------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut a los 06 días del mes de Octubre del año dos mil nueve, reunido en Acuerdo la Sala Civil, Comercial, Laboral, Contencioso Administrativa, de Familia y Minería del Excmo. Superior Tribunal de Justicia con la Presidencia de su titular, Dr. Fernando S. L. ROYER y asistencia de los Sres. Ministros Dres. José Luis PASUTTI y Daniel Luis CANEO para dictar sentencia en los autos caratulados: "**A., O. E. PROVINCIA DEL CHUBUT s/ Demanda Contencioso Administrativa" (Expte. Nº 21.265-A-2.008)** y atento lo dispuesto por la Acordada Nº 3204/00, correspondió el siguiente orden para la emisión de los respectivos votos: Dres. PASUTTI, CANEO y ROYER.----------

------ Acto seguido se resolvió plantear y votar las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es procedente la demanda? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------ A la primera cuestión el Dr. PASUTTI dijo:----------

------ I.- O. E. A., agente dependiente del Estado Provincial, deduce acción contencioso administrativa (demanda obrante a fs. 190/198 vta. con aclaración a fs. 259 de que se había invertido el orden de sus nombres en aquélla) contra la Provincia del Chubut, persiguiendo la

nulidad de la Resolución Nº497/05 dictada por el Presidente del entonces Organismo Provincial de Turismo, que rechaza el reclamo que oportunamente interpuso en esa sede, solicitando de esta judicatura –como resultado de la nulidad que requiere sea ///declarada- ***se le reconozcan y otorguen*** la cantidad de novecientos sesenta y un (961) días y cinco (5) horas que entiende le corresponden en concepto de ***francos compensatorios por comisiones de servicios*** que afirma le adeuda su empleadora por los años 2.001, 2002, 2003 y 2004, en que cumplió tareas de chofer en aquel ente.----
---

------ En el capítulo "Hechos" efectúa un minucioso detalle de las actuaciones administrativas que se labraron a partir de su reclamo –foja por foja- obrantes en el Expte. Nº 1736/2004, que acompaña a la demanda en copia certificada y que se agrega a fs. 2/189.----------

------ Alude a dos notas –que inician su reclamo, con pedido de pronto despacho.- Una, la agregada a fs. 4 de autos del 11 de Junio de 2004 que dirigió al Sr. R. N., entonces Director Técnico de la Dirección General de Personal del Organismo Provincial de Turismo en la que presentó –en 116 fojas- "*los memos y hojas de ruta*" de las comisiones de servicio que dijo haber realizado en el período Enero de 2001 a Enero 2004, como así también una liquidación a mano alzada "*de los francos compensatorios que devengan de las mismas, los cuales le corresponden por ley*" para intervención y aprobación de esa autoridad, con el propósito –dijo- de comenzar a usufructuarlos a la mayor brevedad.-

Discriminó el total de francos en 363 días y una hora por el año 2001; 299 días y media hora por el año 2002; 295 días y 3 horas y media por el año 2003; y 3 días y cinco horas por el año 2004.- Finalmente señaló que faltaban sumar "*las* ***horas extras*** *que se encuentran registradas en las fichas personales de ingreso y fueron solicitadas por nota de fecha 9 de Febrero del año en curso al Sr...".-* Aclaró que no había obtenido respuesta alguna y adjuntó copia de la ///misma –fs.5- la que se dirige al Director General de Coordinación Económica del O.P.T., refiriendo a *las horas extras trabajadas a partir de Febrero de 2001*.----------

------ No da en la demanda más precisiones al respecto, limitándose a una exposición sobre el mecanismo de cálculo de los francos compensatorios por comisiones de servicios en el Dto.Ley Nº 1987, reglamentada por el Decreto Nº1330/81.- Así dice, que los trabajos realizados en comisión en el horario normal de 7 a 13 hs. se cuentan como horas normales; entre las 22 y 24 hs., como 2 –horas- nocturnas al 100%; y desde las 24 a las 6 hs. como horas dobles, al igual que los Sábados y Domingos.- Añade que a los Domingos y feriados, además de computarse horas dobles, cabe sumarles un franco más.- Da un ejemplo: si trabajó un día Domingo o franco importa 48 horas de labor, equivalente a 8 días francos, más un franco por ese día, correspondiéndole entonces nueve días de francos compensatorios.-----

------ En su relación de los hechos, remite el accionante a cada uno de los "memorandum" que adjuntó a su reclamación –desde Febrero de 2001 a Enero de 2004 (a fs. 11/117 de autos).- Según expone, en su mayoría son *"pedidos de autorización para realizar comisiones de servicio"*; en otros, se informa o consta –aclara- que la comisión "autorizada" se realizó.- Varían los destinos: localidades de la Provincia del Chubut, en otras provincias y en Chile.- Además manifiesta que se detalla en el anverso de cada uno -de dichos"memorandum"- el horario de salida y de regreso de dicha comisión y "*su correspondiente planilla de horas franco".*----------

///--- Refiere a una sola Resolución que *autoriza* una Comisión de Servicios a las ciudades de Río Gallegos, Río Grande, Ushuaia y Punta Arenas (Chile), suscripta por el Secretario de Turismo y Áreas protegidas en ejercicio de la Intervención del Organismo Provincial de Turismo (fs. 37 de autos).----------

------ Detalla todo el trámite administrativo: Notas, Dictámenes de los Asesores Legales de la Secretaría de Turismo y de la Asesoría General de Gobierno y los actos administrativos que se dictaron en el Expte.Nº1736/2004-OPT.----------

------ Entre aquéllas, resalta el actor la Nota de la Presidencia del Organismo del 19 de Noviembre de 2005 -agregada a fs. 157 de autos- que reza "*dado las razones y fundamentos esgrimidos a fs. 159 por esta Presidencia y que en su presentación de fs. 154, 155 y 156 no aporta pruebas sobre que los casos mencionados poseen características similares al*

aquí tratado, díctese el instrumento administrativo correspondiente a fin de rechazar la pretensión objeto de del presente expediente".----------

------ Finalmente –expone- el Presidente del OPT dictó la Resolución N° 497/05 rechazando su reclamo administrativo, frente al cual planteó Recursos de Reconsideración y Jerárquico en Subsidio y Recurso Directo, los que fueron rechazados por estar precluida la instancia recursiva-administrativa –mediante Resolución N°102-OPT/06 y Decreto N°73/07 (agregados a fs. 171 y 189 de los presentes, respectivamente, copia parcial del último).----------

///--- Denuncia que la Resolución N°497/05 está viciada en su objeto.- Aduce su carácter prohibido, porque ha sido dictada ante una situación distinta de la prevista por la ley -plasmada la misma en el considerando antepenúltimo o el número 20, indica- donde se le exige que realice un acto que la ley no le ordena, cuando sostiene que "*los francos compensatorios no fueron solicitados por el agente causante en tiempo y forma*".- Afirma que de ningún artículo del Decreto N°1330/81, ni de norma de procedimiento alguna surge esa obligación.----------

------ Arguye en el mismo sentido que dicha Resolución *"adolece de fundamentos razonables"* – se entiende que quiere decir de falta de

fundamentos razonables -tildándola de arbitraria e ilegal, al pretender endilgarle una responsabilidad "totalmente inexistente" –la descripta, que niega en el capítulo "III-Fundamentos" donde se explaya en la crítica de los dados en el acto administrativo que impugna, analizando el ordenamiento.----------

------ Asevera que para rechazar su petición, la Administración, en la Resolución en crisis, se funda en los arts. 23 del primera norma citada y en el Decreto N° 1553/85, aplicándole el art. 2° de éste que *ha sido derogado* y reemplazado totalmente por el Decreto N° 1438/88.- Estima el actor que este último lejos de perjudicarlo lo favorece, y transcribe sus arts. 1º al 4º y del 2º, sus apartados 1, 2 y 3.- Al mismo tiempo hace notar que en este último, cuando se indica el procedimiento *"para estos casos"* se deja claramente en evidencia de quién es la responsabilidad que se le endilga para negarle el beneficio.- Señala que pueden observarse un *"cúmulo de irregularidades administrativas reconocidas"* ///tanto en el Dictamen de de la Asesoría General de Gobierno como en los *"ambiguos de la Asesoría de la OPT de fs. 152 y 153 y en la Resolución Nº175/05* –este es el número del Dictamen de la primera Asesoría mencionada a fs. 147/150- *que se imputaron al suscripto"* para negarle lo que en *"indudablemente en derecho"* le correspondía.- Entiende que la responsabilidad clara, a la luz de las normas legales *"por ellos citadas",* es de los *funcionarios de jerarquía superior que exceden su atribución y competencia.*----------

------ Alude nuevamente a este último razonamiento al criticar a la Resolución en crisis especialmente su considerando 20, achacando que se *"le imputa"* no haber solicitado los francos en tiempo y forma… siendo competencia de los funcionarios de jerarquía superior –reitera.- A su juicio ha quedado en evidencia *"la falta de legalidad de la Nota de fs. 143 de la Dirección de Personal" porque se le endilga* esta omisión y se le dice que si éstos hubieran sido denegados tendría el derecho de usufructuarlos, mencionando genéricamente el Decreto Nº 1330/81.----

------ Se pregunta en qué artículo del citado Decreto se le obliga expresamente a solicitar los francos en tiempo y forma para que éstos sean denegados por razones de servicio y de esta manera tener derecho a usufructuarlos.- Señala que es muy clara la responsabilidad directa de la Dirección del Área Personal como está establecido en el art. 44 inc. VII del citado Decreto.----------

------ Manifiesta luego –como vicio en el objeto de la Resolución Nº497/05- que la misma es *irrazonable, contradictoria, absurda e ilógica, porque se resuelve cosas antitéticas y dispone en la parte resolutiva lo contrario de lo que en los considerandos expresa* –se ///apoya en doctrina.-Arguye que en éstos, en casi todos, no existe ninguna imputación contra el actor,

salvo las que antes señaló; que al contrario, existe un claro reconocimiento de responsabilidad de la anotación y la certificación de los francos compensatorios, que no son responsabilidad suya; y que después "abruptamente" se rechaza su pedido en la Resolución impugnada, conformando con ello una contradicción, *"típico de un caso de irrazonabilidad que atenta contra el principio lógico elemental de no contradicción"*.----------

------ El restante vicio argüido de la Resolución Nº 497/05 es *desviación de poder.-* Aduce el actor que el funcionario interviniente actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley.- El funcionario –sostiene con cita de doctrina- tiene su competencia restringida a lo que ésta determina y orientada al cumplimiento de su finalidad.- Advierte que algunos autores incluyen este vicio dentro de la arbitrariedad, y argumenta que existen tres casos de desviación de poder que se configuran cuando el funcionario actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley que ejecuta.- En uno de ellos –tal, estima, su caso- se actuó con la finalidad de beneficiar a la Administración, caso bastante común –dice apoyándose también en doctrina- quien imbuido de un erróneo espíritu fiscalista pretende ejercer el poder de la ley en indebido beneficio de la Administración o del Estado.- Intelige el actor que el funcionario decidió el rechazo de su petición, prescindiendo de los hechos acreditados en el Expediente, pues las comisiones de servicio fueron debidamente acreditadas; asevera que existieron en lo fáctico, que no fueron un invento de él, ni una creación mental, con el agravante de que se

desconoce la ///*"subsanación… de fs. 138"* (se refiere a una nota del Director General de Comunicación y Marketing que dice que las comisiones se encontraban autorizadas) y "*los antecedentes de fs. 155 y 156"* (que aluden a un Dto. Nº 1852/05 – que otorga reconocimientos en casos que el actor entiende análogos) conformando la arbitrariedad que acarrea la nulidad.- Antes había calificado esta arbitrariedad de subjetiva, porque –alega- que el funcionario tenga cierto margen de discrecionalidad no significa que puede actuar caprichosamente o arbitrariamente...---------

------ Se ampara después (fs 197) en la aludida *"subsanación realizada por el Director General y Gestión Operativa L. G. de fs. 138"* (la pieza está dirigida a esa Dirección General, pero quien suscribe ocuparía o habría ocupado otra –la antes mencionada), quejándose de que en la Resolución opugnada no se tuvo en cuenta que éste manifestó que las comisiones se encontraban autorizadas debidamente por los funcionarios de turno, por considerarla extemporánea, resultando el razonamiento –entiende- una clara *violación del principio del informalismo.*----------

------ A posteriori refiere a los *"casos anteriores obrantes a fs. 155 y 156"* y critica que la Resolución que dice nula no tuvo en cuenta estos antecedentes que el actor aportó, aduciéndose que no hay prueba de que sean similares al propio, lo que importa a su juicio una "burda

arbitrariedad" por parte de la autoridad administrativa atento que claramente surge "*de los considerandos... la similitud con el caso en cuestión*" –insiste.- Se pregunta qué otras pruebas quería que aportase la autoridad administrativa..., que las Resoluciones Administrativas como las Sentencias judiciales se bastan a sí mismas, sin necesidad de otro valor probatorio.----------

///--- Finalmente solicita que por los argumentos esgrimidos, ante la gravedad del vicio, se declare la nulidad absoluta del acto y repare el derecho visiblemente cercenado accediendo a la petición y ordenando el otorgamiento de los francos compensatorios estipulados en el Objeto de la demanda.----------

