Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

A.L.G. 127 FOJAS

EXPEDIENTE N°: 561/2018.-
INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACION.-
EXTRACTO: S/PRESENTACION-.
T.I: TELLO MARIA JOSE

DICTAMEN ALG Nº 127/18 .-

Señora Ministra de Educación:

Las presentes actuaciones administrativas han sido traídas por ante esta Asesoría Letrada de Gobierno a efectos de emitir opinión jurídica respecto de la presentación efectuada por la Sra. María José TELLO, que se agrega a fs. 2/6 de estos actuados.

I- Cabe primeramente observar que el objeto del reclamo que tratan estas actuaciones guarda parcial identidad con el reclamo administrativo presentado por la misma presentante en el expediente "MINISTERIO DE CULTURA Y EDUCACIÓN – S/RECLAMO ADMINISTRATIVO DE LA SEÑORA TELLO MARIA JOSE", iniciado con fecha 29 de enero de 2016, donde allí -como ahora- peticionó "*el pago de la totalidad de los haberes devengados y no abonados a esta parte desde el mes de junio del año 2015 hasta la fecha del presente, se efectivicen los aportes jubilatorios -y demás rubros de ley- y en consecuencia, se proceda a la rehabilitación de la cobertura de la obra social -SEMPRE- de quien suscriba y de su grupo familiar a cargo*". Recuérdese que el mismo fue resuelto por la negativa mediante Resolución Nº 0248/16 del Ministerio de Educación (fs. 41/42).

También, en ese trámite antecedente y a raíz del acto administrativo Ministerial denegatorio, la quejosa interpuso recurso de reconsideración y jerárquico en subsidio demandando nuevamente el pago de haberes no abonados, la rehabilitación de la cobertura social y la efectivización de los aportes jubilatorios, los cuales también fueron rechazados (Res. Nº 516/16 -fs. 48/49-, Decreto Nº 2551/16 -fs. 53/56-).

PROVINCIA DE LA PAMPA ASESORIA LETRADA DE GOBIERNO

EXPEDIENTE N°: 561/2018.-
INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACION.-
EXTRACTO: S/PRESENTACION-.
T.I: TELLO MARIA JOSE

DICTAMEN ALG Nº 127/18 .-

En estos actuados una vez más la Sra. TELLO reclama *"el pago inmediato de los haberes caídos y devengados desde el mes de mayo del año 2015 hasta la fecha..., la liquidación regular de haberes a partir del 29/12/2017..., el ingreso al sistema de seguridad social de aportes y contribuciones..., el alta inmediata a la obra social SEMPRE..., la titularización de la suscripta , María José TELLO, como docente titular...,* que *"el cargo a ocupar sea en esta ciudad de Santa Rosa..., y* que el mismo *"sea administrativo..."* (fs. 5 vta. y 6, puntos 1),2º), 3º) 4º), 5º y 7º)).

Tal como se advierte -y se señaló-, lo sustancial de las pretensiones ahora esgrimidas por la reclamante ya fueron tratadas y rechazadas por la Administración, no obstante, dado los términos de la sentencia del Superior Tribunal de Justicia de La Pampa -Sala B- en la causa "TATAVITTO ROADE, Marcelo; TELLO, María José; BASTIAS, Gabriela y LOPEZ, Oscar Aníbal s/ Recurso de casación", dictada recientemente -27/12/17-, tal situación -a entender de la pidiente- amerita un nuevo análisis jurídico, aun cuando ello -y adelantando opinión- no justifique una variación de la decisión adoptada y reafirmada oportunamente.

II- Al respecto, se recuerda que a raíz de la gravedad de los hechos de público conocimiento que involucraron a niños y niñas de Establecimientos Educativos de la localidad de 25 de Mayo, la Fiscalía de Investigaciones Administrativas mediante Resolución Nº 348/2015 ordenó iniciar sumario administrativo, entre otros, a la Sra. María José TELLO (art. 1º), y recomendó el desplazamiento en su cargo (art. 2º) (fs. 31/32).

Consecuentemente, con fecha 26 de mayo de 2015 el Ministerio de Educación, mediante Resolución Nº 1029/15 (fs.

