RAWSON, 09 de Septiembre de 2008.-

------ **VISTOS:** ----------

------ Estos autos caratulados: "**G. , B. R. c/ Instituto de S. S. y S. s/ Demanda Contencioso Administrativa**" (Expte. N° 21.338 – G- Año 2008).---

------ **DE LOS QUE RESULTA:** ----------

------ I.- Que por los mismos la Sra. B. R. G. promueve ante este Tribunal demanda contencioso administrativa, pretendiendo se deje sin efecto la Resolución N° 1694/06 del 04.12.06 dictada por el Instituto de S. S. y S. por la cual se le otorgó la jubilación ordinaria, modificándose el cálculo del haber pasivo mensual, a más de por el cobro de la suma que indica con más su actualización.----------

------ Expone la accionante que inició los trámites jubilatorios en Agosto del año 2006 presentando la documentación que requiere la Ley N° 3293, en Octubre de ese año, el Organismo demandado le informó que debía dar cumplimiento a la totalidad de los requisitos pues se encontraba en condiciones de acceder al beneficio. Fue así -

///explica- que el 9 de octubre de 2006 presentó la renuncia a su cargo- esto es, Jefe de Departamento Despacho de la Dirección de Despacho y Administración de Personal dependiente del Ministerio de la Producción.----------

------ Sostiene que el Instituto al realizar el cómputo de los servicios prestados para determinar el haber mensual no contempló la totalidad de las certificaciones aportadas, omitiendo -afirma- tomar en consideración las diferencias de haberes entre el cargo de revista (Jefe de Departamento - Categoría 16) y el cargo de mayor jerarquía (Director - Categoría 18) que generó el beneficio de licencias que había quedado pendiente de usufructo conforme las resoluciones que autorizaron dichos pagos, fundadas en los Decretos N° 1301/95 y 2005/91.----------

------ Refiere la Sra. G. que las licencias que generó en el cargo de mayor jerarquía las usufructuó durante el período comprendido entre el 10.12.03 y 12.10.04, oportunidad en la que se le liquidó el haber mensual como jefe de Departamento del Ministerio de la Producción, con más la diferencia salarial comentada, con los correspondientes recibos de haberes, los que estuvieron sujetos -señala- a los aportes y descuentos de Ley respectivos.----------

------ Menciona que puso de manifiesto esta circunstancia por ante las autoridades del ISSyS mediante nota cursada el 30.10.06, lo que fue analizado por la Dirección de Previsión (01.12.06) estimando que de

///conformidad con el art. 27° bis de la Ley N° 3923 *"no corresponde se considere dicho período"*. Insiste la accionante invocando la misma norma, y contradice ese criterio para aseverar que de la documentación aportada surge que los haberes mensuales que cobró durante los meses de usufructo de esas licencias pendientes ***no tuvieron carácter indemnizatorio***, subrayando que se trata de licencias ordinarias que gozó en el plazo referido durante el cual se liquidó mensualmente las diferencias salariales entre su cargo y el de mayor jerarquía. Cita dictámenes de la Dirección General de Administración de Personal y de la Fiscalía de Estado de los cuales deriva que se encuentra debidamente acreditado el cumplimiento de lo previsto en el art. 2° del Dto. N° 1301/95, esto es, que *"...la concesión de las licencias exceptuadas, deberán estar debidamente denegadas..."*.----------

------ Narra que el 17.11.06 insistió con una nueva nota por ante la accionada tratando de explayarse sobre su postura, donde manifestaba que desde el año 2004 gestionó los reclamos de las diferencias salariales también en relación al Sueldo Anual Complementario por ante la Contaduría General de la Provincia que derivó tal solicitud por ante la Asesoría General de Gobierno.----------

------ Señala que como consecuencia de la renuente postura del Organismo demandado a sus reclamos, dedujo el 28.12.06 Reclamo Administrativo contra la Resolución cuestionada el que *"jamás fue*

///*resuelto"*; detallando que luego de una serie de entrevistas con funcionarios, agentes y asesores legales del ISSyS solicitó el 20.03.07 tomar vista del expediente administrativo advirtiendo que el mismo se encontraba *"archivado en la Dirección de Previsión"*. Entonces, el 05.10.07 interpuso "pronto despacho" y frente al silencio denunció la mora administrativa, para considerar luego desestimada tácitamente la petición formulada dando por agotada la vía para demandar jurisdiccionalmente las diferencias salariales que detalla en el Punto IV del libelo inicial, debiendo recalcularse -opina- el haber mensual otorgado a través de la modificación de la Resolución N° 1694/06.-----