------Funda en derecho, en los arts. 14 y 14 bis de la Constitución Nacional concordantes con la Constitución Provincial –sin individualizar precepto alguno- y en normas provinciales: Dto. Ley N° 920, Dtos. N° 1330/81, 1553/85, 1438/88.- Y además, en los Exptes. Administrativos N° 1553-MSAS-1996, N° 3919-SDS-2004 y N° 5328-SDS-2004 que ofrece como prueba, (de los cuales sólo los dos últimos fueron recibidos mediante Nota 100/08 de la Fiscalía de Estado (fs. 224), sin que el actor cuestionara, ni requiriera intimación).- Ofrece prueba, hace reserva del caso federal y realiza petitorio de estilo.----------

------ II.-A fs. 233/241 contesta la acción la Provincia del Chubut negando en general los hechos y el derecho invocado: que le correspondan al accionante novecientos sesenta y un (961) días y cinco (5) horas como francos compensatorios y discriminados como lo hace en su pretensión en el período Enero de 2.001 hasta Enero de 2004; que los francos surjan de comisiones de servicios que aquél realizara como chofer del OPT bajo las modalidades del Dto. Ley N°1987 y el Dto. N°1330/81 que reseña en la demanda; que el Decreto 1438/88 lejos de perjudicar al actor lo favorezca; que en los Dictámenes de la Asesoría General de Gobierno y otros fueran reconocidas un cúmulo de irregularidades y ///que los mismos fueran ambiguos.- Niega que corresponda declarar la nulidad de la Resolución Nº 497/05, que ésta esté viciada en su objeto, que sea de carácter prohibido por haber sido dictada en una situación distinta de la prevista por ley, que se le exija al actor hacer lo que el Decreto Nº1330/81 no manda, que adolezca de fundamentos razonables o sea irrazonable, absurda, ilógica, arbitraria e ilegal, que resuelva cosas antitéticas, que disponga en la parte resolutiva lo contrario de lo expresado en los considerandos; que le endilgue a aquél una responsabilidad inexistente; que exista desviación de poder por actuar un funcionario con una finalidad distinta de la perseguida por la ley, ni que esto configure una arbitrariedad subjetiva; que exista en aquel acto administrativo un reconocimiento de que la responsabilidad de la anotación y certificación de los francos compensatorios no sean responsabilidades

del Sr. A. y que conforme un caso típico de contradicción e insanable irrazonabilidad.----------

------ En el capítulo IV-Hechos, critica inexactitudes que encuentra en la Demanda y analiza las normas en las que se funda la Resolución Nº 497/05.- Destaca que se ha dado como fundamento el Decreto Nº 1330/81, art. 44 apartado XV y *"no el art. Ap. IV como desaprensivamente se menciona en la pretensión (vide III-FUNDAMENTOS)".-* Recuerda que el Decreto reglamentario del Dto. Ley Nº 1987, en aquella norma citada en la Resolución establece en su apartado VII: *"cuando el agente se hallare cumpliendo una comisión de servicio, dispuesta por la autoridad correspondiente, el jefe de oficina o servicio que tenga a su cargo el control de la inasistencia del personal, consignará esa circunstancia en la planilla de asistencia o parte de novedad respectivo".-* Sostiene que a esta *"mera exigencia incumplida olímpicamente por el actor A. se reduce el núcleo de la controversia dirimida inobjetablemente en sede ///administrativa mediante la Resolución Nº 497/05".-* Aduce que el actor jamás obtuvo el acto de autorización por parte del funcionario respectivo ni demostró –ni podrá hacerlo, advierte- que tales francos fueron usufructuados en el transcurso del mes que le dieron origen o el siguiente; tampoco de la documental –hace notar- en especial de las planillas de detalles de francos correspondientes al agente, ni de otro registro, surge la constancia requerida por la norma del art. 44 transcripta antes, *"resultando indeterminable la cantidad de días que comprendería el concepto de franco compensatorio pretendido".-* Señala que como lo reconoce la actora, cuando resulte de aplicación lo reglado por la norma antedicha, el

Decreto Nº 1553/85 señala que *"los responsables de las diferentes Unidades de Organización arbitrarán los medios necesarios para que los agentes puedan usufructuar los francos adeudados en el más corto plazo, siempre dentro del término de quince (15) días indicado".*----------

------ Refiere falta de relevancia en la cita del art. 2º del Decreto Nº 1553 que efectúa el Asesor General de Gobierno (el que el actor dice derogado), porque se hizo en un Dictamen no vinculante, y por no haberse iterado como fundamento sino como simple cita textual en la Resolución Nº 497/05.- Contrariamente a lo sostenido por el actor -indica- el originario art. 2º del Decreto de marras contemplaba la figura del reconocimiento de servicios extraordinarios prestados sin la debida autorización que es el *"encuadre exacto de la pretensión no acreditada de A."* -aclara- *entretanto el Decreto Nº 1438/88 que lo deroga y la propia parte trae a colación, como principio general prohíbe autorizar dichos servicios salvo en los casos, condiciones y procedimientos ///que se establezcan en esa norma, quedando las excepciones sometidas a los requisitos del art. 2º* -subraya este párrafo la accionada, remitiendo a la normativa y añade: *"y que se encuentran igualmente faltos de comprobación y demostración por parte del agente, en virtud de lo cual su preceptiva profundiza aún más el carácter improponible de su pretensión"* y menos – aduce- la nulidad solicitada.----------

///

------ Argumenta que pervive la *presunción de legitimidad* del acto administrativo atacado porque el actor no ha acreditado en todo el procedimiento administrativo el mínimo cumplimiento de la preceptiva legal reseñada, no demostró la debida autorización por parte del funcionario legitimado sobre las comisiones de servicios a raíz de las cuales se originarían los francos, por ende, tampoco la extensión de los mismos.- Advierte que estas son todas omisiones legales, insubsanadas a la fecha.- Pide observar en la documental acompañada, que aún insistiendo la Administración en el requerimiento de dichas constancias y/o certificaciones previo al dictado de la Resolución atacada –remite a la Nota Nº 72/05- requerimientos de Asuntos Legales del OPT al Área de Personal- resultó imposible tenerlas por corroboradas.----------

------ En cuanto al acto administrativo atacado, estima que no adolece de vicios en sus elementos constitutivos: competencia, voluntad, forma, procedimiento, causa o finalidad y menos aún los invocados por la actora, que –dice- intenta obtener la nulidad por la nulidad misma.- Razona que de considerarse la cita errónea por parte del Dictamen legal de un inciso derogado, no demuestra el actor qué defensa le fue privada ejercer, ni ulteriormente, que pudiera haber acaecido un resultado diferente a sus intereses de observarse lo pretendido.- Argumenta que no hay atisbo del objeto prohibido ni de la desviación de poder invocados ///por el actor, ni actividad válida en el proceso que permita presagiar su declaración.----------
---

------ Recuerda que la presunción de legitimidad de los actos administrativos responde a la finalidad de asegurar su ejecutabilidad y evitar que la simple oposición de un particular pueda paralizar los efectos de la acción administrativa, dejándola al arbitrio de aquél; y que su efecto esencial consiste en trasladar al afectado por tales actos la carga de impugnarlos y de probar que ha ocurrido la grave anomalía en forma clara, metódica y explicada.- Marca la temeridad ostensible –entre otros epítetos- a mas del desconocimiento de la magnitud de lo que viene a proponer la contraparte.----------

------ Rechaza la desviación de poder alegada señalando la pobreza de elementos en que se sustenta, advirtiendo que en sistemas "judicialistas" debe ser realizada en supuestos límites, cuando la misma suponga una auténtica desviación de la ley o cuando la finalidad que el agente quiere lograr con la prestación debida por él es otra que la establecida por ley -cita jurisprudencia de este Superior Tribunal de Justicia SD Nº5/SC/03 y SD "V.…".----------

------ En el capítulo V, opone la accionada la prescripción bienal, y en subsidio la quinquenal.- En V.1) aduce que del contenido de los argumentos de la Demanda y de la actividad jurisdiccional que el actor propone, dimana con claridad prístina que las nulidades, en caso

de existir, son absolutamente ocultas y sujetas a desarrollo probatorio para ponerlas de relieve, conforme las plantea.- Estima que la Resolución ///497/05 mantiene enhiesta la más absoluta presunción de legitimidad, tanto que hace dos años y medio que produce efectos.- Con citas de doctrina distingue entre actos nulos y anulables, según sea o no manifiesto el vicio, para concluir que en autos la nulidad denunciada, en caso de ser declarada, *es relativa por no resultar patente, que deviene en absolutamente prescriptible* dentro del lapso de dos años que prevé el art. 4030 CC.- Advierte que aquel acto administrativo se dictó el 28 de Diciembre de 2005 y esta acción se interpuso el 25 de Marzo de 2008, encontrándose entonces prescripta por aplicación de este último precepto, solicitando que así sea declarada –cita doctrina.- ----------

------ Subsidiariamente, en V-2) opone al progreso de la acción la prescripción quinquenal de todo reclamo que se pretende anterior al 25 de Marzo de 2008 –funda en jurisprudencia de este Superior Tribunal que reza que la acción del agente para reclamar prestaciones impagas derivadas de las relaciones de empleo público es prescriptible y la norma aplicable es el art. 4027 inc. 3 CC que determina un plazo de cinco años.----------

------ Funda en derecho el responde –Decretos Nº1330/81, Nº1553/85, Nº1438/88, arts. 4027 y 4030 CC- hace reserva del caso federal y realiza petitorio de estilo.----------
------

------ III.- Corrido traslado de la prescripción, a fs.244 y vta. contesta el actor, solicitando su rechazo.- Aduce que es inexacto el planteo porque la prescripción se interrumpió el 3 de Abril de 2006 cuando presentó *"conforme a derecho y obligatoriamente el inicio de la vía administrativa prejudicial, obligatoria para estos casos, conforme lo normado en la Ley Provincial 920"* -interpreta- un Recurso de ///Reconsideración y Jerárquico en subsidio, los que fueron rechazados por Resolución Nº 102-OPT-03 (fs. 171 de autos).- Sostiene que amén del Recurso Directo que le otorga esa misma norma, que presentó el 9 de mayo de 2006, que también fue rechazado el 5 de Febrero de 2007, el plazo de prescripción debe contarse desde el 3 de Abril de 2006 y a la fecha no se cumplieron los dos años que establece el art. 4030 CC.- Con citas de doctrina y jurisprudencia advierte que no resulta admisible que cuando el propio Estado impone las gestiones administrativas previas a una demanda judicial, se le niegue a aquéllas *"el carácter interruptivo"* de la prescripción y remite a la Nota del art.3986CC.----------

------ A fs. 245 se difiere el tratamiento de la prescripción para la oportunidad de dictar el fallo definitivo.----------

------ IV.- A fs. 287 y vta. presenta su alegato la actora, no así la demandada, dándose por decaído su derecho dejado de usar a fs. 289.--

///

------ V.- A fs. 294/296 vta. emite su Dictamen el Sr. Procurador General.- En cuanto al planteo de prescripción (punto VI) entiende que el plazo de ésta, en relación con la acción contencioso administrativa, es el previsto en el art. 4023 CC, que al momento de interponer la demanda no había transcurrido, contándolo desde la notificación del acto administrativo cuya nulidad se pretende.- En cuanto a lo sustancial de la pretensión, dice que es el pedido de reconocimiento de los francos compensatorios fundados en haber prestado tareas durante horas extraordinarias y feriados.- Interpreta que así, la expresa negativa en sede administrativa exteriorizada mediante la Resolución N°497/05 no ///deber ser necesariamente atacada de nulidad para que la cuestión pueda ser tratada en esta sede.- Aclara que a su modo de ver, la situación jurídica cuyo reconocimiento reclama no tiene origen en el acto que ataca, sino en la alegada prestación de tareas fuera del horario habitual.- Concluye el punto afirmando que la acción ha sido deducida dentro de su plazo, tomando los siguientes antecedentes de la causa: que el Sr. A. dedujo una petición en sede administrativa solicitando el reconocimiento de francos el 9 de Febrero de 2004 con efectos interruptivos de cualquier curso de prescripción que hubiera podido estar corriendo, y que dicho reclamo finalizó con expreso pronunciamiento de rechazo dictándolo el 28 de Diciembre 2005 –remite a fs. 165/167, donde obra aquélla resolución impugnada.----------