PROVINCIA DE LA PAMPA ★ ASESORIA LETRADA DE GOBIERNO

DONAR ÓRGANOS ES SALVAR VIDAS

EL RÍO ATUEL TAMBIÉN ES PAMPEANO

A.L.G. 429 FOJAS

EXPEDIENTE N°: 561/2018.-
INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACION.-
EXTRACTO: S/PRESENTACION-.
T.I: TELLO MARIA JOSE

DICTAMEN ALG Nº 127/18 .-

33/34), separó "preventivamente" al reclamante de los cargos que desempeñaba en el Sistema Educativo Provincial, fundando tal decisión en el artículo 244 de la Ley Nº 643, de aplicación supletoria por remisión del artículo 237 de la Ley Nº 1124.

Cabe recordar y hacer notar que la peticionante se encontraba con arresto domiciliario, situación procesal que fuera oportunamente ordenada por la justicia penal en el marco de la investigación judicial motivada en los hechos señalados.

Posteriormente, el Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, -Sala B- en la causa *"TATAVITTO ROADE, Marcelo; TELLO, María José; BASTIAS, Gabriela y LOPEZ, Oscar Aníbal s/ Recurso de casación presentados por las defensas y los querellantes particulares"*, resolvió confirmar la absolución de María José TELLO dispuesta por la Audiencia de Juicio por los hechos que fueran motivo de acusación vinculado a los niños Bautista Muñoz, Lautaro López y Oscar Molina, y asimismo, absolverla en orden al delito de incumplimiento de los deberes del funcionario público disponiendo su plena libertad.

Con motivo de ello, la Sra. TELLO se presenta nuevamente ante esta Administración a fin de hacer valer los términos absolutorios de la sentencia penal y, en consecuencia, reitera su reclamo.

III- Comenzando con el análisis jurídico, la pidiente parte de la premisa que la Resolución Nº 1029/15, del Ministerio de Cultura y Educación (fs. 33/34), a través de la cual fue separada preventivamente de los cargos que desempeñaba en el Sistema Educativo Provincial, y consecuentemente, suspendió el pago de sus haberes y la

PROVINCIA DE LA PAMPA ★ ASESORIA LETRADA DE GOBIERNO ★

EXPEDIENTE N°: 561/2018.-
INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACION.-
EXTRACTO: S/PRESENTACION-.
T.I: TELLO MARIA JOSE

DICTAMEN ALG Nº 127/18 .-

cobertura de la obra social es ilegítima, debido al fallo judicial del Superior Tribunal de Justicia antes señalado.

Argumenta que, *"la decisión de la autoridad administrativa pública de suspender el pago de mis haberes resultó inconstitucional,..., en cuanto la aplicación de lo prescripto por el art. 93 del Decreto Nº 2266/90 reglamentario de la Ley 1124, se realizó en forma automática, unilateral, sin sumario administrativo previo, ni derecho de defensa, a partir del mismo momento de la privación de mi libertad."* (fs. 2 vta. 3º párrafo).

Luego de transcribir parte del fallo judicial que la beneficiaría, deriva que en tanto no resultó imputable a la pidiente *"...la imposibilidad de prestar funciones como docente, y habiéndose dictado mi ABSOLUCION..."* (fs. 5 vta, 4º párrafo) le asiste el derecho al reintegro de las sumas dinerarias por los salarios no percibidos, y demás derechos pecuniarios que reclama.

Ahora bien, la Resolución Nº 1029/15 del Ministerio de Cultura y Educación encuentra su fundamento jurídico en la legislación vigente, con ello, es un acto jurídico legítimo.

Efectivamente, el Estatuto del Trabajador de la Educación -Ley Nº 1124-, y las reglamentaciones que de ella derivan, prevén la separación del cargo del trabajador de la educación como "medida precautoria", ello con base en hechos objetivos como los que justificaron la medida respecto de la reclamante.

PROVINCIA DE LA PAMPA ★ ASESORIA LETRADA DE GOBIERNO

EXPEDIENTE N°: 561/2018.-
INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACION.-
EXTRACTO: S/PRESENTACION-.
T.I: TELLO MARIA JOSE

DICTAMEN ALG Nº 127/18 .-

Cabe aclarar que "los hechos" a los que se hacen referencia **no son "los hechos" que se debaten en la causa penal,** sino las situaciones objetivas que de ella se derivaron.