------ II.- Contesta la demanda el Instituto de S. S. y S. a fs. 73/77 vta., y en el "Apartado II - IMPROCEDENCIA FORMAL DE LA ACCION" expresa que la actora viene a juicio sin haber agotado los remedios administrativos previos. Comenta que aquélla en desacuerdo con el monto del haber establecido en la Resolución N° 1694/06 interpuso un reclamo administrativo, que por el principio de informalismo procesal -aclara- podría atribuírsele el carácter de Recurso de Reconsideración, y que al no ser respondido en tiempo oportuno, denunció la mora administrativa y luego de aguardar el plazo legal estimó denegado aquél.----------

------ Fundada en el art. 9° de la Ley N° 3923, sostiene que la denegatoria tácita habilitaba a la accionante a interponer por ante este Cuerpo el Recurso de Apelación que el mismo prevé, pero no concluía la vía administrativa, afirmando *"...sin la interposición del*

///*Recurso de Apelación no se encuentra habilitada la vía jurisdiccional"* (fs. 73). Justifica que se trata de un recaudo formal previo a la interposición de la acción y citando a DROMI señala "se exige el agotamiento de la vía administrativa que se produce cuando sobre la pretensión del administrado "recae una decisión administrativa definitiva que causa estado" y esa resolución administrativa, además de denegatoria y definitiva debe ser irremisible, irrecurrible e irreclamable, ninguno de estos caracteres -razona- reúne la denegatoria tácita del Recurso de Reconsideración que dedujo G. en su sede.----------

------ Expresa que esta acción se interpuso como "modo anómalo" de subsanar la caducidad que le produjo el transcurso del plazo para interponer el remedio del art. 9° de la Ley N° 3923, abona su postura con el criterio que este Tribunal expuso en autos "H. G. "... y concluye que surge manifiesto que la accionante no agotó la vía administrativa; ello admite -sostiene- su tratamiento como excepción de previo y especial pronunciamiento.- Consecuentemente -estima- la demanda adolece de este vicio esencial determinando su rechazo, con costas. Subsidiariamente, contesta la acción.----------
---

------ III.- Corrido el pertinente traslado, a fs. 79/80 la accionante rechaza la excepción comentada. Expone que el Reclamo

///Administrativo deducido el 26.12.08 (citó erróneamente el año, que es 2006 según copia fs. 50/51), no está fundado en lo prescripto por el art. 106° y siguientes del Decreto Ley N° 920, sino expresamente en el art. 138° y concordantes de ese cuerpo legal. Arguye que su planteo no se trató de un recurso, por ello no pidió que *"se revoque por contrario imperio"* la Resolución impugnada. Al contrario, reitera que el objeto del reclamo era la omisión de considerar al dictar la Resolución N° 1694/06 la declaración jurada en las planillas de remuneraciones correspondientes a los últimos diez años, con relación al concepto pago de licencias no usufructuadas sujetas a aportes. Afirma que no atacó el dictado de ese acto administrativo, aclarando que ello hubiese sido motivo de recurso administrativo, sino que solicitó se incluyeran en la liquidación esas diferencias salariales.----------

------ Añade que frente a sus presentaciones administrativas, hubo desidia y arbitrariedad por parte de la demandada, que hizo -esgrime- caso omiso al Reclamo Administrativo, al pedido de Pronto Despacho y al escrito de fecha 15.02.08 todos presentados en su Sede. Con los cuales considera la accionada suficientemente agotada la vía administrativa, pidiendo se rechace la excepción tratada, con expresa imposición de costas a la contraria.----------

------ **CONSIDERANDO:** ----------

------ Que el ente previsional estima improcedente la acción deducida porque la actora no transitó la vía recursiva prevista en la Ley de

///Jubilaciones provincial, de lo cual deriva que no agotó la vía administrativa.----------