------ En el punto VII va a concluir el Sr. Procurador dictaminando el rechazo de la demanda.- Toma como argumentos los esgrimidos por la Administración para desestimar la pretensión actora: que no se han acreditado las comisiones de servicio en las que dice éste haber participado, que expresamente han sido desconocidas al contestar la demanda; que no se ha acreditado la necesaria autorización previa y expresa del Ministro o Secretario para prestar tareas en horarios extraordinarios; que los francos compensatorios que hubieran podido corresponder debieron haber sido usufructuados dentro del mes que le dieron origen o en el mes subsiguiente salvo que, debidamente solicitados, hubieran sido denegados por razones de servicio.- Señala el Magistrado que todas estas razones obstan la procedencia de la acción.- En cuanto a la documental acompañada en sede administrativa y la ofrecida en autos, advierte que se trata de solicitudes de comisiones de servicio o pedidos de pago de viáticos, mas no dan cuenta de la aprobación del cierre de cada una de dichas comisiones, que ///eventualmente sería el acto eficaz para tener por acreditada su concreción.- En este orden de ideas dice que la prueba testimonial rendida a fs. 257/258 no aporta mayores precisiones al respecto, y en cuanto al régimen legal, entiende claro que la prestación de tareas en horas extraordinarias prevista por el Decreto N°1438/88 sentaba el principio de su prohibición en su art. 1°, salvo que se cumpliera con el procedimiento de excepción regulado en el art. 2° de dicho reglamento y entiende que los elementos de prueba

aportados no permiten tener por cumplido dicho procedimiento.- Culmina afirmando, que si el actor cumplió tareas al margen del régimen, sin contar con las autorizaciones previas, debería eventualmente pretender la responsabilidad de los funcionarios que las hubieran solicitado.- A su juicio la manifestación del Sr. G. en copia certificada a fs. 139 resulta a todas luces insuficiente para tener por cumplidos los recaudos reglamentarios que imponían la autorización expresa, previa y motivada del Ministro o Secretario.- Plantea que en la hipótesis de haber prestado funciones en los casos que indican las notas adjuntas, ninguna de las actividades presenta una situación de necesidad y urgencia de algún servicio esencial que ameritara excepción.- Destaca que tampoco se probó la solicitud del goce de los francos oportunamente requerida por el actor como lo exige la reglamentación, apoyándose en la SD N° 7/SCA/04 de este Cuerpo.- Transcribió e hizo suyos fundamentos allí dados.----------

------ VI.- A fs. 299 se llaman autos para sentencia y a fs. 300 se practica el sorteo de la causa.----------

///--- VII.- Las pruebas están dadas por fotocopias certificadas de los Exptes. Administrativos Nº 1736/2004 -acompañado a la Demanda, por el que tramitó el reclamo del Sr. A.- y los que se solicitaron mediante informativa, N° 3919-SDS-2004 y N° 5328-SDS-2004 .- Planillas de Asistencia del actor desde Enero de 2003 a Diciembre de 2006 –en copia simple, a fs. 204/215 vta.-; copia certificada de la

Resolución Nº497/05 (fs. 226/229).- Confesional del actor fs. 278/279 y del Sr. Gobernador a fs. 268/269 y Testimonial de fs. 257/258.---------

------ VII.- ANALISIS: ----------

------ 1.- Requiere el Sr. A. de este Tribunal, le reconozca y otorgue nada menos que 961 días y cinco horas de francos compensatorios, que asegura le adeuda la Provincia del Chubut por comisiones de servicios cumplidas para el que fuera el Organismo Provincial de Turismo durante varios años : 2001, 2002, 2003 y 2004.- Reclamó su otorgamiento en nota del 11 de Junio del mismo año 2004 (fs. 4 de estos autos), la petición mereció rechazo por Resolución N° 497/05 de ese Organismo (fs.201/203), como lo obtuvieron también los Recursos que –aunque inoficiosos- contra esa decisión intentó en la sede.----------

------ En pro de habilitar la jurisdicción –endilgándole vicios en el objeto, arbitrariedad y desviación de poder- acusa de nulidad ese Resolutorio, fundando su pretensión en el hecho del servicio cumplido en comisiones, que aduce estuvieron autorizadas por la autoridad competente, poniendo de resalto que la Administración no siguió la reglamentación aplicable y que a otros agentes en su

situación, los francos le fueron concedidos.----------

///--- La Provincia del Chubut niega que al actor le corresponda el derecho reclamado, defendiendo la legalidad del acto nulidicho, así como de los procedimientos seguidos en la sede administrativa.- Intenta con sus argumentos – y expresiones contundentes- convencer de que no se dan los presupuestos que permitan acceder a la pretensión dentro del régimen aplicable al agente.- Achaca al actor haber confundido el fundamento normativo del acto impugnado cuando dice que es el Decreto N° 1330/81 en su art. 44 apartado XV y no el art. 23 apartado IV, destaca las previsiones del apartado VII de la norma citada en la Resolución atacada, insiste en que no se demostró que las supuestas comisiones hubieran estado autorizadas, califica de indeterminable su extensión, pues ello no es demostrable por las planillas de detalle de francos ni surge de otros registros.- Tampoco –afirma confusamente- se acredita que tales francos *"fueron usufructuados en el transcurso del mes que le dieron origen o en el siguiente"* – entiendo que quiere decir o fue solicitado su goce, o no fueron usufructuados...- Y si bien no opone formalmente caducidad, afirmará que los responsables de las diferentes Unidades de Organización deben arbitrar los medios necesarios para que los agentes *"puedan usufructuar los francos adeudados en el más corto plazo, siempre dentro del término de quince días",* lo que funda genéricamente en el Decreto N°1553/85.- Por otro lado aduce el carácter no vinculante del Dictamen del Asesor General de Gobierno cuando cita un Decreto

que admite derogado, asegurando que la preceptiva no es fundamento del acto sino cita del dictamen.- La norma vigente, Decreto N° 1438/88 –aduce- impuso como "principio general" ///*la prohibición de autorizar servicios extraordinarios,* salvo las excepciones establecidas en su art. 2°, advirtiendo que no ha comprobado el agente que esté incluido en las mismas.- Encuentra en definitiva "improponible" la pretensión.----------

------ Tales los términos de la relación procesal.----------

------ También opuso como defensa de fondo, prescripción.- Frente a la pretensión de nulidad de aquel acto administrativo, la normada en el art. 4030 CC, interpretando que la nulidad alegada es relativa, computando el plazo de dos años desde la fecha en que se dictó la Resolución Nº 497/05: el 28 de Diciembre de 2.004.- Subsidiariamente la quinquenal, prevista en el art. 4.027 inc. 3 CC por –dice- todo reclamo de reconocimiento de francos compensatorios por comisiones de servicio anterior al 25 de Marzo de 2008, que es la fecha de interposición de la demanda.----------

------ 2.- Pues bien, llamado por razones elementales a resolver esta defensa primero, la Prescripción bienal deducida no ha de prosperar.- Mediando acto administrativo que cerró la reclamación, atacado éste

de nulidad alegando arbitrariedad y desviación de poder, causas de nulidad absoluta - cuya imprescriptibilidad viene reconocida casi unánimemente por la doctrina en tanto se encuentra comprometido el orden público (CASSAGNE – Reflexiones en torno a la invalidez de los actos administrativos – Revista El Derecho – Bs. As. 45-28) ya tengo dicho en diversos precedentes que la prescripción de esa acción es la prevista por el art. 4.023 CC.- Si la Administración cuenta con 4 años para revocar por sí sus propios actos, la prescripción para demandar su ///nulidad ante la autoridad jurisdiccional no puede ser menor (SD Nº 8/SCA/00, 5/SCA/03, 9/SCA/04).----------

------ En cuanto a la subsidiaria quinquenal, en tanto la demandada niega los hechos y el derecho pretendido –a los francos compensatorios por comisiones de servicios que no admite que se hayan cumplido, ni las condiciones reglamentarias para el otorgamiento de aquéllos- preciso es analizar previo a resolverla, la exigibilidad de la prestación que se demanda, esto es, si el derecho del actor existe, y en su caso, en qué momento y a partir de qué fecha tiene expedita su acción, y si se produjo o no interrupción.----------

------ 3.-No ha sido acompañada la carátula del Expediente Administrativo por el que tramitó el reclamo del actor.- Sin embargo, de las constancias adjuntas a la demanda, surge que el juego de copias certificadas que acompaña corresponden al Expte. Nº 1736/04 al que aluden las partes

y en el cual se dictó el acto opugnado: la Resolución N°497/05.- Atento que tales copias fueron agregadas en autos a fs. 2/189, me referiré en adelante a la foliatura de los presentes al citar las constancias administrativas.----------

------ 3.1.- Comenzó A. reclamando horas extras.- La petición más antigüa que encuentro es la Nota el 9 de Febrero de 2.004 (fs. 5 de autos) mediante la cual el ahora accionante solicitó la liquidación de las que habría trabajado en el mes de Febrero de 2.001.- A ello sigue el reclamo general que formula en presentación del 11 de Junio –ya referido- y luego, en Nota N° 820 del 6 de Octubre de 2004 (fs. 2) el ///Director General de Coordinación y Gestión Económica de aquel Organismo –F. G. M., que en esta sede judicial luego vendrá a dar su testimonio a fs. 257/258- solicita que se dé Número de Expediente a la documentación presentada *"para liquidación de francos compensatorios del agente E. O. A. correspondientes a los años 2001-2002-2003 y 2004"*, tal lo peticionado.----------

------ 3.2.- De fs. 3 a 118 obra la documentación que acompañó a su requerimiento el accionante:----------

------ 3.2.1.- Cuatro liquidaciones –por él efectuadas- que abarcan desde el 28 de Febrero de 2001 al 23 de Enero de 2004: fs. 6/10 por

el año 2001, fs. 45/48 por el año 2002, fs. 74/78 por el año 2003 y también en fs.78 por el año 2004.----------

------ 3.2.2.- Respecto de cada año adjuntó a las mismas –haciéndolas corresponder- copias de "memorandum" y en el reverso de cada uno, hojas de rutas en copias prácticamente ilegibles, sin firma ninguna.-----

------ Los "memorandum" son en su mayoría ***solicitudes de autorización para realizar comisiones de servicio o de viáticos***.- En el de fs. 56 se requiere autorización para que se realice *"un adelanto de comisión de servicio",* anunciando hora de salida y regreso.- En otros, se informa o consta que la comisión "autorizada" ya se realizó.- Varían los destinos que se indican: localidades de la Provincia del Chubut, de otras provincias (v.g. fs. 36) y de Chile.- En el anverso de cada uno de dichos "memorandum" consta -en su mayoría,
///reitero, ilegible y sin firmas- un horario -aparentemente de salida y de regreso.----------

------ Por ejemplificar, a fs. 37 figura una Resolución que autoriza Comisión de Servicios a las ciudades de Río Gallegos, Río Grande, Ushuaia y Punta Arenas (Chile), suscripta por el Secretario de Turismo y Áreas protegidas en ejercicio de la Intervención del Organismo Provincial de Turismo.- A fs. 57, obra una "constancia sobre el movimiento del vehículo oficial…", el que se dice "será conducido" por el actor, trasladando a la Comisión Directiva de la

Federación Inmobiliaria durante cuatro días.- Desde las 19hs. del primer día a las 23:30 hs. del último.- Y así consta: "20 de Junio: Aeropuerto (TW)-Rawson; 21 y 22 de junio: "city tour" por las ciudades de Trelew y Rawson y Balneario Playa Unión; 23 junio "city tour"a la ciudad de Puerto Madryn y recorrida por el Área Península Valdés".- *"Será conducido…"* destaco.----------

------ 3.3.- Estos antecedentes son remitidos al Director de Asesoría Legal del Organismo (a fs. 120) cuyo informe (fs. 121 – Dictamen N° 15/05) advierte que como a este agente, por Decreto Nº37/98, se le habían reconocido ya 1.332 días en concepto de francos compensatorios por tareas en horario extraordinario y días de descanso semanal pendientes de usufructo (art.2º)… consideraba conveniente no apartarse de esa "norma".- No hay más cita que este Decreto, cuya copia se agregó a fs. 126/127.- En el mismo, el entonces Gobernador había *"exceptuado… de lo determinado por el Decreto Nº1427/90 y su modificatorio Nº1656/90 (art.1º)"* ***autorizando el pago de 1.332 ///días de francos compensatorios*** "*por tareas en horario extraordinario y días de descanso semanal pendientes de usufructo (art.2º) a favor de…*A.*… de acuerdo a los informes…y en virtud de lo establecido en los arts. 3º del Decreto Nº1427/90 y 44 del Decreto Nº 1330/81 y Decreto Nº 327/87".-* En los considerandos se expone que ***el agente había presentado su renuncia al cargo de chofer y el Ministerio de Salud y***

Acción Social había gestionado el pago de francos compensatorios adeudados a aquél.- Esta copia sería acompañada recién por la Dirección General de Administración de Personal más adelante (con el Dictamen que emitió N° 22/05 a fs. 128/129).----------

------ No se ofreció como prueba el legajo personal, así que no es deducible de cómo y cuándo "retoma" el actor, las tareas de chofer que ese acto menciona renunciadas.----------

------ 3.4.- Constan sucesivos "pases" de los antecedentes a distintos funcionarios: a Personal (fs. 121 vta.), al Interventor del OPT (fs. 122), a la Asesoría General de Gobierno (fs. 123) y ésta a su vez los envió a la Dirección General de Administración de Personal *"en virtud de lo establecido en el art. 79 de la Ley 1987 y de lo expresado a fs. 2"* (fs. 124).----------

------ 3.5.- Es en ese momento en que la Directora General de Administración de Personal produce el Dictamen N° 22/05 (se reitera, a fs. 128/129) efectuando tres observaciones: a) que la Planilla del detalle de horas y/o francos del agente debía estar ***certificada*** por el responsable del área; b) que debía acreditarse que ***no se usufructuó de ningún franco compensatorio desde 2001 hasta 2004***, ///advirtiendo que hasta el momento sólo se habían incorporado al Expediente los "*Memorandum solicitando autorización y anticipo de viáticos a rendir para la comisión de servicios,* ***estando autorizados sólo dos";*** c)

que debía acompañarse el ***Informe de francos compensatorios del área de personal*.-** Se citó además el Dictamen N°43/99 de la Fiscalía de Estado –como precedente - en el que se había entendido que *no parece legítimo adjudicarle la responsabilidad del no uso de los descansos al agente reclamante, por cuanto el no goce de los francos en el tiempo que la normativa prevé (art. 23 punto XV del Decreto 1330/81)" se originó en razones de servicio.*----------