Efectivamente, el Decreto Nº 2266/90 reglamentario del Capítulo XVI -Régimen Disciplinario- de la Ley Nº 1124, en el artículo 93 establece *"El agente que **se encontrare privado de la libertad,** será considerado suspendido en el ejercicio de su cargo mientras subsista dicho impedimento, sin que ello signifique sanción disciplinaria ni prejuzgamiento en sede administrativa...".*

Entonces, **el recaudo legal que habilita la medida es la "privación de libertad" -con las características de "arresto domiciliario- del trabajador,** situación que es expresamente reconocida por la pidiente en autos.

Por otro lado, corresponde efectuar la distinción entre la separación definitiva del cargo (cesantía-exoneración) aplicada como sanción segregativa a consecuencia de la tramitación de un sumario administrativo, y la "separación provisional del cargo", que no constituye una sanción en sí, sino que es una medida preventiva o precautoria, cuya finalidad es evitar las consecuencias del mantenimiento en funciones del que está sometido a un procedimiento disciplinario, además de ser en el presente caso, una derivación necesaria de la prisión preventiva devenida en arresto domiciliario dispuesto en la investigación penal.

En este aspecto, resulta pertinente hacer mención al Dictamen PTN Nº 117/2002 (Tomo: 241/Pag.219) el cual refiere *"...El término de la suspensión preventiva de que puede ser pasible el personal*

PROVINCIA DE LA PAMPA ASESORIA LETRADA DE GOBIERNO

EXPEDIENTE N°: 561/2018.-
INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACION.-
EXTRACTO: S/PRESENTACION-.
T.I: TELLO MARIA JOSE

DICTAMEN ALG Nº 127/18 .-

de la Administración difiere según exista o no proceso criminal. Si existe proceso criminal aquella debe durar hasta su terminación. A tenor del artículo 6 del Decreto Nº 4520/60, la suspensión preventiva en razón de estar sujeto el agente a proceso, es regular. También lo es la duración de la misma hasta la terminación de la criminal en los términos del ap. 32, inc. b.), del mencionado texto..."; "...Es obvio que la Administración debe precaverse de males mayores en los casos en que el mismo hecho acarree sanción disciplinaria y penal. Precisamente, tal es la finalidad de las medidas cautelares (conf. Dict. 169:166)...".

Los anteriores conceptos no parecieran ser diferenciados con claridad por la peticionante, quien en su escrito -a manera de respaldar su reclamo- cita numerosos fragmentos de fallos cuyo contenido no se ajusta al caso de marras por ser la situación fáctica distinta.

Efectivamente, referencia y funda legalmente su libelo en antecedentes referidos a medidas administrativas segregativas ya adoptadas -cesantía-, las cuales son declaradas ilegitimas por el órgano judicial, mientras que aquí estamos ante una medida provisoria -separación preventiva del cargo- por demás de justificada jurídicamente, la cual fue adoptada en el marco de un sumario disciplinario aun en trámite.

Por lo tanto, extrapolar al presente -sin mayor esfuerzo interpretativo- las conclusiones arribadas en casos que no se compadecen fáctica ni jurídicamente con el ventilado en autos, resulta incorrecto y de poca justicia.

Resulta oportuno y pertinente aclarar que la absolución en la causa penal que la involucró en nada puede afectar la

PROVINCIA DE LA PAMPA ★ ASESORIA LETRADA DE GOBIERNO ★

EXPEDIENTE N°: 561/2018.-
INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACION.-
EXTRACTO: S/PRESENTACION-.
T.I: TELLO MARIA JOSE

DICTAMEN ALG Nº 127/18 .-

legitimidad de la Resolución Ministerial que ataca (Nº 1029/15, fs. 33/34), pues sus efectos se mantuvieron en tanto ocurría lo mismo con el requisito que la viabilizaba -privación de libertad-, mientas que acabado el estado material de imposibilidad para cumplir tareas por disposición judicial -arresto domiciliario- el acto administrativo cesó automática e inmediatamente sus efectos.

IV- Por su parte, en cuanto a la suspensión del pago de los haberes de la reclamante, cabe señalar que ello se constituye en una derivación lógica y jurídica de la separación preventiva del cargo.

Así, la Procuración del Tesoro Nacional (Dictamen PTN Nº 015/11), sobre el particular, ha señalado que: "*...El salario es la contraprestación que recibe el agente público por haber cumplido con la prestación debida en el marco de su relación de empleo público, cuya naturaleza es contractual. De ello se deriva, necesariamente, que si no hubo prestación de servicios no se devengó el derecho a la percepción de los salarios. De allí que sea doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, como regla, no procede el pago de remuneraciones por funciones no desempeñadas, salvo que exista una norma específica aplicable que autorice el pago de sueldos correspondientes a tareas no prestadas (ver Fallos 326:2347, entre otros)...*".

