Néstor Daniel Arias, Fabián Edgardo Albornoz, Luis Baltazar Navarrete, Oscar Alfredo Rebolledo, Eduardo Enrique Méndez, Pedro María Vega, Carlos Abel San Martín y Ceferino Antonio Basoalto interpusieron reclamos administrativos ante el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén contra las Resoluciones N° 840/23, N° 779/23, N° 798/23, N° 841/23, N° 837/23, N° 778/23, N° 839/23, N° 838/23, N° 842/23 y N° 832/23 del Ente Provincial de Agua y Saneamiento (en adelante EPAS), respectivamente, mediante las cuales se rechazó la pretensión de reconocimiento de la antigüedad en la Empresa Neuquina de Servicios de Ingeniería Sociedad del Estado (en adelante ENSI SE), y la liquidación del adicional correspondiente con sus intereses;

Que en sus respectivas presentaciones, los requirentes solicitaron el reconocimiento de su antigüedad en la ENSI SE para el cálculo de la antigüedad administrativa, que se reliquide dicho adicional estipulado en el Convenio Colectivo de Trabajo desde que se incorporaron al EPAS y el pago de la diferencia con los intereses. Además, solicitaron la nulidad de las Resoluciones mencionadas anteriormente;

Que asimismo, manifestaron que ingresaron a trabajar en EPAS en fecha 01 de noviembre de 2019 e indicaron la antigüedad que ostentaban en la empresa ENSI SE a dicha fecha;

Que todos ellos invocaron a su favor el Convenio Colectivo de Trabajo (en adelante CCT) para el personal del EPAS y la Ley 2265, y afirmaron que la ENSI SE es una empresa del Estado Provincial por lo que la

antigüedad en aquella debía computarse a los efectos del adicional pretendido. Sostuvieron que las Resoluciones impugnadas carecen totalmente de fundamentos resultando incausadas y, consecuentemente, indican que deben ser declaradas nulas;

Que surge de los antecedentes que mediante Decreto N° 891/19 del 31 de mayo de 2019, se autorizó al Directorio del EPAS a iniciar el proceso de búsqueda de personal dentro de la Administración Pública Provincial y del personal del sector público no financiero del Estado Provincial, para los puestos de trabajo necesarios que figuraban en el Anexo Único de dicha norma;

Que el mencionado acto administrativo en sus considerandos expresó: “...*el Ente Provincial de Agua y Saneamiento (E.P.A.S.), gestiona la incorporación del personal necesario para la normal operación y mantenimiento de la Planta de Tratamiento de Líquidos Cloacales y de las redes colectoras de la localidad de Chos Malal (...); Que tales servicios se encuentran contratados a la empresa ENSI S.E. en la conservación, reparación y operación del sistema de cloacas de la localidad de Chos Malal; Que en función del análisis de costos operativos, se ha instruido al Ente Provincial de Agua y Saneamiento a prestar el servicio con personal propio, siendo indispensable para mantener en óptimas condiciones el sistema de saneamiento de la localidad de Chos Malal...*”;

Que por Resolución N° 720/19 del 30 de octubre de 2019 el Directorio del EPAS aprobó el resultado del concurso interno y designó a los ganadores en los cargos requeridos, encontrándose mencionados los reclamantes;

Que seguidamente, por Decreto DECTO-2022-83-NEU-GPN del 17 de enero de 2022 se designó en la planta permanente del EPAS a cuarenta y ocho (48) agentes, luciendo allí los impugnantes;

Que el 28 de noviembre de 2022 los presentantes interpusieron reclamo administrativo ante el EPAS solicitando que se reconozca su antigüedad laboral en la empresa ENSI SE y la liquidación del adicional por antigüedad desde su incorporación al ente provincial;

Que en fecha del 15 de agosto de 2023 la Gerencia de Recursos Humanos de la Coordinación General del EPAS informó en cada uno de los reclamos presentados: “...*que se debe rechazar la solicitud que se manifiesta en el presente expediente, debido a que todo el personal que se incorpora al organismo mediante el proceso de concurso, ingresa en nivel inicial y desde ese momento se computa su antigüedad administrativa dentro del Ente*”;

Que previo dictamen legal del servicio jurídico permanente, por Resoluciones N° 840/23, N° 779/23, N° 798/23, N° 841/23, N° 837/23, N° 778/23, N° 839/23, N° 838/23, N° 842/23 y N° 832/23 emitidas en el mes de agosto de 2023 por EPAS, se rechazaron los reclamos interpuestos;

