

La Plata, 29 de agosto de 2016

VISTO el artículo 55 de la Constitución Provincial, los artículos 12, 27 y ccdtes de la Ley 13.834 del Defensor del Pueblo, el artículo 22 del Reglamento Interno de la Defensoría, el Expediente N° 9655/15, y

CONSIDERANDO

Que se inician las actuaciones de referencia a raíz de la presentación realizada por el Sr. W, M G, DNI, de la Ciudad de la Plata, quien formula queja solicitando la intervención de esta Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires, debido a que La Ley 10.579 - Estatuto Docente-, solo contempla la retribución especial (“premio jubilariorio”) para el personal con carácter de titular, no incluyendo así al personal que se encuentra bajos los regímenes suplente y provisional.

Que la Ley 13.335, establece una retribución especial sin cargo de reintegro, equivalente a 6 (seis) sueldos básicos más antigüedad, sin ningún tipo de descuento la que será otorgada a partir del cese del agente cuando este no tenga carácter de sanción disciplinaria, para el Personal de la Administración Publica Provincial, comprendiendo el régimen de la Ley 10.579 -Estatuto Docente-, entre otros. Asimismo, el art. 02 del presente cuerpo normativo, establece que solo tendrán derecho a gozar de dicho premio, el personal de planta permanente.

Que el espíritu de la Ley 13.355, es otorgar el presente “premio” teniendo en cuenta lo trabajado los días 31 de cada mes por el

Personal de la Administración Pública, que se encuentre en condiciones de jubilarse y hubiese realizado sus aportes durante su carrera laboral a la Provincia de Buenos Aires.

Que al mismo tiempo, la ley 10.579 –Estatuto Docente-, lo que hace es equiparar al personal de planta permanente con el de docente titular para encuadrar la figura del sujeto activo en los alcances que se disponen para lograr el otorgamiento del presente premio. De esta manera, establece en su art. 39, que el mismo será otorgado al: *“El personal **docente titular** que al momento de su cese, acredite una antigüedad mínima de treinta (30) años de servicios y cuya baja no tenga carácter de sanción disciplinaria, tendrá derecho a una retribución especial, sin cargo de reintegro, equivalente a seis (6) mensualidades de su última remuneración regular y permanente, sin descuento de ninguna índole, que deberá serle abonada en una única vez, dentro de los treinta (30) días de producido el cese....”*.

No obstante ello, aquellos docentes que cumplan con la totalidad de los requisitos jubilatorios para acceder al beneficio, es decir veinticinco años de servicios en la Dirección General de Cultura y Educación (DGdeCyE), según lo establece el art. 24 inc. c) del Decreto Ley 9650/80, tendrán derecho a cobrar el mentado premio.

Que según obra en su certificado de servicios, el Sr. W, desempeño su actividad laboral durante 28 años 3 meses y dos días, prestados en la provincia de Buenos Aires, manteniendo el cargo de Preceptor bajo el carácter provisional.

Que el cargo de preceptor queda comprendido en el régimen del Estatuto Docente, conforme lo establece el art. 11 inc. b) de dicha normativa, y la Ley 13.469 considera al cargo como docente al frente de alumnos.

Que el reclamante manifiesta en la nota presentada a vuestro Organismo con fecha 26/10/15, que durante el transcurso de su carrera nunca se le presentó la posibilidad de acceder a la titularidad del cargo.

Que el reclamante nos acompaña copia de la resolución emitida por la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires, en la cual se rechaza el pago de la retribución especial al reclamante, por no encontrarse comprendido dentro de los términos y alcances de la ley 13.355 art. 02. Es decir, la resolución en cuestión encuentra su fundamento para proceder a rechazar dicho pago, que el mismo solo puede ser percibido solo por aquellas personas que acrediten al momento del cese la condición de planta permanente, es decir, dentro de régimen docente, el carácter de titular.

Que entrando en el análisis de las constancias del caso en particular que aquí se ventila, es conveniente dejar plasmado la interpretación que consideramos sobre resolución emitida por la Dirección General de Cultura y Educación: el reclamante cumple con todos los requisitos que exige la norma para el cobro de la retribución especial, salvo por no encontrarse sujeto bajo el régimen de titular.

