------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los cinco días del mes de diciembre del año dos mil ocho, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia de su titular Dr. Günther Enrique Flass y con la asistencia del Sr. Juez de Cámara Dr. Benjamín Moisá, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"S. , J. M. c/ PROVINCIA del CHUBUT s/ Ordinario"*** (Expte. N° 101/08 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.------

---

------Practicado a fs. 325 el sorteo establecido por el art. 268 del C.P.C.C., correspondió el siguiente orden para la votación: Dres.: FLASS – MOISÁ – FRÜCHTENICHT.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 294/301 vta.? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. Flass dijo:----------

------A fs. 47/53 vta. el Sr. J. M. S. por intermedio de su apoderada la Dra. F. L. V. incoa demanda laboral de indemnización por despido sin causa contra la Provincia de Chubut.----------

------A fs. 66/76 contesta la demandada con la representación del Dr. I. O. B. oponiéndose al progreso de la acción.----------

------A fs. 294/301 se dicta sentencia nº 33/08 de 9 de junio de 2008 conforme a la cual se rechaza demanda por entender el Sr. Juez de la anterior instancia que: 1) Las reglas de la Ley de Contrato de Trabajo solo se aplican a los empelados de la administración pública cuando por un acto expreso se lo incluyera en la misma o en un régimen de convención colectiva de trabajo y nada de ello se acreditó en autos. 2) El actor no impugnó de nulos a los contratos de locación de obra por él suscriptos ni atacó el acto administrativo que se impugnaba. 3) Entiende no probado el daño moral.----------

------A fs. 306 apela la actora y concedido que le fuera el recurso expresa agravios a fs. 314/319 siendo sus quejas, en lo conducente, las siguientes: 1) Se agravia de que se hubieran tenido por válidos los contratos de locación de obras pues estos no se suscribieron libremente sino acuciado el actor frente a la necesidad de mantener a su familia. 2) Afirma que la forma de contratación base de la presente

litis es fraudulenta y ello fue reconocido por los Srs. Legisladores en el debate parlamentario suscitado en oportunidad de la sanción de la ley 5647, paralelamente sostiene que no pudo haber locación de obra ya que era materialmente imposible la existencia de un resultado final (art. 1637 C.Civ.) y en consecuencia la simulación era evidente. 3) Se queja por entender que el rechazo de la indemnización deja al actor al margen de la legislación y en estado de indefensión. 4) Sostiene se ha valorado deficientemente la prueba pues de ella surgiría con claridad que el actor continuó laborando una vez vencido el contrato y que fue despedido verbalmente. 5) Entiende que resultó suficientemente probado el daño moral.----------

------Corresponde proceder al análisis de los agravios invocados:----------

------La validez de los contratos:----------

------Se queja el recurrente de que se hubieran tenido por válidos los contratos sin advertir que fueron suscriptos bajo la presión de quedar sin trabajo.----------

------No ha probado la recurrente la circunstancia que alega, es decir, no ha demostrado que la impugnación de los sucesivos contratos hubiera devenido en sanción por parte de la administración pública y tal circunstancia no tiene por que ser presumida. Además, si hubiera tenido la sospecha de que la administración pública hubiera procedido en ese sentido, igual tenía la oportunidad de solicitar medida cautelar de no innovar o innovativa para el caso de haber padecido efectivamente la sanción exorcizando así cualquier peligro de represalia. En conclusión, asiste razón al *a quo* en cuanto afirma que la falta de impugnación oportuna obsta a la procedencia de la pretensión.----------

------2) El fraude:----------

------Sostiene la recurrente que la forma de contratación implementada por la administración es fraudulenta pues sirve para disfrazar mediante un contrato de locación de obras una verdadera relación de empleo público. Afirma que los propios legisladores reconocieron el fraude y que por la naturaleza de las prestaciones es imposible configurar un contrato de locación de obra. En lo concreto, pretende se tenga por probado *in re ipsa* el fraude.----------