Que continuando con la vía impugnativa, los presentantes interpusieron nuevo reclamo administrativo ante el Poder Ejecutivo de la Provincia del Neuquén contra los mencionados actos administrativos, lo que originó el caso bajo análisis;

Que consta en los antecedentes reconocimiento de servicios de la Administración Nacional de la Seguridad Social (en adelante ANSES) y recibos de sueldos emitidos por la ENSI SE, respecto de cada uno de los reclamantes. Asimismo, luce reporte del sistema RHProNeu en el que se indica la antigüedad de cada solicitante en la Administración Pública Provincial detallándose -en todos los casos- otra antigüedad en período anterior con concepto “privado”;

Que la Asesoría General de Gobierno en fecha 20 de febrero de 2024 solicitó, en el marco de los reclamos presentados, la intervención a la Comisión de Interpretación y Aplicación del Convenio Colectivo de Trabajo (en adelante CIAC). A razón de ello, obran digitalizadas las Actas N° 84, N° 85, N° 86, N° 87, N° 88, N° 89, N° 90, N° 91, N° 92 y N° 93 de la CIAC, todas ellas del 27 de mayo de 2024;

Que a fin de brindar tratamiento al presente cabe advertir que el objeto se circunscribe al control de

legalidad de la actuación efectuada hasta esta instancia, de conformidad a lo dispuesto por los artículos 28° y 29° de la Ley 1284, en tal sentido se procederá a analizar si las Resoluciones N° 840/23, N° 779/23, N° 798/23, N° 841/23, N° 837/23, N° 778/23, N° 839/23, N° 838/23, N° 842/23 y N° 832/23 emitidas por EPAS resultan ajustadas a derecho;

Que el marco legal aplicable es la Ley 1284 de Procedimiento Administrativo; la Ley 1763 de creación del EPAS; la Ley 2564, posteriormente modificada por Ley 3193 mediante la que se aprobó el Título III del CCT para el personal del EPAS, homologado por Resolución N° 4/19 del 21 de marzo de 2019 de la Subsecretaría de Trabajo, e integró dicho Convenio a la Ley como Anexo Único; la Ley 2265 de Remuneraciones y Decretos N° 878/78 y N° 2023/94; el Estatuto del Personal Civil de la Administración Pública de la Provincia del Neuquén (en adelante EPCAPP); la Ley 1827 de creación de ENSI SE; y demás normativa aplicable al caso;

Que de conformidad con los antecedentes administrativos, los impugnantes solicitan el reconocimiento de su antigüedad laboral en ENSI SE a los fines de la percepción del adicional por antigüedad contemplado en el artículo 112° del CCT - Ley 3193;

Que respecto de la bonificación prevista en dicho artículo, el Convenio remite al EPCAPP que en su artículo 47° reza: *“El personal tendrá derecho, de acuerdo con las disposiciones que rijan en la materia, a los beneficios siguientes: (...) f) Bonificación por antigüedad”*;

Que en cuanto a las condiciones para la percepción, el CCT – Ley 3193 remite a la Ley 2265 de Remuneraciones, que en su artículo 3° dispone: *“El personal comprendido en el artículo 1°, incisos B y D de la presente Ley, percibirá en concepto de adicional por antigüedad por cada año de servicio, a partir del mes siguiente a la fecha en que cumpla el año, la suma equivalente al seis por mil (6 0/00) de la asignación de la categoría de revista más una suma fija equivalente al dos con doce centésimos por ciento (2,12%) de la asignación de la categoría AUD para el personal alcanzado por el inciso D y del sueldo básico del grado de agente -HS2- para el personal alcanzado por el inciso B...”*;

Que dicho artículo continúa: *“...La determinación de la antigüedad total de cada agente se hará sobre la base de los servicios no simultáneos cumplidos en forma ininterrumpida o alternada en organismos nacionales, provinciales o municipales. El mencionado cómputo no podrá exceder el 31 de diciembre de 1995, dejando de aplicarse esta restricción a partir del 1 del mes siguiente a la sanción de la presente Ley, determinándose el cómputo con la totalidad de la mencionada antigüedad. No se computarán los años de antigüedad que devengan un beneficio de pasividad. Para el personal alcanzado por el artículo 1°, inciso D, que tenga asignada categoría referencial o le sea de aplicación lo dispuesto en el artículo 44 de esta Ley, el componente variable del seis por mil (6 0/00) se calculará sobre la categoría referencial o subrogada.”*;