------ Dijo, siguiendo los lineamientos del mismo -que transcribió- que aunque en principio esos descansos no debieran sustituirse por pagos, *la solución resultaba inevitable cuando el vínculo se extingue*, sin que hayan sido compensados en especie, por aplicación analógica de lo dispuesto para las licencias pendientes de utilización –al que remitió- atento que el empleado público no puede tomarse el descanso en tanto no le sea autorizado, *"ni la compensación se halla sujeta a plazo digno de caducidad en este tipo de relación de trabajo"* –cita jurisprudencia de la Cám.Cont.Adm.Federal.- La funcionaria concluyó que *en el caso, en tanto el vínculo no se había extinguido, por cuanto el agente seguía prestando servicios,* no resultaba posible la compensación en dinero, de modo que el responsable del Ente debería "***en caso que se certifiquen los días laborados por el agente, considerar viable el otorgamiento de los francos compensatorios***".--------

///

///--- 3.6.- El Director de Asuntos Legales del OPT (fs. 129 vta./132), solicita a seguido –de acuerdo a lo dictaminado por la Dirección General de Administración de Personal- a la Directora de Administración, un Informe sobre la utilización de francos compensatorios entre los años 2001 y 2004 del agente A., atento que sólo obraban en las actuaciones memos solicitando autorización y anticipo de viáticos a rendir para comisiones de servicios, estando autorizados sólo dos.- Se obtuvo como respuesta una Nota (fs. 132) que advierte que ya se había brindado oportunamente a la Asesoría un detalle de los días –un total de 23- en que el agente usufructuó francos compensatorios (adjunto a fs. 133).----------

------ 3.7.- La Directora a cargo de la Administración del OPT solicitó al Área de Personal informar *a qué comisiones de servicio correspondían estos francos compensatorios otorgados*, así como *"revisar"* la solicitud del reclamante *si correspondía esa cantidad de horas y si las horas de descanso eran válidas para el uso del franco compensatorio* (fs. 134).- Se obtuvo como respuesta la Nota N° 39/05-AP, indicando que los francos usufructuados por el agente A. habían sido "a cuenta de los que tramitan por el Expediente de referencia".- Se señaló -acerca de si correspondía esa cantidad de horas- que se tendrían que revisar todos los Expedientes, y a su vez, debían estar certificados por el responsable del Área de Promoción de esos años, tal lo solicitado por la Asesora Legal de la Administración de Personal, *dado que dicha certificación no se cuenta en las copias de memos y planillas presentados por dicho agente.-*

Sugiere consultar a la Asesoría General de Gobierno para que se expida al respecto.----------

///--- 3.8.- Recibido el informe aquella autoridad remite el Expediente al Director General de Coordinación y Gestión Económica (G. M.), que sin exponer juicio, lo envía –nuevamente- a la Dirección de Asuntos Legales (fs. 135 y vta.).----------

------ 3.9.-Por Nota Nº 42/DAL/05, esta última responde a lo solicitado en los puntos a), b) y c) del Dictamen Nº 22/05 de la Dirección General de Administración de Personal, que dirige a ésta.- Respecto de la certificación solicitada en a), expresa *no cuenta el Área de Personal con Planillas donde se detallen de horas y/o francos del agente O. A.* y que la certificación no cuenta en las copias de los memos y planillas presentadas por ese agente (a fs. 137 adjunta memorando donde solicita al Departamento de Personal ese informe).- Advierte que éste acompañó una Nota del Sr. L. G. (que agrega a fs. 139) dirigida a la Dirección General de Coordinación y Gestión Económica informando que la documentación presentada en el Expediente corresponde a comisiones de servicios realizadas en su carácter de chofer en el período en el cual el informante fuera Director General de Comunicación y Marketing de este Organismo y que las mismas se encontraban debidamente autorizadas por los funcionarios de turno.- Sobre el uso de francos compensatorios entre los años 2001 y

2004 –reescribe lo dicho por los informes antes glosados.----------

------ 3.10.- En el Dictamen N° 52/05 (fs. 142/143) el Director General de Administración de Personal y la asesora letrada de esa Dirección, una vez evaluadas las constancias de autos y la documentación, entendieron que correspondía, salvo mejor criterio del Señor ///Presidente, dictar el acto administrativo *"concediendo los francos compensatorios que reclama el agente A., con la salvedad de los ya usufructuados".-* Se apoyaron en los antecedentes que detallé antes, advirtiendo haber plasmado el criterio de la Fiscalía de Estado en el Dictamen N° 43/99-DGALA y en Dictamen N° 22/05-DGAP.----------

------ 3.11.- Pasados los antecedentes al Área de Personal, a los efectos del "*confronte de las liquidaciones obrantes en autos con las constancias respaldatorias de los mismos"* (ordenado por el Director de Asuntos Legales del OPT a fs. 143 vta.), se obtiene la respuesta en la Nota N°055/05 (fs. 144).- Se informó ***"que existen diferencias entre las liquidaciones obrantes en autos con las constancias respaldatorias en cuanto a números de expedientes o memos" y que dicha área no puede certificar la Hoja de Ruta presentada por el agente, porque sólo podía hacerlo su superior en el momento del cierre de la comisión,*** así como que *los francos deberían haber sido usufructuados en el mes de prestación de los servicios, salvo que, debidamente certificados, hubieran sido denegados por razones de servicio.-* Finalmente reiteró su sugerencia de remitir los

actuados a la Asesoría General de Gobierno para que emitiera su opinión.----------

------ 3.12.- Por Dictamen Nº47/05 (fs.145/146) la Dirección de Asuntos Legales del OPT advirtió *"que pese a que la certificación efectuada por el Sr. L. G. a fs. 138 –ex Director General de Comunicación y Marketing- no suple la que debería haber otorgado oportunamente la autoridad inmediata superior de acuerdo a lo requerido por la normativa aplicable al caso ya que no se han obtenido la totalidad de las certificaciones de la documental ///acompañada por el agente, consecuencia del tiempo transcurrido y la ausencia de un debido contralor de parte de este Organismo sobre las comisiones efectuadas y los francos usufructuados"* entendía que *"no correspondía hacer cargar sobre el administrado una omisión que no le es imputable",* por lo tanto y atendiendo a antecedentes en igual sentido -remite al Decreto N°37/98 (por el que se le pagó al actor antes)- dictaminó procedente el reclamo, pese a que de todos modos decide la elevación de los actuados a consulta de la Asesoría General de Gobierno.----------

------ 3.13.- Por Dictamen Nº175/05 (fs. 148/151) el Asesor General de Gobierno analizó como normativa aplicable, y transcribió los arts. 23 ap.XV y 44 inc. a) apartado VII del Decreto Nº1330/81 y arts. 2º, 3º y4º del Decreto Nº1553/85.- Dijo que conforme el art. 44 del Decreto Nº 1330/81, cuando el agente se encontrara desempeñando

///

una comisión de servicio, el área encargada de la asistencia del personal debe dejar constancia de tal situación, lo que no surge de los registros de marras ni de las Planillas donde se detallan las horas y/o los francos correspondientes al agente A., desconociéndose la cantidad de días que debieran otorgarse como francos compensatorios, atento que el Organismo Sectorial de personal no cuenta con la referida documentación.- Opinó que la Nota presentada por el Sr. G. no contiene en sí misma virtualidad suficiente por cuanto las comisiones obrantes en el Expediente aún no cuentan con las correspondientes autorizaciones; y que la omisión en la que se había incurrido no podía ser suplida posteriormente por quien no tiene facultades para hacerlo.- Entendió que no se daban en el caso los requerimientos legales ///necesarios a efectos del reconocimiento y otorgamiento de los francos compensatorios reclamados por el hoy actor, *"por cuanto las omisiones descriptas redundan en una omisión de índole legal, la cual no ha sido subsanada en el transcurso del tiempo, y que por tanto dificulta atender al reclamo del agente".*- Finalmente dictaminó que "***a efectos de proseguir el trámite, corresponde la previa certificación de las respectivas constancias****, a fin de que se vuelva viable la pretensión del agente O. A.".*----------

------ 3.14.-Requeridas que fueron dichas certificaciones por la Dirección de Asuntos Legales del OPT – insistiendo- al Área Personal, por Nota Nº 72/05 (fs. 152), el responsable expresó *"la imposibilidad de certificar las comisiones de servicios realizadas por el agente, tal lo expuesto en la Nota N°55/05/AP".*----------

------ 3.15.-Un posterior Dictamen de la Asesoría Legal del OPT Nº72/05 concluyó en que si bien *"no cabe más que hacer lugar a lo solicitado..., resulta determinante la opinión de la Asesoría General de Gobierno, como Órgano rector en materia legal, por lo que, salvo mejor opinión del Sr. Presidente, correspondería adherir a lo dictaminado por la misma, rechazando la pretensión del agente O. A.".*----------

------ 3.16.-A fs. 155 el actor ofreció como prueba en el Expte.Administrativo otros casos resueltos que dijo similares al propio.- Agregó el Dto. Nº 1852/2005 – fs. 156/157 - que reconoció a un agente B. *"el derecho a gozar de* ***460 días de francos compensatorios*** *por comisiones de servicio efectuadas durante el período 1999-2003 en el ámbito de la ex Dirección de Deportes y Turismo Social..."* En el mismo Decreto se otorgan a otro agente J. A. S. "***560 días ///de francos compensatorios*** *por comisiones de servicio efectuadas durante el período 2001-2003 en el ámbito de la Dirección de Asistencia Social de la ex Secretaría de Desarrollo Social..."* En el acto, se hizo constar que la Dirección de Recursos Humanos del Ministerio de Familia y Promoción Social había adjuntado "*planillas de cálculo, determinando los días que en concepto de francos compensatorios correspondía reconocer a los reclamantes".*- Respecto de B. se consideró prescripta la acción para reclamar francos anteriores al mes de Marzo de 1999, dada la fecha de su petición formal: 24/03/04.- Este Decreto se funda en los arts.

44 inc. a) apartado II del Dto. 1330/81 y el art. 3 y 4 Dto. 1553/85, destacando que no constaba que los beneficiados hubieran usufructuado los francos, que el derecho de descanso no es computable en dinero y cita de Dictámenes de la Fiscalía de Estado y en particular el Dictamen N° 245/04 de la Asesoría del área.----------
---

------ Luego el actor trajo a este juicio por medio de informativa, los Expedientes correspondientes a estas personas –B. y S.- N°3919-SDS-2004 y N° 5328/04.- No remitió la accionada un tercer Expediente, también ofrecido y solicitado por este Tribunal.----------

------ 3.17.- A fs. 157 de autos obra, a mano alzada, constancia del Presidente del Organismo Provincial de Turismo del 29 de Noviembre de 2005 – la resalta el actor en la demanda- que reza: "*dado las razones y fundamentos esgrimidos a fs. 159 por esta Presidencia y que el agente A. en su presentación de fs. 154, 155 y 156* ***no aporta pruebas sobre que los casos por él mencionados poseen características ///similares al aquí tratado****, díctese el instrumento administrativo correspondiente a fin de rechazar la pretensión objeto de del presente expediente*" ----------
---

------ 4.- El "díctese" es un ordenarse a sí mismo, pues este funcionario es el que emite la Resolución N°497/05 -fs.160/162- rechazando el reclamo administrativo del actor, frente al cual después planteó Recursos de Reconsideración y Jerárquico en Subsidio y Recurso

Directo, los que fueron rechazados por estar precluida la instancia recursiva-administrativa –mediante Resolución N°102-OPT/06 y Decreto N°73/2007 (copia parcial de este ultimo- agregados a fs. 171 y 189 de los presentes, respectivamente).----------

------ El acto –sintetizando- en su motivación expresa:----------

------ Precisar el reclamo del Sr. A., cual es usufructuar los francos compensatorios que surgen de las comisiones de servicio que habría efectuado como chofer ante el OPT en el período Enero de 2001 a Enero de 2004, esto es, ***961 días y cinco horas y horas extras*** "*que faltan sumar".*----------

------ Señala que el agente acompañó copia de "*memos y hojas de ruta de las comisiones de servicio"* que alegó haber efectuado.- Se refiere a las ya mencionadas antes (punto 3.2).----------

------ Reseña el trámite, refiriendo a los Dictámenes emitidos, legales y de la Dirección General de Administración de Personal, y su contenido.- Menciona la opinión dada por ésta respecto de la que el actor llama "subsanación" por un Sr. G., Director General de Comunicación y ///Marketing de fs. 138 (en autos 139), que manifiesta que las comisiones se realizaron (glosa anterior en puntos 3.3 a 3.12).----------

///

------ Así llega al Dictamen Nº 175/05 del Asesor General de Gobierno –aludido en el punto 3.13, exponiendo lo que el mismo expresa.----------

------ Se recordó que requeridas que fueron las certificaciones mencionadas en ese Dictamen, el responsable expresó la imposibilidad de proceder en consecuencia (punto 3.14).----------