------El art. 955 del Código Civil reza que hay simulación *"Cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro, o cuando contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a*

personas interpuestas, que no son aquellas para quienes en realidad se constituyen o transmiten". Entiende la doctrina que los elementos esenciales de la simulación son: *"1º) El acuerdo simulatorio, 2º) El negocio simulado, 3º) El negocio disimulado, cuando la simulación fuese relativa y 4º) La causa simulandi" (WAYAR, Ernesto C. Derecho Civil. Obligaciones. T. II. Lexis Nexis. Depalma Buenos Aires 2002. pág. 150)*. En la materia rigen los principios generales que gobiernan el *onus probandi*, ergo la carga de la prueba incumbe a quien la alega y pretende dejarla sin efecto. De las pruebas vertidas en autos no surge la existencia de un acuerdo simulatorio ni de un negocio simulado ni de una *causa simulandi*. Tampoco surge que estuviéramos ante una simulación lícita o que el recurrente hubiera actuado engañado, en consecuencia no tendría, inclusive, legitimación para incoar acción de simulación. No contradice lo expuesto la circunstancia de que algún legislador, durante el debate parlamentario se refiriera a casos abstractos donde la administración habría cometido fraude. Consecuencias de lo dicho es que debe rechazarse el agravio en cuestión.----------

------El supuesto estado de indefensión del actor:----------

-----La sola circunstancia de que una persona quede excluida de un régimen estatutario tutelar (Derecho Laboral, Derecho del Consumo etc), no es por sí solo motivo de agravio si no hay en la exclusión arbitrariedad o ilegalidad alguna.-

------Lo dicho sería suficiente para rechazar el agravio en cuestión, restando solo agregar que, contrariamente a lo que sostiene la recurrente, el actor no ha quedado huérfano de toda protección ni en situación de desamparo ya que contará con toda la tutela que el derecho de fondo otorga a quienes suscriben un contrato, aun cuando esa tutela no comprenda el derecho subjetivo de someter a la contraparte a una contratación no querida *sine die*.----------

------La valoración de la prueba:----------

------Impugna la recurrente la valoración que el *a quo* hizo de la prueba pues sostiene que de ella surgiría la continuidad de la relación con posterioridad al fenecimiento del contrato y el despido verbal.----------

------Lo cierto es que, independientemente de que la prueba hubiera sido bien o mal valorada, los hechos invocados por la recurrente resultan inconducentes para la resolución de la presente causa. El hecho de que el actor hubiera continuado prestando servicios durante un breve período de tiempo posterior al vencimiento

de contrato no implica que por ese solo hecho hubiera ingresado a la planta permanente ni que hubiera adquirido derecho a la tutela que provee la Ley de Contrato de Trabajo.----------

------La prueba del daño moral:----------

------Se queja por último la recurrente de que no se le hubiera tenido por probado el daño moral.----------

------He dicho que el daño moral se debe considerar probado *in re ipsa* ya derive de una relación contractual o extracontractual. Si el daño moral recibe un tratamiento distinto en una u otra órbita de responsabilidad ello obedece a que el incumplimiento es una consecuencia previsible de los contratos y solo cuando excede dicho margen ha de ocasionar resarcimiento, mas ello no significa que en un caso requiera prueba expresa y que en otro no.----------

------A pesar de lo expresado anteriormente, lo cierto es que en el caso sub iudice, independientemente de la doctrina seguida por el *a quo* y contra la cual se agravia la recurrente, la indemnización del daño moral es improcedente por ausencia de uno de los elementos esenciales del resarcimiento que es la anitjuridicidad a la cual me refería en el tratamiento de los agravios anteriores.----------

------Inhabilitación de la instancia judicial:----------

------No obstante lo dicho, abona también la solución propuesta al pleno, la circunstancia de que, como bien advirtió el *a quo*, la actora no atacó el acto administrativo que impugna y es que dada la naturaleza de su pretensión era requisito previo ineludible agotar la vía administrativa para recién acceder a la jurisdicción.----------