Que los reclamantes argumentaron que reúnen las condiciones para percibir el adicional por antigüedad, en virtud del tiempo que prestaron servicios en ENSI SE y el tiempo transcurrido desde que ingresaron a EPAS;

Que de acuerdo con las constancias que los impugnantes acompañaron, fueron empleados de la empresa ENSI SE entre enero de 2006 y octubre de 2019. A su vez, de las constancias de ANSES acompañadas se desprende reconocimiento de servicios “Empresa” por el mismo período;

Que en dicho contexto, resulta insoslayable analizar el marco legal de ENSI SE y el empleo público;

Que la Ley 1827 creó la ENSI SE y aprobó el Estatuto de la empresa. Según el artículo 1° de este último documento: *“Con la denominación de ENSI SE (Empresa de Servicios de Ingeniería Sociedad del Estado), se constituye esta Sociedad de acuerdo con los términos de la Ley 20.705, rigiéndose por sus disposiciones, las demás normas legales y reglamentarias vigentes y el presente Estatuto Social, hallándose expresamente excluida de la aplicación de la Ley de Contabilidad de la Provincia del Neuquén, conforme a lo dispuesto por el artículo 1° de dicha Ley.”*;

Que el capital de la empresa se encuentra integrado en un cincuenta y un por ciento (51%) por la Provincia del Neuquén, y en un cuarenta y nueve por ciento (49%) por la Comisión Nacional de Energía Atómica (CNEA);

Que respecto de los empleados, el Convenio General de ENSI SE, aprobado por la Ley 1827, en la cláusula primera estableció: “*ENSI SE se dictará su propio régimen laboral y remunerativo dentro de las normas del derecho privado...*”;

Que cabe destacar que los operarios técnicos se vinculan con la firma a través de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante LCT), constituyendo un vínculo laboral entre privados. Por tal motivo, en el sistema RHProNeu se encuentra registrado como “privado” el tiempo que los impugnantes trabajaron en ENSI SE;

Que con igual interpretación, la doctrina ha expresado: “*En el régimen de la ley 20705 las sociedades del Estado son entidades descentralizadas, tienen pues, patrimonio y personalidad jurídica propia, y se caracterizan por ser entes íntegra y expresamente estatales sometidos principalmente al derecho privado. Se trata de la incorporación de una actividad comercial e industrial del Estado, sin someterla sin embargo a las formas de derecho público. Es una modalidad moderna de descentralización diversa de los tipos tradicionales (autarquías y empresas del Estado), en que si bien el ente es puramente estatal, está sometido a un régimen mercantil común*” (DROMI, José Roberto y KELMELMAJER DE CARLUCCI, Aida. “Sociedades del Estado: Concepto, clases y Caracteres”, <https://www.um.edu.ar/ojs2019/index.php/Idearium/article/view/769>);

Que la jurisprudencia local ha dicho: “*...lo cierto es que indudablemente no nos encontramos, en el caso, ante el ejercicio de una actividad puramente administrativa del Estado sino que, en realidad, se trata de su actuación como empresario, asumiendo un papel competitivo frente a la empresa privada. Tampoco puede hablarse, en los supuestos contemplados, de una relación de empleo público de los actores con su empleadora. Así, al decir de Dromi, en la obra ya citada, pág. 321, "el personal directivo reviste calidad de agente público en tanto sus vínculos con la sociedad, e incluso con el Estado, principal titular de la Sociedad, son de Derecho Público. El personal no directivo, subalterno, de obreros y empleados, se sujeta, por el contrario, a un vínculo privado. Correlato de la cual, culmina diciendo el mismo autor que "la fiscalización judicial de la actividad desarrollada por las Sociedades del Estado, en tanto se rige principalmente por el Derecho Privado, civil, comercial, laboral, etc. es decir, que no se aplican normas de Derecho Público, la competencia es de los Tribunales Ordinarios, y los conflictos se tramitan por vía procesal civil, comercial o laboral, o sea que no se aplican las normas del proceso administrativo" (pág. 324 obra citada)...*”;

Que continúa: “*En el caso de autos la relación contractual no puede considerarse en el marco del empleo público, no gozaba de estabilidad propia ni se rigió por el derecho administrativo, y por ende no resulta sustentable la postura de la recurrente en cuanto pretende incluirla en la comprensión de “sector público” excluido de la aplicación de la normativa de emergencia*” (MAYORQUIN FABIAN GUILLERMO J. C/ ALTEC S.E. S/ COBRO DE HABERES”, EXP N° 306789/4, Juzgado Laboral N° 1, Sentencia del 08/05/2008);