------ Expuso el criterio del último Dictamen de la Asesoría Legal del OPT que concluyó en que resultaba determinante la opinión de la Asesoría General de Gobierno, como Órgano rector en materia legal, propiciando por ello –en detrimento de su propia opinión- rechazar la pretensión (punto 3.15).----------

------ Luego de esa reseña, el Presidente del OPT añadió que *"atentos los antecedentes del caso" y "a razones fundamentales como que las comisiones no se encuentran debidamente certificadas, los francos no fueron solicitados por el agente en tiempo y forma y que los casos citados no aportan prueba sobre características similares al aquí tratado..."* debía rechazarse la pretensión.- Finalmente destacó las atribuciones del ente autárquico en materia de personal: nombrar, contratar, promover o remover a su personal, elaborar su estructura orgánica y fijar el régimen interno para su funcionamiento.----------

///---5.- Así es que el acto ha conjugado en su motivación, ***presupuestos fácticos y jurídicos*** y concluido en valoración, todo lo cual funda la conclusión.----------

------5.1.- Los ***presupuestos fácticos*** del rechazo en la sede administrativa cuya nulidad y reconocimiento ahora A. demanda en esta jurisdicción, se constriñen entonces a:----------

------ a) falta la debida ***certificación*** de las comisiones – o de las constancias que acompañó;----------

------ b) la circunstancia de que ***los francos no fueron solicitados por el agente en tiempo y forma;***----------

------ c) ***y que los casos citados de terceros no aportan prueba sobre características similares al del nombrado;***----------

------ En definitiva tres omisiones, de las cuales la primera es –como se verá- la determinante.----------

------ A ello ha de sumarse para decidir la suerte de la petición, la oposición que la Provincia formula en el juicio en el marco del art.356 inc. 1 CPCC, pues –en concordancia con lo resuelto en su sede- ha negado los extremos de hecho invocados como causa de la obligación

que se le demanda cumplir, es decir, que se hayan realizado efectivamente las comisiones que dice haber realizado el actor como chofer del OPT bajo las modalidades del Dto.Ley Nº 1987, y su reglamentario Dto. Nº 1330/81 y sus modificatorios, que puedan traducirse en derecho a francos compensatorios.- No ha negado el ///derecho de los agentes a ser compensados con francos cuando realizan comisiones de servicio; simplemente y para el caso argumenta que no se cumplió con la reglamentación y que no se acreditó prestación de servicios que deba ser compensados con francos.----------

------ Ahora bien, como el actor señala entre los vicios que endilga al acto, contradicción sin demasiadas precisiones, ello me impulsa a destacar ahora, que más allá de las discordancias entre notas, informes, opiniones legales y técnicas –que la Resolución no soslaya, sino a contrario, considera- todos quienes se manifestaron coincidieron en señalar la necesidad de ***certificación*** de la documental presentada por el Sr. A..- Lo que viene a ser ***la de prueba fehaciente de que las comisiones efectivamente se realizaron generando el derecho reclamado***.----------

------ Que el hecho visible de que hubiere discordancias entre las opiniones dadas sobre el reconocimiento o no de los reclamos, dado el carácter informativo y no vinculante de los mismos, no oblitera la validez de la decisión, ya que la voluntad administrativa es la expresada por la

autoridad competente para ello –competencia no cuestionada- que además ha fundado.----------

------ En cuanto a los ***"otros casos"*** de agentes que habiendo peticionado francos les fueron otorgados, es verdad que difícil es demostrar la identidad de situaciones, máxime cuando el acto que los reconoció, dejó en claro que el área de dependencia había efectuado los cálculos y determinado los días que en concepto de francos ///compensatorios correspondía reconocer, lo que no puede compararse con la indiscriminada y lata afirmación en que se ampara el actor –la de fs. 139 (ver punto 3.9) para asegurar la existencia de un derecho a gozar de más de dos años de compensación, sobre lo que oportunamente volveré, previniendo que desvirtúa la naturaleza misma del instituto reclamado.----------

------ Desde ya entonces dejo aclarado, que ninguna contradicción advierto entre motivación y dispositivo del acto nulidicho en orden a los presupuestos fácticos, por la sola mención de antecedentes con criterios opuestos.----------

------ 5.2.- Estos presupuestos fácticos negativos, deben vincular necesariamente con los ***fundamentos jurídicos*** que exhibe la Resolución impugnada, y

es más, ser coherentes con ellos.- Pues las omisiones derivan –o deben derivar- del régimen jurídico, que es el que les da virtualidad para inducir al desconocimiento del derecho pretendido.----

------ En este orden, el Visto refiere "*las Leyes N°920, 1987 y 3258, los Decretos N°1330/80 y 1553/85*"; otras normas se citan en los considerandos al efectuar el relato de los antecedentes, que en su mayoría efectúan una remisión genérica al Decreto N°1330/81.- Mas la lectura de todo el acto permite discernir que los fundamentos de hecho –o no hechos- se corresponden con las normas que cita el Asesor General de Gobierno en su Dictamen N°175/05, las que quedaron transcriptas en la Resolución: *"art. 23 ap.XV y 44 del Decreto N°1330/81 y arts. 2°, 3° y 4° del Decreto N°1553/85".*----------

///--- Formulo esta afirmación, atendiendo a la queja del accionante de inadecuada cita de las normas, y a la respuesta de la Provincia que achaca error al Dictamen Legal de la Asesoría General de Gobierno (por citar una norma derogada, tal el art. 2 del Dto. N° 1553/85) argumentando que la Resolución sólo lo está describiendo, mas no es fundamento de la misma.- Insisto, no es así y la defensa es inoficiosa, pues conforme la relación que efectué antes, la conjugación ha quedado expuesta en el acto aún cuando no haya cita de norma alguna en la conclusión.- Esta resulta clara y el actor bienentendió que se tomaron las mencionadas por dicho Dictamen del Asesor Legal de Gobierno, y válidamente entonces pudo cuestionar, como lo hizo, la

del Dto. referido, criticando que el acto se funda en una norma que había sido derogada.- Derogación que por otra parte, la Provincia reconoce; aunque –también se verá- no es trascendente como elemento nulificante.----------

------ 5.3.- Más allá de este intríngulis, la accionada se ocupará de señalar –en armonía con la negativa de los hechos- las exigencias reglamentarias incumplidas: la prevista en el art. 44 apartado VII del Dto. Nº 1330/81, que alude a la consignación de la comisión de servicio en la planilla de asistencia o parte de novedades, razonando que el actor jamás obtuvo el acto administrativo de "autorización" por parte del funcionario respectivo (fs. 235, 236 y 236 vta.) previniendo que "no lo demostró ni podrá hacerlo"; lo normado por el Dto.N° 1438/88 (que sería el vigente que sustituye el que el actor denuncia derogado- N°1553/85 en su art. 2)- señalando que aquél estipula como "principio general" la prohibición de autorizar servicios extraordinarios, y la ///necesidad de un procedimiento especial cuando de excepciones se trata.----------

------ Y concluirá en dos argumentos defensivos más.- Uno, que de aquellas planillas de asistencia ni de otro registro surge la constancia requerida en dicho art. 44, *"resultando indeterminable la cantidad de días*

que comprenderían el franco compensatorio".- Otro, que existe un *plazo para que los agentes puedan usufructuar los francos adeudados*, que no fue cumplido.----------

------ Estos incumplimientos son traídos por el actor en su beneficio, pues acusa que es la Administración la que no se ha ajustado al régimen, incurriendo en un "cúmulo de irregularidades administrativas" que no puede atribuírsele; y controvertirá que se le achaque no haber solicitado los francos en tiempo y forma a fin de que fueran denegados por razones de servicio, pues ninguna norma lo obliga a ello.----------

------ 6.- Del análisis del régimen jurídico aplicable–sea el citado por la decisión nulidicha o el que resulte de la aplicación del iuria novit curia- surge:----------

------ 6.1.- Que el franco, no es sino una forma de ejercicio del derecho al descanso.- La Constitución Nacional el art. 14 bis garantiza al trabajador ***jornada limitada y descanso y vacaciones pagados,*** descanso que es diario, semanal y anual.----------

------ En nuestra Carta Provincial, (art. 23- capítulo II, de los Derechos Sociales, Del Trabajo) se garantiza, en cuanto sea de competencia provincial, a todos los trabajadores limitación de la jornada, descanso semanal ///obligatorio, vacaciones anuales pagas, reglamentación del trabajo nocturno.----------

------ Ambas Cartas reconocen esos derechos –como todos- conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, las que habrán de establecer los límites de las jornadas de trabajo y las condiciones a cumplir para gozar del descanso (el art. 24 de la CP refiere el carácter programático de estas mandas).- Los Estatutos de la función pública, y sus reglamentaciones reiteran el derecho como principio y preceptúan los recaudos exigidos para su goce.----------

------ Indica María Angélica GELLI, que el límite horario puede variar de acuerdo a la exigencia física o intelectual del respectivo trabajo e incluso puede requerir dentro de la jornada diaria, interrupciones periódicas en la prestación de tareas, atendiendo a la fatiga mental que pueda producir y a los eventuales accidentes que de no hacerlo podría provocar ("Constitución de la Nación Argentina – comentada y concordada, pág. 155).- Concuerda la Procuración General de la Nación, que señala que la actividad de los agentes públicos debe tener pausas e interrupciones que se trasuntan en una limitación de su jornada, constituyendo períodos de inactividad que se otorgan al personal a su salud, recuperación espiritual, atención de intereses personales, perfeccionamiento espiritual o físico, cumplimiento de otras obligaciones…- Mas puede suceder que la Administración, debido a situaciones imponderables, requiera los servicios del dependiente excediendo la jornada habitual; entonces, debe

compensarse al afectado, atento el esfuerzo que produce la continuidad en su trabajo ///sin descanso.- Entonces, ***el franco compensatorio constituye una suerte de recompensa en tiempo destinada a asegurar al trabajador el descanso por un lapso proporcional a aquél que circunstancialmente excedió su jornada***, por lo que la posibilidad de sustituirlo por dinero no es factible, salvo el caso excepcional de egreso del agente (Dictamen del 23/7/92 – RAP Octubre 1992 – año XV- N° 169).- De este modo, los criterios que presiden el instituto no son diferentes a los que se aplican a las licencias por vacaciones, que la Sala ha desarrollado en SD Nº 06/SCA/05 ("M....").----------

------ 6.2.- Indefectible resulta poner de manifiesto que las normas provinciales no reglamentan adecuadamente los francos compensatorios, que aparecen referidos en preceptivas dispersas relacionadas al pago de horas extras o suplementarias, viáticos por comisiones, y a los deberes de cumplimiento horario.- La discriminación entre francos que compensan servicios extras cumplidos en la sede de los organismos, y los que se deben otorgar cuando de comisiones de servicios fuera de esa sede se trata, es confusa e interferida además la regulación por normas de emergencia económica, y distintas modificaciones.- Tanto es así, que el mismo Asesor General de Gobierno dictamina en base a una derogada.---------
---

------ Prueba de ello es además –más allá de la identidad o no con la propia del actor- la atipicidad de situaciones que se presentan y han dado lugar a la concesión harto tardía de este derecho, fuera de plazos regulares y hasta razonables, y por tiempos que a la propia defensa de la Provincia parecen "desatinados".- 460 días, 560 días –en los casos resueltos por Dto. Nº 1852/05 a fs. 156/157 – ver punto 3.16 ///precedente- y antes ***al propio actor 1332 días*** que se pagaron porque se dijo había renunciado a las funciones de chofer (Dto. Nº 37/98 – BO 22/01/98) que evidentemente "retomó" luego, otorgan crédito al calificativo.----------

------ 6.3.- Procurando ordenar la preceptiva, en tanto no se ha alegado la aplicación de un régimen distinto del general para los agentes de la Administración Provincial - Dto.Ley Nº 1987- es su reglamento, Dto. Nº 1330/81 – y sus reformatorios- el que refiere a francos, en el art. 44, concordado con el 23.- Este último –dedicado a regular el pago de horas extraordinarias o suplementarias, establece cuál es la jornada habitual de trabajo –la que como horario general fije el Poder Ejecutivo- fijando el 44 la obligación de su cumplimiento íntegro.----------

------ 6.4.- A partir de allí, y con referencia a francos, sólo prevé en una primera etapa, los ***obligatorios***, para cuando el agente ***ha laborado*** días ***Domingos y Feriados***, o ***no laborables*** **-** art. 44 inc. a) II- del citado

reglamento, y por ello no hubiera podido hacer uso del pertinente descanso semanal, sin perjuicio –dice- de lo determinado en el art. 23, esto es, el correspondiente pago según, se entiende, el acápite VI.- No estaba prevista la posibilidad de compensar horas extras en jornada normal con el otorgamiento de francos, posibilidad que se dará claramente recién en 1987 por vía del Dto. Nº 327/87 (B.O. 20/3/87), compensación que en 1990 se convertirá en único reconocimiento.------

------ 6.5.- Pero antes de este Dto. citado, es el Nº 1195/82 (B.O.25/10/82), el que había añadido al art. 23 –recuérdese, destinado a regular horas ///extras- un nuevo acápite – el Nº XV- que es el que luego parece modificar el antes citado 327/87.- Este apartado agregado, dispone que ***a los efectos de la retribución de horas extras o suplementarias cumplidas en comisión de servicio sólo sería computable el tiempo efectivamente trabajado en exceso de la jornada normal de trabajo*** –entendiéndose por ésta el período de siete horas diarias y/o 45 semanales (vigente entonces), cualquiera fuera la modalidad horaria en que se hubieren cumplido.- Expresamente se dijo que ***no se consideraría como horario extra el tiempo de viaje, con excepción del caso de los choferes de vehículos automotores.***----------
---