------Costas:----------

------Respecto a las costas de la presente instancia dada la complejidad de la cuestión planteada y existiendo doctrina y jurisprudencia contradictoria corresponde la distribución de costas conforme al orden causado. Ha entendido la jurisprudencia que corresponde imponer las costas en el orden causado cuando *"... los casos son verdaderamente excepcionales, a saber: cuando hay vencimiento parcial y mutuo; cuando la demanda es rechazada por prescripción o por razones formales; cuando se trata de la aplicación de una ley nueva; cuando no hay precedentes o cuando la jurisprudencia es incierta o contradictoria..." CNCiv., F, 15/11/73, ED 52-449 conf. Cit. de*

GIANGRASSO, Antonio José "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Comentado" Depalma, Buenos Aires 1989, pag. 89).----------

------A idéntica cuestión, el Dr. Moisá dijo:----------

------1. Por la Sentencia N° 33 de fecha 9 de junio de 2008 (fs. 294/301 vta.), en lo sustancial, el Sr. Juez de primera instancia resuelve rechazar la demanda laboral interpuesta por el Sr. J. M. S. contra la Provincia del Chubut, imponiendo las costas por el orden causado.----------

------2. Tal decisión es apelada por la parte actora a fs. 306. Concedido previamente el recurso, la apelante expresa agravios a fs. 314/319 vta., los cuales no son contestados por la parte contraria.----------

------3. Los agravios del recurrente han sido suficientemente reseñados por el Sr. vocal preopinante, Dr. Günther Enrique Flass, por lo que *brevitatis causæ* doy por reproducida aquí la referida reseña, pasando a ocuparme de su consideración y análisis a fin de dar fundamento a mi voto.----------

------*a) El problema de las contrataciones ad hoc.* Es una práctica reiterada de los organismos estatales la incorporación de personal mediante la celebración de contratos *«ad hoc»,* renovados sucesivamente. El *status* de estos trabajadores deviene incierto, porque al no revistar como personal de planta no gozan de la estabilidad reconocida a los empleados públicos por el art. 14 bis de la Constitución Nacional. Tampoco puede considerárselos como dependientes vinculados por una relación de trabajo en la órbita del derecho privado, dada la índole estatal de los organismos contratantes y la no concurrencia del presupuesto contenido en el inc. a) del art. 2 de la LCT, en orden a la inclusión del referido personal mediante «acto expreso» en la normativa específica de ese cuerpo legal. Por lo tanto, en apariencia, estaríamos ante locaciones de servicios o de obra enmarcadas en el derecho común (cfr. CORREA, Oscar A., *Empleo público y contrato «ad hoc»,* DT 1989-A, 787).----------

------Por un lado, hace tiempo ya, MARIENHOFF con razón señalaba: «Pero ese modo de actuar ha perdido prestigio a causa de los abusos en que se incurrió: a pesar del origen plausible de esa contratación ad-hoc, ésta se ha convertido en una expresión de favoritismo hacia personas sin méritos, cuya presencia en la Administración Pública, innecesaria e injustificada, resulta perniciosa.----------

------»Se hace menester que el sistema de incorporar personas –funcionarios o

empleados– a la Administración Pública mediante *contrataciones ad-hoc,* se reduzca a lo indispensable, es decir a la incorporación de personas que posean una notoria ilustración, sea en su carácter de técnicos o de especialistas, y cuya colaboración sea efectivamente necesaria para el cumplimiento de las funciones de la Administración Pública» (MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo,* t. III-B, p. 91, n° 867, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1974).----------

------Por otro lado, hoy, con no menos razón, LIMA observa que: «ya sea por necesidad, o por no ajustarse a medidas presupuestarias, o a facultades de control, o para eludir requisitos exigidos por la ley para la designación de empleados, la Administración en general parece haber tomado como normal las contrataciones de personal, lo que no sólo implica un fraude a la garantía constitucional de estabilidad para el empleado público sino también una desnaturalización y abuso de la función pública» (LIMA, Osvaldo, *Los llamados contratados y el derecho del trabajo,* T y SS, 1988, p. 121).----------