Que en otro orden de ideas, en relación a los requisitos para acceder a la bonificación por antigüedad, cabe destacar que los presentantes comenzaron a desempeñar tareas en EPAS como consecuencia de la participación en un concurso, el que en un principio les dio la posibilidad de revestir el cargo asignado por un período de prueba (Decreto N° 891/19 y Resolución N° 720/19 del EPAS) y luego, obtuvieron el otorgamiento de la planta permanente en la categoría y nivel previsto en el Decreto DECTO-2022-83-E-NEU-GPN;

Que así, resulta importante mencionar que no surge de las actuaciones que el mencionado Decreto haya sido impugnado, en momento alguno, por los reclamantes;

Que sin perjuicio de ello, es importante analizar a la luz de la legislación local y de la articulación

convencional del artículo 6° de la Ley 3193 - CCT, los requisitos condicionantes para acceder a la bonificación pretendida y si los mismos se encuentran reunidos por los requirentes;

Que en este sentido, el CCT – Ley 3193, en el artículo 112° remite al artículo 47° inciso f) del EPCAPP para invocar el beneficio y a la Ley 2265 de Remuneraciones para su determinación. Por su parte, el Decreto N° 878/78 -reglamentario del inciso f) artículo 47° del EPCAPP-, estableció un procedimiento necesario para acceder a la bonificación por antigüedad: *“Establécese que la documentación probatoria para el reconocimiento de la bonificación por antigüedad indicada en el artículo 3° de la Ley n° 922/77, deberá ser presentada ante la Unidad Sectorial o Departamento de Personal correspondiente, dentro de los 60 días del efectivo ingreso del Agente a la Administración Provincial”*;

Que los presentantes realizaron los reclamos para el reconocimiento de la bonificación por antigüedad, transcurridos tres (3) años desde su ingreso en la Administración Pública Provincial;

Que continuando, el Decreto mencionado dispuso en su artículo 3°: *“La documentación presentada fuera del término fijado en el artículo 1°, dará lugar al reconocimiento de la bonificación a partir de su presentación, sin derecho a retroactividad”*; dicho requisito no se encuentra cumplimentado por los reclamantes;

Que a su vez, sobre la misma bonificación el Decreto N° 2023/94, en su artículo 1°, reza: *“ESTABLECESE que el reconocimiento de servicios para el pago del adicional por antigüedad y el otorgamiento de licencia anual ordinaria, operará contra la presentación de la correspondiente certificación de servicios y remuneraciones y cesación de servicios extendida por los organismos de la Administración Pública Nacional, Provincial -centralizada o descentralizada-, o Municipal en que se hallan prestado los mismos e indicándose el N° de Expediente otorgado por el Organismo ante el cual se solicitó el reconocimiento. Dicho requisito no será exigible para los servicios prestados en Organismos de la Administración Pública Provincial por los cuales se hallan efectuado aportes al Instituto de Seguridad Social de Neuquén”*;

Que seguidamente, su artículo 2° prosigue: *“A los efectos del reconocimiento establecido en el Artículo 1° en lo que respecta al otorgamiento de licencia anual ordinaria, los servicios prestados en el ámbito privado deberán ser reconocidos por la Caja Previsional a la que correspondan.”*;

Que de las constancias del trámite surge que la certificación de servicios y aportes de los presentantes, fue extendida por la ANSES. Es decir, no tienen aportes previsionales realizados a la caja del Instituto de Seguridad Social del Neuquén (en adelante ISSN) debido a que el vínculo laboral entre ENSI SE y los reclamantes, se regía por la LCT. No obstante ello, en las certificaciones ANSES no consigna como empleador a la Administración Pública, Nacional ni Provincial;

Que en consonancia con lo expuesto, la Ley 611 estableció en el artículo 18° la obligatoriedad de aportes al ISSN para todos los funcionarios, empleados, agentes que presten servicios para la Administración Pública Provincial: *“Están obligatoriamente comprendidos en las disposiciones del régimen previsional de la Provincia, aunque la relación de empleo se estableciere mediante contrato a plazo: a) Los funcionarios, empleados y agentes que en forma permanente o transitoria desempeñen cargos o funciones aunque fueran de carácter electivo, en cualquiera de los Poderes del Estado provincial, sus reparticiones u organismos centralizados, descentralizados o autárquicos, empresas del Estado provincial y servicios de cuentas especiales u obras sociales; b) El personal policial con funciones de seguridad, defensa y bomberos. Quedan excluidos del régimen previsional de la Provincia los menores de dieciséis (16) años”*;