Dicho criterio no solo es compartido por esta Asesoría Letrada de Gobierno sino también por la jurisprudencia provincial, la cual ha sostenido "*...la retribución de las tareas de los docentes, como cualquier otro empleo público o privado, supone que el agente ha cumplido su obligación de trabajar. La retribución no es sino la contraprestación por las*

PROVINCIA DE LA PAMPA ★ ASESORIA LETRADA DE GOBIERNO ★

EXPEDIENTE N°: 561/2018.-
INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACION.-
EXTRACTO: S/PRESENTACION-.
T.I: TELLO MARIA JOSE

DICTAMEN ALG Nº 127/18 .-

tareas efectivamente realizadas (Asociación de Trabajadores del Estado ATE c/ Provincia de La Pampa s/ Amparo Sindical" H74069/09, Juzgado de Primera Instancia en lo civil, Comercial, Laboral y de Minería Nº 4 de Santa Rosa).

De lo transcripto se desprende el principio general en materia de retribuciones, el cual radica en que **el salario es la contraprestación por la efectiva prestación de tareas**, criterio receptado por el artículo 50 de la Ley Nº 643.

Por el contrario, cuando el agente no presta tareas se requiere de una norma específica que reconozca el pago del salario, pues debe justificar la excepción a la regla. Baste como ejemplo, la regulación del régimen de licencias, franquicias y justificaciones con goce de haberes.

Ahora bien, el artículo 93, anteúltimo párrafo del Decreto Nº 2266/90 -reglamentario de la Ley Nº 1124-, establece una de las referidas excepciones al principio comentado ut supra, supeditada al cumplimento de determinados requisitos exigidos por la normativa.

Así, reza *"Si el trabajador de la Educación hubiese resultado **sobreseído o absuelto en causa iniciada por autoridad educativa**, se le abonaran los haberes correspondientes al periodo durante el cual se lo considero suspendido y le será reconocidos todos los derechos como si hubiera estado en actividad salvo el caso en que proceda sanción administrativa que disponga lo contrario".*

De la transcripción efectuada se desprende que para que la Provincia de La Pampa proceda al pago de haberes por funciones no desempeñadas dado el supuesto de suspensión en el ejercicio

PROVINCIA DE LA PAMPA ASESORÍA LETRADA DE GOBIERNO

EXPEDIENTE N°: 561/2018.-
INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACION.-
EXTRACTO: S/PRESENTACION-.
T.I: TELLO MARIA JOSE

DICTAMEN ALG Nº 127/18 .-

del cargo como consecuencia de la privación de libertad -arresto domiciliario-, se requiere además de la absolución en la causa criminal, que la misma **haya sido promovida por la "autoridad educativa",** esto es, por **el Ministerio de Educación-**, situación ésta que no se corresponde con lo acontecido.

Como es sabido, los presuntos abusos sexuales a niños de la localidad de 25 de mayo fueron denunciados por los padres de los menores, por ser la acción penal relativa a estos delitos dependiente de instancia privada conforme los términos del artículo 72 inc.1 del Código Penal, el cual en su parte concerniente sostiene *"Son acciones dependientes de instancia privada las que nacen de los siguientes delitos: 1º) Los previstos en los artículos 119, 120 y 130 del Código Penal cuando no resultare la muerte de la persona ofendida o lesiones de las mencionadas en el artículo 91... En los casos de este artículo, no se procederá a formar causa sino por acusación o denuncia del agraviado, de su tutor, guardador o representantes legales. Sin embargo, se procederá de oficio cuando el delito fuere cometido contra un menor que no tenga padres, tutor ni guardador...".*

Por lo tanto, del análisis realizado se advierte que las condiciones exigidas por la legislación para tornar operativo el pago de haberes durante el tiempo de privación de la libertad -arresto domiciliario- de la sumariada no se corroboran en el contexto factico, en consecuencia, la pretensión del reclamante resulta inatendible.

Respecto a este punto, cabe agregar finalmente que el requisito establecido por el artículo 93 del Decreto N° 2266/90 acerca que la iniciación de la causa penal haya sido iniciada por la "autoridad educativa", no resulta una nimiedad, ni es casual.