------ Siempre –iteraré- normas de pago de horas extras, sin previsión de francos.----------

------ 6.6.- En el año 1985, se dicta el Decreto N°1553 (B.O. 1/11/85) –cuyo art. 2 el actor denuncia derogado y funda el Dictamen del Asesor General de Gobierno y a través de éste la Resolución opugnada- y viene a estipular : "Sólo se admitirá la figura de reconocimientos de servicios extraordinarios prestados sin la debida autorización previa, en casos de urgencia debidamente fundados, y no pudiendo superarse el total de cincuenta (50) horas por cada Unidad de Organización".----------

------ En su art. 3° dejó previsto que "Cuando sea de aplicación lo establecido por el art. 44º inciso a) apartado II del Decreto Nº 1330/81 ***–he aquí los francos obligatorios por servicios cumplidos en Sábados, Domingos y feriados***- los responsables de las diferentes Unidades de Organización arbitrarán los medios necesarios para que los ///agentes puedan usufructuar los francos adeudados en el más corto plazo, siempre dentro del término de quince (15) días establecido".------

------ Finalmente su art. 4° reglamentó que "***Cuando la acumulación de francos surja de una comisión de servicios, se concederán inmediatamente al término de la misma***".----------

///

------ Esta norma completa, mas no modifica el acápite XV agregado al art. 23 del Dto. Nº 1330/81 por Dto Nº 1195/82 (ver 6.5).----------

------ 6.7.- En Marzo de 1987 se dicta el Dto. Nº 327 al que aludí antes, que sin mencionar el agregado referido –ni derogarlo ni sustituirlo- vuelve a decir que "agrega" al art. 23 el siguiente texto: XV – También podrá efectuarse compensación por servicios extraordinarios mediante el otorgamiento de francos, computándose para tal fin a razón de un (1) día por cada seis (6) horas o las que totalicen una jornada habitual de labor, siendo de aplicación lo establecido en el punto VI del presente (incremento por horario suplementario de jornada diurna y nocturno).-

------ Añade como inciso a) que los francos compensatorios deberán usufructuarse en el transcurso de un mes de prestación de los servicios de carácter extraordinario que los hubieran originado, o del mes siguiente.----------

------ Estimo que este Decreto, en verdad erró en la numeración del acápite u olvidó mencionar que se trataba de un agregado al ya ///aprobado por Dto. N° 327/87, pues lo que regula no se opone a lo previsto por aquél.----------

------ Así surgen los francos ***potestativos*** , esto es, los que ***pueden*** compensar horas extras (más adelante la posibilidad desaparecerá

pues se impide la retribución, quedando sólo la conversión en franco), y así decididamente se vincula un instituto con otro, pues es elemental que para tener derecho al franco, deben primero reconocerse las horas extras, y para éstas, son aplicables todas las reglas del art. 23 del Dto. N 1330/81, en particular el apartado VII, que exige autorización previa con las previsiones del art. 2 del Dto. 1553/85, con –en casos de urgencia reconocimiento expreso, y el VIII, que requieren ***certificación diaria, por el funcionario que se designe, mensual, por el Director y posterior aprobación por el Ministro, implicando la visación un análisis de los trabajos realizados y control de rendimiento.- Y previene: el funcionario que certifica y el que visa, son solidariamente responsables de la veracidad de su cumplimiento***.- A ello se suma el límite de 12 hs., que si se excedieran requieren aprobación por Decreto en Acuerdo de Ministros- apartado X.----------

------ He llamado a estos francos compensatorios de horas extras ***potestativos***, pues la norma se redacta "podrán".- Potestad –que dada la índole de la función pública - destinada al servicio de la comunidad - en lo que no me extenderé por no ser tema de controversia en el sub-lite, puede entenderse accedía a la autoridad, que podía discernir según necesidades, si convenía al servicio una u otra forma de reconocimiento.- Siendo así, si resolvía a favor del franco, debería otorgarlo en el plazo previsto (o al término de la misma si las horas

///devenían de una comisión de servicios - art. 4 Dto. Nº 1553/85).- Lo cual –prevengo- no excusa la diligencia del interesado en solicitarlos, cuestión ésta sobre la que más adelante ampliaré.----------

------ 6.8.- En el año 1988 el Dto. Nº 1553/85 sufrió, como bien señala el actor, expresamente la derogación de su art. 2° por el art. 6° del Decreto N°1438/88 (B.O.11/08/88) que fue publicado con el título de "Restricción de horas extraordinarias", que ya prevenía una situación de emergencia económica.- El mismo –como regla- prohibió autorizar la realización de horas extraordinarias, salvo en la forma estipulada en el mismo (art.1°), determinando que como excepción, los Sres. Ministros podían hacerlo únicamente por Resolución cuando fueren impostergables, y se hubieran agotado los recaudos de optimización de servicios que prevé (art. 2º).- Luego (art. 3º) estableció un procedimiento de rutina: el Jefe inmediato del agente en cuestión fundamentará debidamente y por escrito la realización de tareas extraordinarias, describiéndolas pormenorizadamente; la respuesta vía jerárquica avalará lo fundamentado; los Sres. Ministros y Secretarios del Poder Ejecutivo "deberán adoptar las medidas" para proceder a reformular los planteles básicos de personal y optimizar los servicios y la solución de eventuales situaciones de emergencia o fuerza mayor que deban ser contempladas y los pertinentes mecanismos para su posterior reconocimiento a efectos del pago; reconocimiento que formulará el Poder Ejecutivo en Acuerdo General de Ministros.- Se exigió "***informe mensual***" al Ejecutivo de parte los

funcionarios respecto del cumplimiento de este Decreto.----------

///--- 6.9.- Los Dtos. Nº 1427/90 (B.O. 26/9/90) y 1956/90 (B.O. 10/01/91 – que añadió obligatoriamente a los entes autárquicos y Sociedades del Estado que en el anterior eran invitados a adherir) prohibieron contundentemente la realización de horas extraordinarias y suplementarias.- A la sazón, ya se encuentra vigente la Ley de Emergencia Económica N° 3420 (B.O. 31/12/89).- Se dijo en estos Decretos, que en casos excepcionales, la prolongación de jornada debía ser compensada por francos en la forma establecida por el art. 44 inc. a del Dto. Nº 1330/81 y Dto. Nº 327/87, derogando toda norma que autorizara horas extras en distinta condición.----------

------ Así, definitivamente, quedó establecida la vinculación a que he aludido entre hora extraordinaria o suplementaria y francos compensatorios de éstas.- Y, pese al cese del estado de emergencia, no veo que hayan sufrido estas normas, modificaciones.----------

------ 7.- En lo que se aplica entonces al caso de autos, para poder gozar de del derecho a francos que reclama –y destruir la presunción de legitimidad que accede a la Resolución Nº 497/05- el Sr. A. debe acreditar, en el marco de las reglas estipuladas por el art. 23 y 44

inciso a) apartado II, ambos del Dto. N° 1330/81, Dto. N° 1553/85 (arts.1, 3 y 4) Dtos. N° 1438/88, 327/87 y 1956/90, la efectiva realización de horas extraordinarias o suplementarias en jornadas normales, el estado de comisión en días Sábados y Domingos, feriados y no laborables, a más de los trabajos efectivamente realizados durante esos días.----------

------ Frente a la prohibición impuesta, si no la autorización, la certificación de comisiones, en tanto dan lugar a horas extras, y de éstas mismas, que quiere compensar con francos, debe ser fehaciente.- Si no ///la "certificación" como tal, al menos, en juicio, la prueba acabada de su realización, porque ésta es la carga que le incumbe en el marco del art. 377 CPCC.- Tal como lo dije en SD Nº 7/SCA/04 ("T...."): "El juicio contencioso administrativo no consiste en una mera revisión de lo actuado administrativamente, sino que se trata de un juicio pleno que posibilita el aporte de nuevas pruebas respecto de las afirmaciones vertidas en la demanda" (SC Buenos Aires, abril 2-975- en "Moreira...", AyS 975-207) y añadía "Si el particular tuvo oportunidad de hacerse oír y proponer las pruebas que estimaba pertinentes: si omitió el ejercicio de tales derechos, usó de ellos en forma desacertada o incompleta, a su exclusivo cargo deben quedar, obviamente las consecuencias" (SC Buenos Aires, setiembre 16-980, "Urso, Ernesto..." DJBA 119-837,DJ LL-IX-3, pg.895, sum.811).----------

------ 7.1.- Lo primero que ha de decirse, es que no surge de las actuaciones arrimadas, que ni la autoridad administrativa cumpliese precisamente a rajatabla con la preceptiva en la materia, ni el actor se preocupara demasiado por requerir ese cumplimiento.- Si se considera que pretende francos de varios años atrás, su primer pedido demostrado es en el 2004 – ver 3.1.----------

------ 7.2.- En lo que refiere a "autorizaciones", ya en SD Nº 7/SCA/04 ("T....") antes citada, prevenía que "el hecho de no estar autorizados los agentes por sus superiores, no puede ser oponible al pago de las horas trabajadas en exceso, si el agente fue exigido a cumplirlas...- Alguna autoridad ordena su realización, y el empleado debe cumplir.- Esta es la premisa que el propio art. 23 del Dto. Nº 1330/91 -acápite ///XIII consagra: "la realización de tareas en horario suplementario tiene carácter obligatorio para el agente y su negativa a prestarlas sin causa justificada podrá hacerlo pasible de sanción".----------

------ Agregué allí, que estas pautas de "*autorización previa*" contenidas en ese artículo del régimen general de los empleados públicos, está en verdad dirigida a las autoridades administrativas: Directores y demás funcionarios encargados de hacerlo cumplir, y en la medida de lo posible.- Porque en ciertos servicios, debido a las particularidades que ostentan... la necesidad surge en el momento, se produce, y escapa a la prevención más responsable.----------

///

------ Reiteré estos criterios en SD N° 1/SCA/2005 (“A.…”), cuando manifesté que tales recaudos, *“… no dependen ni reposan en la decisión de los agentes, obligados a cumplir excesos de jornada”* pues debe tenerse en cuenta que el cumplimiento de horas extras o suplementarias es para el agente obligatoria, y su negativa a prestarla sin causa justificada puede hacerlo pasible de sanción (Apartado XIII del art. 23 del Dto. N° 1330/81).----------

------ Insisto en ello también en este caso, y destaco que no es contrario a este criterio la Resolución impugnada, que sólo ha referido a “certificaciones”, no a autorizaciones; de allí que el mismo “per se”, no ha de justificar un fallo favorable.- Porque amén de esto he destacado en esos decisorios, que “tratándose las horas extraordinarias de situaciones excepcionales -ya por exceder una jornada límite lo son- ***el reconocimiento de este derecho requerirá indefectiblemente de la fehaciente demostración de su cumplimiento***.- No su cantidad global -lo que no satisface el recaudo de fehaciencia- sino en ///qué fecha fueron prestadas... La prueba habrá de ser “plena, precisa, asertiva, categórica, cabal, diáfana y convincente, examinada restrictivamente (Cám. Tbjo. de Cba. - Sala H -“Coronel...” 9/11/01 – “Bini...” Sala VII 4/7/01), criterio que se ajusta a lo normado por el art. 377 del CPCC.- A más, el trabajo extraordinario no se presume y por lo tanto, nunca puede dar origen a la inversión de la carga de la prueba; así lo expresa el Superior Tribunal de Justicia de Córdoba: “en relación con el rubro horas extras...tratándose de una obligación que excede la

jornada legal, es el propio actor quien debe acreditar todos y cada uno de los supuestos base de su acción" (STJ Córdoba, Sala Laboral, en "Franciosi..." 26/12/90, Sumario R0003013, SAIJ).----------

------ En igual sentido se había pronunciado en SD Nº 22/92 ("I....") el Tribunal cuando se dijo: "*aún cuando la empleadora no haya llevado un libro registro de horas extraordinarias, la prueba de las mismas a cargo del trabajador debe ser terminante y asertiva en razón de tratarse de prestaciones totalmente excepcionales, ajenas al desenvolvimiento común del contrato de trabajo*"... "*La prueba del trabajo extraordinario debe ser fehaciente, categórica y cabal, tanto en lo que se refiere al servicio cumplido como al tiempo en que se desarrollaron*"... "*Para la procedencia de las horas extras se requiere una prueba asertiva y concreta referida al quantum de ellas ... así como su fecha, término y duración*".... "*Si el trabajador no prueba la realización de horas extras, no puede presumirse su cantidad o el monto de la deuda de ese origen. Se trata de un relación de causa a efecto, en la cual si la causa de la deuda no se prueba, mal puede pretenderse*
/// *que juegue a favor presunción legal alguna*" (voto del Dr. Torrejón a cuyos conceptos adhiero).----------

------ 7.3.- Si examino la prueba rendida, la documental es la incorporada al Expediente Administrativo, que he relatado en 3.2.1.- En ella, recuerdo – en la mayoría de los "memorandums que se acompañan- se "solicita autorización" para realizar comisiones, y en el

anverso, hay casi ilegible un horario aparentemente de salida y regreso…pero, ninguna autoridad avala concretamente, ni la realización misma de la comisión, ni esos tiempos.----------