------ Que el remedio mencionado tiene como fuente el art. 9° de la Ley N° 3923 (T.O. Ley N° 4251), el cual prevé que:" De las Resoluciones del Directorio del Instituto...acordando o denegando prestaciones...se notificará...al interesado...quien dentro de los diez (10) días hábiles podrá interponer Recurso de Reconsideración. Dentro de igual plazo y contra la decisión que sobre el Recurso de Reconsideración recaiga, procederá el Recurso de Apelación fundado por ante el Superior Tribunal de Justicia".----------

------ Que de este modo, la Ley instaura la posibilidad del afectado de acudir a un remedio especial, reglado en varios de los distintos ordenamientos del derecho público de nuestra Provincia, sobre cuya naturaleza el Cuerpo tiene dicho que constituye "...una instancia de protección jurisdiccional para instar la revisión de los actos administrativos, fueren estos emanados de organismos centralizados, descentralizados o autárquicos de la Administración, o de entes de derecho público con funciones delegadas de fiscalización y control de actividades de los administrados…como previa a la acción judicial…(…) Se trata de una posibilidad intermedia de tutela, que no es administrativa por el órgano, pero tampoco estrictamente judicial, por cuanto la decisión que admite apelar, deviene de un órgano

///administrativo. Integra así un sistema de impugnación o de control de actos administrativos, cuya naturaleza difiere de las acciones judiciales". (S.D. N° 28/SRE/00 in re "Subsecretaría de Trabajo...").---

------ Que conforme tiene sentado este Superior Tribunal en diversas causas (S.I. N° 1162/90, 225/92, 25/94, 56/96, 90 y 119/SCA/97, 31 y 70/SCA/98, 55/SCA/00, 4 y 7/SCA/02, 56/SCA/05 entre otras), estos Recursos de Apelación Jurisdiccionales -en particular este referente régimen previsional- es de carácter limitado, y se satisface en la medida que constituya un control judicial suficiente de la decisión emanada del órgano administrativo -Instituto de Seguridad Social y Seguros- exigencia asegurada en tanto el Tribunal actúa como de "derecho"; decidiendo sobre la correcta aplicación de las normas jurídicas, poseyendo, asimismo, la facultad de revocar o anular aquella decisión, si no fuera suficientemente razonable o se apoyara tan solo en la voluntad arbitraria o caprichosa de los funcionarios, o implicara la denegación de la defensa en juicio".----------

------ Siendo así -se dice- la potestad cognoscitiva de este Tribunal se encuentra constreñida, y difiere notoriamente de la que les es propia en el juicio pleno, cuando la jurisdicción se incita por vía de la acción. En estos Recursos, el carácter de la jurisdicción es eminentemente revisora: el control debe limitarse a aquellas cuestiones que han sido propuestas y sometidas a la decisión administrativa atenta la regla de la congruencia, así como de ser final, pues -se ha dicho- la forma de hacer realizable la justicia que por esta vía se persigue, importa una

///gradualidad ascendente, que comienza con el autocontrol administrativo y culmina con el control jurisdiccional. Quienes juzgan en último término de cada acto a los principios y normas del ordenamiento jurídico son los jueces y tribunales (DROMI -Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública - Ed. Grouz 1986 - pág. 96 y 118 - S.T.CH. S.I. N° 60 y 61/SCA/96, 7/SCA/02, 56/SCA/05 y 25/SCA/06).----------

------ En SD N° 13/SCA/06, en oportunidad de dirimir uno de estos Recursos (en el marco de la Ley de Defensa del Consumidor), el Tribunal refirió a la clasificación que intenta H. M. de los distintos tipos de revisión judicial, no sin advertir que dividir el espectro en tres o más tramos es necesariamente arbitrario, pues cada ley y cada situación de hecho pueden merecer una categoría especial, distinguiendo entre "revisión máxima", "revisión media", "revisión mínima" y "revisión excepcional", las que define (Control Judicial de la Administración Pública, Ed. Depalma, 1984, Tomo II, pág. 664/666).- Y expuso, siguiendo esta clasificación, que puede afirmarse que el Cuerpo ha considerado a estos Recursos Jurisdiccionales como de "revisión mínima", acotados al reexamen de las cuestiones de derecho, y que no permiten adentrarse en el conocimiento de aquellas relativas a hechos y prueba, salvo excepciones, lo cual ha movido a muchos autores a criticar el remedio mismo (Mario R. FARAH – Impugnación Judicial de la Actividad