Que a partir de esta interpretación, queremos dejar en claro que conforme a las actuaciones que obran en el expediente que tramita ante esta Defensoría del Pueblo, se da por acreditado las manifestaciones emitidas por el Sr. W, respecto a la falta de oportunidad de acceder a la titularidad del cargo.

Que como primera medida, y con la finalidad de esclarecer las manifestaciones efectuadas por el Sr. W, esta Defensoría del Pueblo procede a remitir distintos pedidos de informes ante la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos

Aires (DGdeCyE), para contar con una opinión fundada sobre la viabilidad del presente reclamo, conforme obra a fs. 06/07 y 09/10.

Que esta Defensoría del Pueblo, no recibió respuesta a los distintos pedidos de informe por parte de la DGdeCyE, violando lo establecido por el art. 53 del Decreto Ley 7647/70 y el art. 15 de la Ley 13.834, los cuales consagran el deber de colaboración entre distintos Organismos.

Que en este sentido, y en virtud de las constancias que obran en el expediente de esta Defensoría, y limitándonos al análisis del caso particular que nos compete, entendemos que el Sr. W ejerció 28 años, 3 meses y 2 días de servicios de manera ininterrumpida bajo la situación de revista provisional, a efectos de alcanzar los años requeridos por ley para la obtención del beneficio jubilatorio, y consecuentemente a su retribución especial. Es así, que consideramos que no habiéndose regularizado la situación del reclamante para poder acceder a dicha titularidad, habiendo transcurrido un largo periodo en el ejercicio de sus funciones como provisional, y cumpliendo con todos los recaudos y requisitos que se exigen para acceder a la misma, es que entendemos que se configura una vulneración de derechos por parte de la Dirección General de Cultura y Educación, al no haber arbitrado los medios necesarios para que el Sr. W, tenga el derecho que le asiste para acceder a la titularidad del cargo, conforme lo establece el art. 111 de la Ley 10579 -Estatuto Docente-, independientemente del resultado que se obtenga para el cargo de titular.

Que de esta manera, consideramos que el hecho de haber cumplido el reclamante con 28 años de servicios ininterrumpidos bajo el régimen de provisorio, sin darle la posibilidad de acceder a la titularidad del cargo, es una causa no imputable a su conducta, es decir, que se observa claramente que la decisión de estar sujeto al carácter

provisorio es ajena a su persona, lo cual constituirá una falta grave por parte de la Dirección General de Cultura y Educación, por denegarle durante todo ese periodo el derecho que tiene el reclamante de abrirse la correspondiente vacante y analizarse la posibilidad de lograr el acceso a dicha titularidad.

Que esta consideración que hacemos, encuentra su fundamento que la causa en cuestión debe ser analizada teniendo en cuenta distintos principios del derecho administrativo, como lo son el de preeminencia de la verdad material y el del informalismo a favor del administrado. De esta manera, y observando las circunstancias del caso, nos apoyamos en valorar las constancias que obran en nuestro expediente, considerando viables las manifestaciones emitidas por el particular sobre la imposibilidad de haber accedido a la titularidad del cargo; y dejando especial constancia en la falta de respuesta por parte de la DGdeCyE, a efectos de esclarecer los hechos sobre la problemática planteada.

Asimismo, es dable aclarar que dentro de los extremos que se han planteado en esta queja, no se encuentran elementos fehacientes que acrediten que la conducta por parte de Dirección General de Cultura y Educación, haya sido la de intentar regularizar la situación del carácter provisional del docente para brindar por lo menos, la posibilidad de que se abran las correspondientes vacantes, y así otorgarle al Sr. W, la oportunidad de obtener la titularidad del cargo, conforme al procedimiento que corresponda.

Que creemos necesario aclarar que los distintos Organismos Administrativos, tiene el deber y está bajo su responsabilidad contar con toda la documentación respaldatoria para dar certeza y una respuesta acabada a los distintos hechos que se imputan en la causa, por

lo cual es su obligación la de arbitrar los medios necesarios para llegar a la verdad material de los hechos, a efectos de garantizar la tutela Administrativa a todos los ciudadanos.