------ El único aval – no de autoridad competente, pues no se trata de funcionario superior como lo exige la normativa, sino de nivel de Director General, es la constancia de fs. 139 – ver 3.9.- que manifiesta, latamente, que las comisiones habían sido oportunamente autorizadas…mas sin precisiones ni aval específico de los antes referidos días y horarios, sobre el que –bien lo dice el Dictamen Legal –relatado en 3.12, único aspecto en que concordaré- no suplen las que se deberían haber otorgado según la reglamentación vigente.- Tampoco lo hubiera sido su testimonio, que el actor había ofrecido y desistió más tarde (fs. 258 y 260).- Pudo aportar algún dato más a la causa; sin embargo, no creo que fuera la testimonial la prueba pertinente para acreditar la efectiva prestación del trabajo, día por día, mes por mes, por lo que la pretendida "subsanación" que a juicio del accionante operaría por esta nota, no puede estimarse tal, o a todo evento, no es útil.----------

------ Tampoco lo es el testimonio del Sr. F. J. G. M. (a fs. 257/258).- Primero, la época en que dice se desempeñó como ///Director General de Coordinación y Gestión Económica del OPT, esto es, desde el 18 de Diciembre de 2003 hasta fines del 2005 (conforme su respuesta

1ª, completada en la 8ª), no coincide sino en un mínimo con el período reclamado (Enero 2001 a Enero 2004).- Luego, el deponente manifestó que los choferes del OPT y entre ellos el Sr. A. realizaban comisiones de servicio en forma continuada, sin que se le otorgaran al regreso de las mismas los francos compensatorios que les hubieren correspondido; que durante ese lapso el actor prestaba con asiduidad en ese Organismo servicios de chofer, porque había bastante menos choferes que vehículos disponibles; que generalmente éstos venían de un viaje, subían otro vehículo y salían de comisión; que los destinos eran muy variados, dentro y fuera de la Provincia (3ª, 4ª y 5ª respuestas).- Interrogado respecto de si estaban esas comisiones autorizadas por la autoridad competente respondió que indefectiblemente tenían que estar autorizadas, incluso por una autoridad ajena al OPT, que era la Secretaría Privada del Gobernador (6ª respuesta).- Dijo además entender, que el franco compensatorio "es un día de descanso como compensación de horas extraordinarias que haya laborado el chofer" (9ª respuesta).- Consideró que no era el chofer el que debía reclamarlos, que al volver de una comisión debía otorgársele el franco, sin embargo ante la escasez de choferes no se podía.- Advirtió –respondiendo a la misma pregunta- que incluso ante el reclamo formulado por A. había redactado un "memo" instruyendo a los Directores para que cada vez que volviera un chofer de comisión se le otorgara el franco, así se evitaban ese tipo de reclamos, pero que "*lamentablemente nunca se pudo poner en práctica*".- Interrogado respecto

del principio general establecido en el Decreto Nº ///1438 que establece el procedimiento, dijo no recordarlo (11ª respuesta).- Preguntado si tuvo presente la prohibición de autorizar los francos compensatorios que establece este último Decreto, dijo que no, que de toda manera el OPT era un organismo autárquico y que se hacía valer esto.- La razón de sus dichos la justificó advirtiendo que en aquel período estuvo a cargo de "*toda la coordinación diaria*".----------

------ De algún modo, con este único testigo, el actor ha procurado acreditar que existían "razones de servicio" que justificaban que no se le otorgaran los francos en tiempo oportuno.- Pero, a los efectos de demostrar la efectiva realización de las horas extraordinarias por las que los reclamó –antes en la sede administrativa y ahora en juicio- de modo detallado al menos por el mínimo período posible- es inoficiosa frente a la reglamentación.----------

------ En orden a estas "solicitudes de autorización" o memorandums, también cabe establecer, que en gran parte de ellos, al pie, se consigna "a mano" un Número de Expediente, que posiblemente se refiera a Viáticos por tales comisiones, y que, según la normativa propia de éstos podrían haber sido útiles para discernir el cumplimiento de horas extraordinarias, al menos el día de salida y el de regreso.- Pero ***no fueron ofrecidos como prueba*** por el actor.----------

------ 7.4.- No ha quedado establecido el régimen horario al que debió someterse A. durante las comisiones de servicio.- Porque parece razonable, que tratándose de la tarea de chofer, el horario puede variar según el destino de la comisión.- No es lo mismo un "city tour" en Playa Unión o Puerto Madryn, que un viaje a otras Provincias…o a Chile, pues pueden resultar horarios de jornadas muy disímiles.- No ha aportado al ///juicio su Legajo, ni lo trajo la accionada, y de las planillas –enviadas en copia por la Administración a fs.204/216, a las que luego referiré- surge que al menos desde Enero de 2003 hasta Enero de 2004 cumplía el horario regular de la Administración Pública Provincial de 7 a 13 horas o de 8 a 14 horas, que para cada época del año ha sido previsto.- A juzgar también por la normativa aplicada y primero glosada, en el acto administrativo opugnado, se aplicó el régimen general de los empleados públicos provinciales.--------
---

------ Así, la prueba de horas suplementarias debe alcanzar a labores desarrolladas, primero en comisión (tales las reclamadas) y después, posteriores a las 13 o 14 hs. –según la época del año- o en horario nocturno, ó en Sábados, Domingos, Feriados y no laborables.----------
-

------ 7.5.- La actora ofreció en su demanda como Informativa dirigida al Ministerio de Comercio Exterior, Turismo e Inversiones, las

"Planillas de Asistencia "referidas en el art. 44 inc. a) apartado VII del Decreto citado, que indica que *"cuando el agente se hallare cumpliendo una Comisión de Servicio, dispuesta por la autoridad correspondiente, el jefe de oficina o servicio que tenga a su cargo el control de la inasistencia del personal, consignará esa circunstancia en la planilla de asistencia o parte de novedades respectivo".-* No indicó los años, pero refirió "en relación... las plasmadas en el Expte. Nº 1736- 2004, letra OPT".----------

------ Las remitidas –por comenzar- no cubren todo el período reclamado en juicio – 2001/2004.- Se envían las correspondientes a los años ///2003/2006.- Y el actor, no solicitó oportunamente se intimara al Organismo a enviar las referentes a los años 2001 y 2002, conformándose con las aportadas.----------

------ Por otra parte, se acompañaron en copia simple.- Y si bien de esta manera no son por sí fehacientes, habré de aceptarlas –las de los años 2003 y Enero de 2004-como prueba, en tanto provienen sin duda, de área de dependencia de la demandada.----------

------ Estas, que no son "planillas" en verdad sino fichas-reloj, lo son "de Asistencia".- Y de allí deriva justamente la necesidad de que la comisión figure, para establecer que el agente se encuentra en servicio…pero fuera de su asiento habitual.- Pero hasta allí su aptitud probatoria; no son útiles a la pretensión del actor, pues no hay detalle

del horario que se cumple durante los días de comisión –cualquiera fuere éste- por lo que no suplen ni pueden suplir las exigencias del art. 23 del Dto. Nº 1330/81, acápite VIII: certificación diaria y visación.----------

------ Adolecen además las enviadas, de deficiencias.- El actor no se ha preocupado en juicio por ilustrar acabadamente al Tribunal de la concordancia entre lo solicitado en sus planillas personales de "liquidación" de francos (que acompaña por año, aunque no suscribe, a las actuaciones administrativas - fs.6/10 Año 2001, 47/48 Año 2002, 74/78 – Año 2003), los memorandums que adjunta, y estas fichas.- Como lo previne en SD Nº 7/SCA/04 "La falta de precisión en la indicación de la documental, conspira en contra de la pretensión adjetiva.- A más no existe suficiente verosimilitud de contenido, y aún de haberlo, ***no se propuso su análisis por experticia del modo apropiado que acreditara el derecho reclamado, pues la sola ///documental no sería suficiente prueba sin los cálculos que determinaran la real existencia de horas extraordinarias, no compensadas por francos***.".- Ni en el Alegato se ocupa de establecer concordancias.----------

-------- Mas es dable observar –tomadas al muestreo algunas correspondientes al año 2003 a fs. 207 a 209- que en las mismas, en algunos casos, figuran Ingresos y no Egresos (17 a 26/01, 14/14/07, 26/8, 30 y

31/10, 30 y 31/11), en otras no hay ninguna constancia (01 al 15/6); hay horas extras que constan en ellas aunque no coinciden con la liquidación del actor (vg. 26 y 27/6, 31/7), sin que expongan comisión de servicios que son las reclamadas; hay casos en que se consignan comisiones de servicios que no coinciden con los memorandums (05 al 09/10 con fs. 100, 20 y 21/11 con fs. 110 y 111, 22 a 28/11 con fs. 112, 09/12 con fs. 113); hay días que consignan comisiones de servicio (en Viernes), sin que pueda establecerse con fehacencia que incluyeron Sábado y Domingo (vg. 01 al 04/7, sin indicar si alcanzó al Sábado 05 y Domingo 06/7).- También hay días laborables posteriores a Comisiones en que no se consignan ni Ingresos ni Egresos (20 y 29/10, 08/12) dando idea de que se concedió franco...----------

------ De este modo, el registro es inoperante para demostrar el cumplimiento efectivo de horas extraordinarias en días normales, o durante Comisiones en días Sábados, Domingos, feriados y no laborables, como las liquida el actor, pues, mas allá de estas falencias, no indican el horario de trabajo cumplido durante ellas.- Podrían alcanzar para el franco del art. 44 a) II en pocos días, mas ello no es lo ///pedido y si se atiende al cálculo de la demanda y su ejemplo: un Domingo = a 48 hs. de labor + 1 franco = 8 francos ello supone que ese Domingo trabajó efectivamente las 24 hs. entre diurnas y nocturnas lo que desde ya, es un despropósito.----------

------ 7.6.- Hasta aquí la prueba, correlacionada con la pretensión, que lejos está de reunir aquellas características a las que referí en 7.2 "in fine", por lo que no cabe aplicar sino la regla de la carga de la misma en el proceso.----------

------ En diversos pronunciamientos vengo recordando que "Nos enseñaba el Derecho Romano onus probandi incumbit actori; necessitas probandi incumbit ei qui agit; probandi incumbit ei qui dicit non ei quit negat. Principios aforísticos, que aún desarrollados luego por la doctrina, y receptados por las legislaciones adjetivas, todavía sostienen su vigencia".- "Numerosos pronunciamientos de este Superior Tribunal, han instituído como doctrina legal, que la carga de la prueba reposa sobre quien pretende crear en el convencimiento del juez la existencia o inexistencia de los hechos alegados como fuente de sus derechos reclamados (CHIOVENDA Instituciones de Derecho Procesal Tomo III pág. 204). Y el art. 377 CPCC, distribuye entre las partes esa responsabilidad, otorgando al juzgador una verdadera regla de juicio sobre los hechos esenciales no probados por los litigantes: la ausencia de prueba determinará el contenido de la sentencia. Como se dijo en S.D Nº 4/SCA/99 (voto del Dr. MARTÍN), el criterio del "onus probandi" se configura como un principio jurídico apto para hacer posible una decisión en el mérito, y la estructura del proceso tiende a poner de relieve la eficiencia de la actividad probatoria de las partes, a las que incumbe la necessitas de dar al juez los elementos de hecho, aptos para construir

la premisa menor del silogismo judicial. La regla, ///es reus in excipiendo fit actor, onus probandi incumbit ei qui decit, affirmanti incumbit probatio, la oposición del demandado hace necesario al actor justificar la demanda formulada, y soportará las consecuencias desfavorables derivadas de la propia falta de declaración de certeza del hecho mismo. (GIAN ANTONIO MICHELI La carga de la prueba Ed. Jurídicas Europa América pags. 37/38/313). Es así que el accionante debe soportar las consecuencias del riesgo tomado, de no haber procurado al Tribunal la demostración de su derecho (STCH S.D Nº 34 y 43/90, 25 y 29/91, 4/SCA/97, 6/SCA/98 entre otras)" (SD Nº 4, 10 y 15/SCA/00). ----------

------ En SD Nº 1/SCA/05 ("A...."), advertí que la jurisprudencia consecuente sostiene cada vez con mayor firmeza que la carga de la prueba no supone ningún derecho del contrario sino que consiste en un imperativo del propio interés (SCBA AyS 1957 I 88), y descartan la posibilidad de que el juez llegue a un non liquet respecto de una cuestión de derecho a causa de lo dudoso de una cuestión de hecho (SCBA LL 19796 333, 1978 D 899). Frente a hechos no probados por los litigantes, el juez aún así debe dictar sentencia, y lo hará responsabilizando a la parte que según su posición en el pleito, debió justificar sus aseveraciones, pero no llegó a formar la convicción judicial. En tal caso, la carga de la prueba le indicará el contenido de su pronunciamiento, y partiendo de los hechos no probados estimará la pretensión o la defensa, según el caso. Tal el sentido la razón de ser

de la carga probatoria (CALAMANDREI - El juez y el historiador en Estudios sobre el Proceso Civil pág. 116)".----------