///Administrativa – Ed.La Ley – pág. 6/7; GARCÍA DE ENTERRÍA – que los considera “felizmente” erradicados de España, resabios de una jurisdicción marcadamente objetiva en Curso de Derecho Administrativo – Civitas – Tomo II- pág.566 a 572).----------

------ Estableció asimismo que la decisión en estos Recursos adoptada, no participa del carácter de cosa juzgada material, y entonces el fallo no es definitivo en la medida en que siempre se encuentra asegurado para el administrado la revisión ulterior a través de las vías ordinarias previstas por el ordenamiento adjetivo vigente, y que, en la situación inversa, dada cuando el recurrente es el órgano administrativo, idéntica posibilidad surge en cabeza del mismo, que no ve cercenado su derecho a promover la acción que el ordenamiento procesal general le proporciona (SI 86/SCA/01).- Concordante, viene resolviendo la inadmisibilidad para intentar el Recurso Extraordinario de Casación en los casos en que el fallo emana de Cámaras de Apelaciones (SD N° 28/SER/00 en conc. otras cortes provinciales, vg. STJ Cba. In re “Stabio…” –JA 1980-I-12), y el rechazo de la impugnación Extraordinaria Federal, cuando la sentencia emana de este Cuerpo (SI. N° 86/SCA/01).----------

------ Siendo así, la posición que sobre estos Recursos viene adoptando este Superior Tribunal, concibiéndolos como excepcionales y previos a una acción judicial, con sólo efecto preclusivo (SI N° 11/89, 6 y 6/90, 46/90, 135/92, 77/93, 16 y 17/97, entre otras) difiere, en beneficio del justiciable, de la que adoptan los Tribunales Nacionales y admite

///

///la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que considera que son de tránsito obligatorio, y aún en el marco de control limitado permite agotar todas las instancias otorgando al fallo fuerza de cosa juzgada material.----------

------ Que puntualmente, en cuanto al regulado por el art. 9° de la Ley N° 3923 -T.O. Ley N° 4251- este Cuerpo tiene dicho que ***"...se considera "opcional", y ninguna norma obsta para que -directamente y sin ocurrir por el mismo- los interesados ejerzan la acción contencioso administrativa de retardación, anulación y/o plena jurisdicción, según al caso corresponda. Esto es, impulsen la revisión judicial plena, con amplio debate y prueba, del caso en conflicto"*** (S.I. N° 86/SCA/01 in re "AGUILA...", ya citado).----------

------ Que a más ha de destacar, que como surge de autos la Sra. B. G. obtuvo el beneficio de Jubilación Ordinaria por Resolución N° 1694/06 dictada el 04.12.06, y en el 3er. Considerando expresaba "*...a efectos de la determinación del haber, a fs. 36/37 se efectúa el promedio establecido en el artículo 75°...*" (fs. 41- Expte. administrativo 3166/06 ISSyS) de la Ley N° 3923. Ante ello, la beneficiaria manifestó al Instituto que en esa estimación "*...no se tuvo en cuenta ... las planillas de remuneraciones correspondientes a los últimos diez años, con relación al concepto de pago de licencias no usufructuadas sujetas a aportes...*" (fs. 50) mediante un escrito que denominó "Reclamo ///Administrativo", en el

que reiteraba las consideraciones que había efectuado con anterioridad al dictado del acto que otorga el beneficio previsional, dando inicio con este a una serie de requerimientos verbales y escritos, hasta que el 15.02.2008 -fs. 80 siempre del expediente administrativo - consideró desestimada tácitamente la petición formulada.----------

------ Que no debía seguir la actora la vía impugnativa prevista por Ley N° 3923, en tanto la Resolución N° 1694/06 no incluye en su dispositivo el cálculo del haber.- Por ello acudió a una reclamación que al contestar el traslado dice encuadrar en el art. 138 del Dto. Ley N° 920.----------

------ Que si bien este encuadramiento dado por la parte no es el preciso, al estar reservado para las acciones con sustento en el Derecho Común, y la materia en conflicto es de Derecho Administrativo, no habiendo la Ley N° 3923, ni aún el Dto. Ley N° 920, previsto específicamente una vía reclamatoria (no resarcitoria) para estos supuestos -como en tantas oportunidades lo ha señalado el Tribunal- resultan de aplicación las reglas generales de petición contenidas en la última.----------