Que siguiendo este criterio, los Dres. Carlos A. Botassi y Miguel H. E. Oroz, sostienen: *“Que el Órgano llamado a decidir la cuestión de fondo deberá valorar los hechos que lleguen a su conocimiento sin que interese que los mismos hayan sido invocados y probados por el particular, o que hayan sido de manera casual o como resultado de actuaciones diferentes a aquella en estado de resolución final...”*.

Que sobre esta base de ideas, Gordillo tiene dicho: *“...Mientras que en el proceso civil el juez debe necesariamente constreñirse a juzgar según las pruebas aportadas por las partes (verdad formal), en el procedimiento administrativo el órgano que debe resolver está sujeto al principio de la verdad material, y debe en consecuencia ajustarse a los hechos, prescindiendo de que ellos hayan sido alegados y probados por el particular o no. Por ejemplo, hechos o pruebas que sean de público conocimiento, que estén en poder de la administración por otras circunstancias, que estén en expedientes paralelos o distintos, que la administración conozca de su existencia y pueda verificarlos, etc. Si la decisión administrativa no se ajusta a los hechos materialmente verdaderos, su acto estará viciado por esa sola circunstancia...”*.

Que continuando con esta línea de ideas, entendemos propicio poner de resalto la realidad fáctica sobre la relación de empleo en que se encontraba el Sr. W, como un elemento de suma importancia para arribar a nuestras conclusiones. En este sentido, nos resulta indispensable hacer especial hincapié que independientemente de encontrarse el reclamante sujeto bajo el régimen provisional, y atento a

las constancias del caso en particular que nos encontramos analizando, podemos observar que en los hechos cotidianos, el reclamante prestaba servicios del mismo modo que si los hubiese prestado un agente con carácter titular, encontrándose en una situación de vulnerabilidad y desigualdad al no poder acceder al premio jubilariorio.

Que en la relación de empleo entre el Sr. W y la Dirección General de Cultura y Educación, el reclamante contaba con las mismas obligaciones, prerrogativas y funciones con las que hubiese contado un preceptor con carácter de titular. De esta manera, es que nos urge la necesidad de manifestar que no encontramos diferencias claras entre las funciones que en los hechos facticos ejerce un agente con carácter de titular y uno provisorio, y en consecuencia la Administración decida denegarle el otorgamiento de la retribución especial al reclamante por el solo hecho de encontrarse sujeto bajo un régimen y no a otro, cuya decisión estaría afectado y contradiciendo sin lugar a dudas el espíritu por el cual fue creada la retribución especial contemplada en la Ley 13.355.

Que asimismo, no encontramos fundamentos que resulten válidos para denegarle el “premio jubilariorio” a aquella persona que se encuentre bajo el régimen de carácter provisional, y al mismo tiempo se decida otorgar a otra persona que cuente con cargo de titular, si en definitiva la prestaciones de servicios por parte de los dos fueron las mismas, siendo esta medida violatoria del espíritu y la finalidad que se busca cuando se crea el mentado premio jubilariorio. Más aún, si la conducta permanente por parte de la Administración fue la de mantener al Sr. W, bajo la situación de revista provisional, sin llevarse a cabo los correspondientes procedimientos para efectuarse la apertura de los cargos.

Que lo expuesto, encuentra su fundamento en el principio de *primacía de la realidad*, el cual dispone que se tendrá prioridad a la realidad de los hechos por sobre las formas y apariencias. Es decir, poner los hechos por delante del derecho, y por lo tanto atender a lo que verdaderamente ha sucedido más allá de lo que establezca formalmente el contrato. “Revista Responsabilidad Civil y Seguros”, conf. pág. 110/113, Edit. La ley 2013, Dr. Atilio A. Alterini.

Que la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, consagra el principio de primacía de la realidad, en su art. 39, apartado nro. 03: *“En materia laboral y de seguridad social regirán los principios de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, progresividad y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador”*.

Que siguiendo este criterio, el Dr. Américo Pla Rodríguez, sostiene: *“El principio de la primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos... Entendemos que el principio de primacía de la realidad es algo más que una presunción: constituye un criterio básico que ordena preferir los hechos sobre los papeles, las formalidades y formalismo”*. “El Régimen de Empleo Público en la Provincia de Buenos Aires”, 1ra ed, Abeledo Perrot, Buenos Aires 2009, Dres. Pablo O. Cabral – Marcelo J. Shreginger.