------*b) Naturaleza jurídica de la relación.* La imperiosa necesidad de aventar un eventual fraude pergeñado por el Estado mismo, que al excluir a los contratados de las normas específicas del Derecho Administrativo pretende relegarlos a la desprotección del derecho común, nos plantea el interrogante de si el objeto de la relación de *empleo público* es sustancialmente distinto al de la relación de *trabajo privado.*----------

------En un enjundioso trabajo, Ricardo GUIBOURG, partiendo de la premisa de que el legislador, al definir en el art. 21 de la LCT lo que debe entenderse por relación de trabajo, describió simultáneamente las características del empleo público, concluye en que *contrato de trabajo* y *empleo público* no exhiben naturalezas diferentes, y que la única diversidad es la que resulta de la normativa aplicable. El destacado autor citado, resume su tesis diciendo: «deberemos aceptar que la diferencia es contingente: no hemos de dar por sentado que contrato de trabajo y empleo público deben regirse por normas distintas porque son figuras diferentes, sino que admitiremos que son diferentes precisamente porque se rigen por normas distintas, y sólo en la medida en que esto ocurra» (GUIBOURG, Ricardo A., *El contrato de trabajo y la naturaleza jurídica del empleo público,* LT, t. XXVII, p. 481).----------

------*c) Régimen aplicable.* Sentado lo precedente, ante la hipótesis denunciada por el

actor de una simulación que intenta encubrir el verdadero carácter de la relación jurídica haciendo aparecer como locación de servicios o de obra lo que en realidad es empleo público, entiendo que, al no haberse sometido por «acto expreso» (art. 2, inc. «a», LCT) el Estado Provincial al régimen de la LCT (ver contratos de locación de obra glosados a fs. 269/273 vta.), la cuestión debe resolverse a la luz del Derecho Administrativo aplicable (Leyes Provinciales 1.987, 5.647 y 920).----------

------En este sentido la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene decidido que: «No es admisible sostener que la relación de empleo se hallaba regida por la ley laboral común frente a la existencia de un régimen jurídico específico que reglamenta los derechos de los dependientes del organismo estatal y a la disposición del art. 2, inc. *a,* de la LCT, según el cual el régimen no es aplicable a los dependientes de la Administración pública, salvo que por acto expreso se los incluya en éste o en el de las convenciones colectivas de trabajo» (CSJN, *Leroux de Emede, Patricia c. MCBA,* 30/4/91, *DT,* 1991-B-1847).----------

------*d) Erróneo encuadre de la demanda. Principio de congruencia. Inaplicabilidad del iura novit curia.* En consecuencia, el hecho de encontrarse la pretensión de la parte actora (fs. 47/53) estructurada sobre los parámetros de la LCT y no sobre las pautas del Derecho Administrativo local, régimen totalmente distinto, impide reencauzar la acción *(iura novit curia)* sin una grave afectación del principio de congruencia y del derecho de defensa, ambos de raigambre constitucional (art. 18 y ccdtes. CN; art. 44, CProv.; art. 34, inc. 4°, CPCC. Cfr. mi voto en SD N° 08/08 CANO).----------

------En efecto, mientras en la relación de *empleo público* impera la *estabilidad propia o absoluta,* entendiéndose por tal la que –en principio y salvo contadas excepciones establecidas por la ley– no puede ser reemplazada por una indemnización, en el *contrato de trabajo* rige la *estabilidad impropia o relativa,* es decir, aquélla que puede ser reemplazada por una indemnización (cfr. MARIENHOFF, *op. cit.,* t. III-B, p. 283, n° 979), de modo que el objeto de la demanda en uno y otro caso son totalmente distintos.----------