PROVINCIA DE LA PAMPA ★ ASESORÍA LETRADA DE GOBIERNO

EXPEDIENTE N°: 561/2018.-
INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACION.-
EXTRACTO: S/PRESENTACION-.
T.I: TELLO MARIA JOSE

DICTAMEN ALG Nº 127/18 .-

Efectivamente, si bien es harto sabido que las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo no resultan aplicables -ni siquiera comparables a la relación de empleo público, por ser un régimen jurídico de derecho público-, se advierte que uno y otro régimen -aunque reitero, con las naturalezas jurídicas diametralmente opuestas- distinguen entre una causa criminal iniciada por denuncia de empleador o autoridad educativa, o bien por un tercero. En ambos casos, la solución es similar, tal como se desprende de la lectura al artículo 224 de la Ley de Contrato de Trabajo.

Cabe recordar que la inteligencia de la distinción efectuada por el legislador halla su fundamento en evitar las denuncias mal intencionadas efectuadas por el empleador sea éste un ente privado o público, las que podrían esconder una sanción encubierta.

Es por estas razones, que el reclamo consistente en el pago de haberes que se habrían devengado en el periodo de tiempo en que la Sra. TELLO no presto servicios en el Ministerio de Educación, no encuentra respuesta favorable en la plataforma normativa aplicable.

V- Por su parte, siendo coherente con ello, también deviene en improcedente la solicitud del ingreso de los aportes y contribuciones al Sistema de Seguridad Social devengadas desde la separación preventiva a la fecha, dado su vinculación directa con el punto antes tratado.

PROVINCIA DE LA PAMPA ★ ASESORÍA LETRADA DE GOBIERNO ★

EXPEDIENTE N°: 561/2018.-
INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACION.-
EXTRACTO: S/PRESENTACION-.
T.I: TELLO MARIA JOSE

DICTAMEN ALG Nº 127/18 .-

VI- Por último, resta abordar brevemente el requerimiento consistente en la designación de María José TELLO como docente titular.

Al respecto cabe mencionar que el cargo reclamado se cubrió mediante concurso de antecedentes convocados por el Ministerio de Educación en el marco de la Ley Nº 1124 y Decreto Nº 2014/96, no habiéndose inscripto la docente reclamante.

Recuérdese que la inscripción de los aspirantes a tales concursos solo genera una expectativa a los cargos a concursar, pero no se constituye en un derecho subjetivo a ocupar el cargo.

Respecto del particular, el Superior Tribunal de Justicia de la Provincia en autos caratulados: "RODRIGUEZ, Desireé Miriam c/Provincia de La Pampa s/ Demanda Contencioso Administrativa", ha manifestado *"Por su parte, esta Sala B en causa "Núñez" (expte. n.º 12/04), ha expresado que "... teniendo en cuenta que el sistema educativo, tal como está regulado, es esencialmente variable, resulta imposible atribuir al puntaje que obtienen los docentes, categoría de ... derecho adquirido...". Además, "... la posibilidad de ser nombrado en virtud de un concurso, ese interés en la suerte del concursante, es interés legítimo, y se convierte en derecho subjetivo al empleo, si el candidato triunfa en el concurso..." (conf. BIELSA, Rafael, "Sobre lo contencioso administrativo", 2º edición, Bs. As., Tipografía Llorden, 1954, págs. 140/141).".*

Por consiguiente, una vez más no le asiste razón a la peticionante en el planteo realizado.

PROVINCIA DE LA PAMPA ★ ASESORÍA LETRADA DE GOBIERNO

Provincia de La Pampa
Asesoría Letrada de Gobierno

A.L.G.
138
FOJAS

EXPEDIENTE N°: 561/2018.-
INICIADOR: MINISTERIO DE EDUCACION.-
EXTRACTO: S/PRESENTACION-.
T.I: TELLO MARIA JOSE

DICTAMEN ALG Nº 127/18 .-

VII- Finalmente, por lo expuesto en la presente opinión, este Órgano de Consulta recomienda el rechazo del reclamo interpuesto por la docente María José TELLO, a fs. 2/6.

ASESORIA LETRADA DE GOBIERNO - Santa Rosa, 23 MAR 2018

PROVINCIA DE LA PAMPA ★ ASESORIA LETRADA DE GOBIERNO ★

Dr. Alejandro Fabián CIGENA
ABOGADO
Asesor Letrado de Gobierno
Provincia de La Pampa