Que tanto los Dres. Pablo O. Cabral – Marcelo J. Shreginger, proponen lo siguiente: *“...a la hora de evaluar si una relación cumple con los requisitos establecidos legalmente para obtener el derecho de estabilidad se deben recabar aquellos datos de la realidad que le dan sustento y contenido a la relación (cumpliendo con tareas*

propias de planta permanente y duración temporal de la relación) y, al utilizar el principio de primacía de la realidad, deviene imperativo dejar de lado las formas que pretenden sustraer al Estado de sus obligaciones como empleador...”.

Que por su parte, German Bidart Campos tiene dicho: *“la contratación es la excepción a la regla de estabilidad del empleado público... lo primero a analizar es si la tarea para la que se ha contratado a un empleado en forma transitoria es de las que no pueden realizar los empleados permanentes. Si es una tarea que estos podían realizar, la contratación temporaria está viciada administrativamente...”.*

Que por todo lo expuesto, y habiendo enumerado todos los elementos para llegar a esta conclusión, la Defensoría del Pueblo de la Provincia de Buenos Aires entiende que para este caso en particular se debería equiparar el cargo provisional con el de titular dentro del régimen docente.

Que nuestra opinión encuentra su fundamento en que la prestación de servicios desarrollada por el Sr. W, en la realidad de los hechos, fue la misma que las funciones que hubiera prestado un agente con carácter de revista titular.

Que de esta manera, consideramos que el Sr. W, se encuentra bajo la órbita de una de una relación de empleo con la Dirección General de Cultura y Educación, de forma permanente y estable, asistiéndole la protección constitucional del art. 14, y observándose que el hecho de mantenerse con carácter provisional, no es una causa imputable a su conducta, es decir, es una circunstancia ajena a su persona.

Que asimismo, numerosa jurisprudencia que ha llegado a resolver distintas causas basándose en el principio de *primacía de la realidad* con el objeto de arribar a soluciones verdaderamente justas, equiparando los cargos de planta permanente con aquellos agentes que se encuentran contratados por la Administración, a efectos de ampliar sus derechos es que se tuvo en consideración el principio de primacía de la realidad, donde fundamentaban su decisión en base a la valoración de los hechos que se desarrollaron en la realidad fáctica, prescindiendo de las formalidades con que las partes pudieron hacer surgir dicha relación (conf. CSJN: Causas: *“Madorran, Marta Cristina c/ Administración Nacional de Aduanas s/ reincorporación, Sent. 3-V-2007”*; *“Ramos Jose Luis c/Estado Nacional s/ indemnización por despido, Sent. 6-IV-2010”*; conf. *Juzgado N° 1, en lo Contencioso Admnsitrativo de la Plata “Martinez, Domingo Arnaldo c/ Banco de la Provincia de BsAs s/ pretensión anulatoria, Set. 19-VI-2009”*).

Que en el presente caso, la administración debería realizar una aplicación analógica de la jurisprudencia y doctrina citada para el caso concreto que aquí traemos a colación.

Que el artículo 55 de la Constitución provincial establece que “el Defensor del Pueblo tiene a su cargo la defensa de los derechos individuales y colectivos de los habitantes.”

Que de conformidad con el artículo 27 de la Ley 13.834 y lo dispuesto por la Comisión Bicameral Permanente del Defensor del Pueblo en fecha 25 de febrero de 2015, corresponde emitir el presente acto.

Por ello,

**EL SECRETARIO GENERAL
A CARGO DE LA DEFENSORÍA DEL PUEBLO
DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES
RESUELVE**

ARTÍCULO 1: RECOMENDAR a la Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires (Dirección de Jubilaciones y Certificaciones), analice la posibilidad de proceder al pago de la retribución especial establecida en la Ley 13.355 a favor del Sr. M G W, DNI, conforme los considerandos vertidos en la presente resolución.

ARTÍCULO 2: Regístrese, Notifíquese y oportunamente, archívese.

RESOLUCION N° 135/16.-