------Consecuentemente, además, mientras una demanda laboral no está sujeta a requisitos de habilitación de la instancia judicial, como el reclamo administrativo previo o el agotamiento de la vía administrativa –en este sentido la SIC N°

129/06 CANO (fs. 98/100 vta.)–, en la acción contenciosoadministrativa originada en un eventual fraude y simulación en la relación de empleo público necesariamente debe transitarse previamente las referidas instancias administrativas, a fin de que la Administración pueda ejercer sus facultades de *autotutela,* esto es, pueda juzgar sus propios actos con carácter previo al control revisor judicial (cfr. GRAU, Armando E., *Habilitación de la instancia contenciosoadministrativa,* p. 86, Editora Platense, La Plata, 1971. Cfr. SIC N° 63/08 CANO). De manera tal que el reclamo administrativo previo o los recursos administrativos, en los casos en que proceden, no son un privilegio de la Administración, sino remedios que se orientan a que ésta pueda lograr el reestablecimiento de la juridicidad en su propia sede, esto es, que permitan al Estado repensar o reconsiderar su propia conducta (cfr. HUTCHINSON, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos,* p. 180, Astrea, Buenos Aires, 1994).

------En suma, lo precedentemente expuesto, me lleva a la inexorable conclusión de que, aunque por otros fundamentos a los dados por el *a quo,* debe confirmarse el rechazo de la demanda laboral interpuesta por el Sr. J. M. S. contra la Provincia del Chubut.----------

------*e) Costas.* Teniendo en cuenta la novedad y complejidad de la cuestión planteada, la existencia de jurisprudencia contradictoria sobre el asunto traído a resolución, como así también que el actor se pudo haber creído con derecho a litigar y recurrir la sentencia de primera instancia, estimo que las costas deben imponerse por el orden causado (art. 68, *in fine,* CPCC).----------

------4. En mérito a lo expuesto, voto la cuestión por la afirmativa.----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN, el Dr. Flass dijo:----------

------Conforme lo expresado al tratar la primer cuestión voy a votar por: **1) CONFIRMAR** la sentencia n° 33/08 de 9 de junio de 2008 (294/301) en cuanto fuera materia de agravios. **2) IMPONER** costas por su orden (art. 68, *in fine,* C.P.C.C.). **3) REGULAR** los honorarios profesionales de la Dra. F. L. V. en la suma de $1.400, con más el IVA pertinente, por la labor efectuada en esta Alzada (art. 14 Dto. Ley 2.200).----------

------A idéntica cuestión, el Dr. Moisá dijo:----------

------Por lo expresado al votar la primera cuestión, propongo: a) confirmar la Sentencia N° 33 de fecha 9 de junio de 2008 (fs. 294/301 vta.); b) imponer las

costas de esta instancia por el orden causado (art. 68, *in fine,* CPCC); y c) regular los honorarios profesionales de la letrada. F. L. V. en la suma de $1.400, con más el IVA pertinente, por la labor efectuada en esta Alzada (art. 14 Dto. Ley 2.200).-

---

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

----------S E N T E N C I A----------

------VISTO: Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***resuelve:***----------

------1. CONFIRMAR la Sentencia N° 33 de fecha 9 de junio de 2008 (fs. 294/301 vta.).----------

------2. IMPONER las costas de esta instancia por el orden causado (art. 68, *in fine,* CPCC); regulando los honorarios profesionales de la letrada. F. L. V. en la suma de $1.400, con más el IVA pertinente, por la labor efectuada en esta Alzada (art. 14 Dto. Ley 2.200).----------

------3. REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.----------

------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 8 y 9 de la Ley 1.130, texto según Ley 4.550) y encontrarse en uso de licencia el Dr. Jorge Luis Früchtenicht.----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS **BENJAMÍN MOISÁ**

REGISTRADA BAJO N° 37/08 CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2008. CONSTE. Zulma Graciela Albornoz. Secretaria.