------ Que ello priva de contenido a la defensa opuesta por el Instituto, sin perjuicio de lo cual es oportuno reiterar la doctrina de este Tribunal en cuanto expone que “el ejercicio o no del derecho a deducir Recurso Jurisdiccional de Apelación previsto en el art. 9° de la

///

///Ley N° 3923, *"...no empece ni enerva su derecho a ejercer esta pretensión, en la medida en que ...el agotamiento de las vías de control previstas no es condición para el ejercicio de las acciones contencioso-administrativas o procesales administrativas, como prefiera nominárselas"* (SD N° 8/SRE/96 "COOP. FALUCHO..." reiterada en S.D. N° 11/SCA/00 (in re "GONZALEZ, Rosa...") y N° 01/SCA/02 (in re "ARAVENA, José...).--

------ Que en el marco jurídico antes descripto, se ha destacado inveteradamente en otras causas, que como principio general la Administración tiene el deber de pronunciarse sobre las cuestiones que le planteen los administrados (art. 26° inc. 1) conc. 74°, 75° y 76° inc. 2) Dto. Ley N° 920). Pero puede ocurrir que a pesar de la existencia de esa obligación la Administración no dicte la correspondiente resolución...Frente a esa posibilidad, y a fin de evitar los perjuicios que de ella derivan, se ha admitido la existencia de una expresión tácita de la voluntad administrativa, elaborándose la llamada teoría del Silencio Administrativo. (Conc. Jorge ESCOLA "Tratado Gral. de Procedimiento Administrativo", pág. 229, y uniformemente la doctrina). Frente al silencio, el afectado puede esperar la decisión administrativa, exigir que la Administración se pronuncie -mediante el Amparo por Mora- instituto no regulado en nuestro derecho adjetivo ante la ausencia de Código específico, pero podría comprenderse, de darse los supuestos, en el Amparo común- o bien, intentar la Acción Contencioso Administrativa por Retardación

///-como si la decisión Administrativa se hubiese producido y fuere contraria a los derechos del recurrente" (S.D. N° 11/SCA/00 -ver M.M. DIEZ "Derecho Procesal Administrativo"; "Justicia Administrativa" de Jesús GONZALEZ PÉREZ - S.D. N° 01/SCA/02).-

------ Este es el carácter que cabe dar a la impetrada por la Sra. G. .-----
---

------ Que en consecuencia, a tenor de lo expuesto, corresponde rechazar el planteo de "Improcedencia Formal de la Acción" -técnicamente Defensa de Falta de Habilitación- opuesta por el Instituto de Seguridad Social y Seguros, con costas (art. 68° y 69° del C.P.C.C.).----------

------ Que de acuerdo con la manda del art. 47° -con las pautas del art. 33° en concordancia con el 6°- todos del Dto. Ley N° 2.200 (T.O. Dto. N° 138/99), corresponde regular los honorarios del letrado de la actora en este incidente, atenta la labor profesional desplegada, su calidad y eficiencia, en porcentuales. En tanto, no corresponde regulación a los representantes procesales de la accionada, comprendidos en el art. 2° del citado plexo normativo.----------

------ Por ello la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería del Superior Tribunal de Justicia; ----------

///

///---------- **R E S U E L V E :** ----------

------ **1°) DESESTIMAR** la defensa de "Improcedencia Formal de la Acción" -técnicamente de Falta de Habilitación de la Instancia- planteada por el Instituto de S. S. y S. en estos autos.----------

---

------ **2°) COSTAS** a la demandada vencida (art. 68° y 69° C.P.C.C.).--

------ **3°) REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. E. A. M. en el 11% de los estipendios que se le fijen a los letrados de su parte en el proceso (art. 33° conc. 6° y 47° Dto. Ley N° 2.200 - T.O. Dto. N° 138/99.----------

------ **4°) REGÍSTRESE** y notifíquese.----------

Fdo. Dres. José Luis Pasutti, Fernando S.L. Royer, Daniel Luis Caneo.
Recibida y Registrada en Secretaría el 09/09/08 bajo el n° 38/SCA/08