Que así, de lo expuesto y los antecedentes enunciados se infiere que este requerimiento legal tampoco se encuentra reunido, debido a que el vínculo laboral se regía por el derecho privado y, por tal motivo, los aportes previsionales fueron derivados a la caja de ANSES;

Que por ello, resulta importante reiterar que difiere el cómputo de la antigüedad a efectos de las licencias, respecto al de la bonificación por antigüedad;

Que del cotejo del CCT – Ley 3193, artículos 32° y 112°, y del EPCAPP, artículos 47° inciso f) y 55°, surge una interpretación similar, y no caben dudas que el Decreto N° 2023/94 luce más ilustrativo y simplificó el requisito en torno a reconocer los servicios prestados en el ámbito privado, computables a los fines de conceder la licencia anual u ordinaria;

Que en otro orden, resulta de suma importancia destacar lo manifestado en fecha 15 de agosto de 2023 por la Gerencia de Recursos Humanos de EPAS: “... *que se debe rechazar la solicitud que se manifiesta en el presente expediente, debido a que todo el personal que se incorpora al organismo mediante el proceso de concurso, ingresa en nivel inicial y desde ese momento se computa su antigüedad administrativa dentro del Ente*”; dicha situación -que no ha sido cuestionada- y los ingresos, han sido conforme al CCT - Ley 3193;

Que finalmente, y por todo lo expuesto, siendo la percepción de una bonificación una forma de motivar y recompensar a los empleados por su desempeño excepcional o contribuciones significativas, es importante que para el otorgamiento estén claramente cumplidos todos los requisitos solicitados, a efectos de su aplicación justa y equitativa para todos los empleados, no encontrándose ello plasmado en las presentes peticiones;

Que de este modo, cuando el objetivo ha sido otorgar un beneficio excepcional se realizó un reconocimiento expreso, tal el supuesto del artículo 55° del EPCAPP u otros casos similares, como el previsto en la Ley 2364. Asimismo, en este sentido, cabe destacar que el artículo 32° del referido CCT, a efectos de las licencias, indica: “*De la Antigüedad. A los fines del cómputo de la antigüedad se sumarán los años de servicios prestados a la Administración Pública Nacional, Provincial, Municipal o en entidades privadas a partir del reconocimiento de aportes certificando servicios, remuneraciones, efectuado por la respectiva Caja de Previsión Social. En caso de que dentro del año calendario, el trabajador cumpliera una antigüedad que diera derecho a un término mayor de licencia anual, se computará el término mayor para el otorgamiento de la licencia respectiva.*”;

Que en virtud de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas, corresponde rechazar en todos sus términos los reclamos administrativos interpuestos por los señores Germán Osvaldo Tapia, Nelson Alejandro Benigar, Néstor Daniel Arias, Fabián Edgardo Albornoz, Luis Baltazar Navarrete, Oscar Alfredo Rebolledo, Eduardo Enrique Méndez, Pedro María Vega, Carlos Abel San Martín y Ceferino Antonio Basoalto;

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

Que de conformidad se ha expedido la Asesoría General de Gobierno mediante el Dictamen DICFC-2024-105-E-NEU-AGG;

Por ello;

LA VICEGOBERNADORA DE LA PROVINCIA DEL NEUQUÉN

EN EJERCICIO DEL PODER EJECUTIVO

DECRETA:

Artículo 1°: RECHÁZASE en todos sus términos los reclamos administrativos interpuestos por los señores Germán Osvaldo Tapia, Nelson Alejandro Benigar, Néstor Daniel Arias, Fabián Edgardo Albornoz, Luis Baltazar Navarrete, Oscar Alfredo Rebolledo, Eduardo Enrique Méndez, Pedro María Vega, Carlos Abel San Martín y Ceferino Antonio Basoalto contra las Resoluciones N° 840/23, N° 779/23, N° 798/23, N° 841/23, N° 837/23, N° 778/23, N° 839/23, N° 838/23, N° 842/23 y N° 832/23 del Ente Provincial de Agua y Saneamiento, en virtud de los fundamentos expuestos en los considerandos.

Artículo 2°: Notifíquese a los interesados lo dispuesto en la presente norma.

Artículo 3º: El presente decreto será refrendado por el señor Ministro de Infraestructura.

Artículo 4º: Comuníquese, publíquese, dese intervención al Boletín Oficial y archívese.