///--- "La finalidad de la actividad probatoria es la de crear la convicción del órgano jurisdiccional sobre la existencia o no de los hechos alegados por las partes en su oportunidad procesal, que son motivo de discusión y no están exentos de prueba. ....La carga de la prueba señala a quién corresponde evitar que falte cierto hecho para no sufrir efectos perjudiciales. Aquélla no significa la obligación de probar sino que implica estar a las consecuencias de que la prueba se produzca o no....La actividad probatoria no supone ningún derecho del adversario, sino un imperativo del propio interés de cada parte. Es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no acredita los hechos que invoca como fundamento de su derecho pierde el pleito (CN Com. Sala A 20/9/96 "Schwabe Jurs y Cía... LL 10/6/97, conc. Sala C 10/4/97 "Anadón Publicitaria SA, LL 20/6/97 – CN Civ. y Com. Sala I JA 1990 IV 621, Sala II LL 1989 B 614, Sala III LL 1992 B 600, 16/7/96 "Carril de Edi..." LL 1/4/97). La actividad probatoria constituye como toda carga procesal un imperativo del propio interés...Cada parte soporta la prueba de los hechos a los que atribuye el efecto jurídico que pretende (CN Fed. Cont. Adm. Sala III "Corr Flor..." 13/5/99 Boletín de Jurisprudencia ED Año 199 Nº 2 pág. 81)".----------

------ En este fallo, justamente, me refería a la prueba de las horas extraordinarias en particular, y para el presente, no cabe otra conclusión.- Debe aplicarse sin más la regla de la carga de la prueba al actor por los francos reclamados.- Y esta falencia no es otra que la que recoge la Resolución Nº 497/05/OPT, acusada nula, como "falta de certificación" para negar al actor su reclamación administrativa, y es dirimente.----------

///--- Por ende, es inoficioso considerar otras razones enunciadas en su motivación, para determinar que se ajusta a derecho.----------

------ 8.- Sin embargo, me referiré también a la que trae el acto y el actor cuestiona como obligación impuesta a su cargo, de ***solicitar*** los francos a que se creía con derecho, opuesta también por la Provincia como defensa en juicio.----------

------ Adelante, cuando efectuaba la descripción normativa – en el punto 6.7.- al relatar el Dto. Nº 327/87, y referirme a los que llamé francos potestativos, afirmé que la potestad ésta conviene a la autoridad.- Mas ello, acoté, no excusa la obligación del agente de solicitarlos.----------

------ Idéntico criterio al que ya había postulado en SD Nº 7/SCA/04, interpretando el acápite XV del art. 23 del Dto. 1330/81, agregado por el Dto. Nº 327/87, que previó en su inciso a) un plazo para su goce –en el transcurso del mes de prestación de los servicios- que la

demandada había opuesto en ese juicio como "de caducidad" al reclamo ante el texto normativo que indica "deberán usufructuarse".- Dije allí "Pudo ocurrir que las necesidades del servicio impidieran esa periodicidad" y añadí "mas es dudoso que no pudieran hacerlo en varios años.- Y ***no se demostró tampoco acabadamente que se solicitaran en tiempo, y que se insistiera en las peticiones, en ambos casos con negativos resultados"***.----------

///--- Para el caso bajo análisis, el aplicable es el art. 4 del Dto. Nº 1553/85, que impone que si se trata de comisiones de servicios, los francos ***se concederán*** al término de la misma.- Aquí ya no hay referencia al usufructo (acción del agente); la redacción de la norma es imperativa, y lo es para la autoridad...pues ella es quien concede...------

------ Tomando el testimonio de G. M., admito que razones de servicio lo impidieran en el plazo perentorio que el art. 44 inciso a) apartado II del Dto. Nº 1330/81, el Dto. 327/87 o el art. 4 del Dto. Nº1553/85 estipulan, pero, nunca sine die o durante tanto tiempo, afectando el derecho del agente, máxime si la índole del empleo público impide la posibilidad de ejercer por sí tales derechos en detrimento del servicio...----------

------ Pero tampoco es admisible una “tolerancia” rayana en la desidia, por el titular del derecho.- En la medida de su interés, el agente debió pedirlos en tiempo prudencial, o razonable, y no dejar acumular en cuatro años, 961 días, que a su vez como consecuencia, importa privar al Organismo del servicio por casi dos años y medio.- Ha de verse, que en ningún momento el actor nos ilustra sobre las razones que lo movieron a “soportar” la omisión de sus superiores, por tanto tiempo.----------

------ En SD N° 05/SCA/06 (C.…) y mencionando a su vez la SD Nº 5/SCA/00 - con cita de PALOMAR OLMEDA -expuse que “entre los variados y particulares deberes cuyo cumplimiento se exige al agente público -verdaderas “cargas” que la Administración impone en razón del vínculo de sujeción especial que une a aquéllos con ésta y se justifican en las necesidades de la organización”.----------

///--- De allí, que si bien es cierto que la obligación de solicitar el ejercicio de un derecho –en particular de éste- no está expresamente establecida, también es verdad –como decía en esos fallos que “la relación de empleo público se caracteriza -como siempre certero señala FIORINI- por la “variedad de situaciones subjetivas” propias de las relaciones del servicio, de lo que se sigue que la técnica del “detallismo excesivo” del que acusa a algunas regulaciones, atenta contra el concepto unitario de la vinculación.- Sólo la apariencia -estimará- es taxativa, pues a más de lo expresamente dispuesto en los Estatutos, se encuentran los ***deberes implícitos*** provenientes de la misma, dentro

del contexto de los principios que informan los valores comunes que realiza la Administración, del cual el agente es su instrumento.- Son estos principios la "causa de los deberes" y sobre su base el agente deberá comportarse (Derecho Administrativo – Tomo I –pág. 817).- ENTRENA CUESTA señalará que la enumeración de los deberes de los funcionarios deriva de uno esencial cual es del fiel desempeño de la función encomendada, para cumplir el cual habrán de adoptar unos moldes de conducta que es imposible condensar en la enumeración de unos cuantos deberes, de allí que las normas en forma sigularizada sólo llaman la atención sobre los que son más importantes (Curso de Derecho Administrativo 12° Edición – Tecnos- pág. 322)".----------

------ Aquí entra a jugar el principio de buena fe, porque aún cuando no esté preestablecida la obligación –de solicitar el goce del franco que corresponde- ello no es sino una forma de asegurar – y asegurarse- el propio empleado la satisfacción de su derecho.- Emerge asimismo del ///deber de cooperación, ínsito justamente en razón de la buena fe, en ///la relación, y de lo que es natural según el curso ordinario de las cosas.----------

------- Es como lo señala MARIENHOFF cuando distingue entre derecho adquirido y derecho ejercido.- El primero, es el definido como aquél que se ostenta al reunirse todos los presupuestos exigidos por la norma para su imputación; el segundo supone su uso o disposición

(Derecho Adquirido y Derecho ejercido; pretendidas diferencias en cuanto a su protección jurídica – LL 1989-B-776).- Y cita como ejemplo, la jubilación.- El afiliado a la Caja de Previsión, puede tener un derecho adquirido al beneficio por haber cumplido los requisitos en las Leyes previstos, pero difícilmente obtenga el haber si no solicita... y en todo caso, lo tendrá desde que lo solicite.- Y lo mismo ocurre –reitero, en el curso ordinario de las cosas- con muchos de los consagrados a favor de los agentes públicos, aún de los que se consideran "directamente" operativos.- La Asignación familiar, no es percibida si no se solicita su pago y se acredita el presupuesto que la confiere; la licencia anual, desde ya no se otorga directamente, sino que debe ser peticionada (si no hubiere previsto un período de Feria).- Los viáticos mismos, respecto de las comisiones.----------

---

------ El comportamiento del actor, liviano, displicente –inclusive frente a situaciones que pudo considerar, como el cambio de autoridades políticas- le impidió en definitiva demostrar acabadamente el cumplimiento de las condiciones que viabilizarían el ejercicio del derecho que entendía adquirido, y como lo dije en SD N° 05/SCA/09 ("V…."), induce a considerar que no le está permitido aquí alegar su propia torpeza -"nemo propiam turpidinem allegans non est audiendus".----------

///--- Tampoco en consecuencia este motivo expuesto en el acto como causa, que –itero- no es el dirimente, resulta desviado, o desatinado, sino de toda razonabilidad.----------

------- 9.- A su vez, los precedentes, traídos por el actor como "otros casos" en los que se concedió el beneficio, no son suficientes para acreditar un criterio administrativo sostenido, que por sí mismo se constituya en fuente de derechos.- Al contrario, se puede apreciar en las actuaciones por las que se persiguió el reconocimiento, que la situación no es idéntica.----------

------ En el Expte. Nº 3919/05 de la Subsecretaría de Desarrollo Social, correspondiente al Sr. D. B., figura detalle de planilla de Horas extras ***existentes*** en la Dirección de Personal y Recursos Humanos -fs. 97/111.- Esto es, el área certificó de esa manera, su realización efectiva constatando en los registros.- En el Nº 5328/05, de la misma Subsecretaría, correspondiente al agente J. S., las constancias arrimadas lo son de ***cierre de comisión por la autoridad jerárquica***, indicando expresamente que la misma fue realizada, fecha de salida y regreso con sus horarios, figurando allí también un detalle –suscripto por el Director de Personal y Recursos Humanos y el Jefe de Departamento Personal – fs. 97 a 108 - de planillas de horas extras ***existentes*** en el Organismo.- Así constatadas, ambos casos son resueltos favorablemente por Dto. Nº 1852/05.---------

------ La disimilitud es apreciable.----------

///

///--- Concluyendo, no encuentro apartamiento del ordenamiento en la decisión a la que se arriba en la Resolución N° 497/05/OPT, y la demanda debe rechazarse.- ASÍ LO VOTO.----------

------ Dijo con respecto a la misma cuestión el Dr. CANEO:----------

-

------- I.- La pretensión que trae a este juicio el Sr. A., se presenta peculiar.- 961 días de francos compensatorios por comisiones de servicios, acumuladas en 3 años y 1 mes, no parece lo frecuente.------

------ Reclamó antes ante la Administración en procedimiento seguido ante el Organismo Provincial de Turismo en el que laborara, con resultado desfavorable pues, por Resolución Nº 497/05, su reclamo fue desestimado.- Insistió allí con Recursos que por precluida la instancia no se oyeron, y entonces acude al pleito contencioso, acusando de nulidad ese resolutorio por alegar vicios de contradicción, arbitrariedad y desviación de poder.- Acusa que se ha tomado fundamento en norma derogada, que la cita de las aplicables no es correcta, que existen precedentes administrativos en los que le fueron reconocidos francos a otros agentes, y pide como efecto de la nulidad que se declare, le sean otorgados.----------
----

------- Por su parte la Provincia defenderá la legalidad del acto, afirmará que no adolece de los vicios endilgados, procurará explicar la

cita de norma derogada –que admite tal- aseverando que forma parte del Dictamen del Asesor General de Gobierno que cita en los Considerandos sin constituirse en fundamento de la decisión, negará que le correspondan los francos solicitados porque las comisiones no fueron autorizadas según la legislación vigente, negando que de la documental que aportara el actor a la causa administrativa resulte acreditado el derecho, pues la autoridad competente no las ha certificado.- Negará que sea posible determinar *"la cantidad de días que comprende el concepto del franco compensatorio pretendido"* , entenderá un dislate la solicitud.- También opondrá Prescripción bienal y subsidiariamente quinquenal.----------

------- II.- Concordaré con el preponente, en que la Prescripción del art. 4030 CC no es aplicable al sub-lite; esta norma es de interpretación restrictiva ante la prescripción decenal ordinaria que establece el art. 4023 para las acciones de nulidad, trátese de acto nulo o anulable (SALVAT- Obligaciones en General – III – 587 – BORDA – Obligaciones –II- 58 – SD N° 49/92).- A más, se encuentra comprometida en la discusión una nulidad absoluta, ya que los vicios enunciados por el actor determinan una violación de la ley, una infracción al ordenamiento jurídico del acto revocado que lo vicia absolutamente y de pleno derecho -art. 33 inciso 2 del Dto. Ley 920.- Y si bien la doctrina se inclina unánimemente en considerar que éstas son imprescriptibles (COMADIRA – Derecho Administrativo –

Abeledo Perrot 1996 – pág. 59), la jurisprudencia –incluyendo la de este Superior Tribunal, invocando la seguridad jurídica, consiente en que en tales supuestos, la prescripción a considerar – a falta de norma expresa en el Derecho Administrativo- es la de 10 años prevista en el art. 4023 CC (SD Nº 9/SCA/04).----------

------ En cuanto a la quinquenal –art. 4027 inc. 3 CC- que opone subsidiariamente, habrá de establecerse primero si el acto es nulo, y a ///consecuencia y si lo es, si el derecho reclamado existe, en afirmativa desde cuándo, para a su vez calcular el tiempo de interrupción si lo hubiere, y resolver en consecuencia.----------

------ III- He de estar, con relación a lo actuado en el Expediente Administrativo incorporado a esta causa, y a la determinación y análisis de la legislación que rige la materia en conflicto, a la descripción puntillosa que mi predecesor en el voto efectúa.----------

------ Puntualizaré –acordando con el colega- que el franco compensatorio está insuficientemente regulado, y que, salvo el que debe darse como obligatorio por trabajo de días Sábados, Domingos, Feriados y no laborables, los restantes, compensan no el descanso hebdomadario sino prolongación de jornada normal y horas extraordinarias, dándose una ligazón inescindible entre éstas y aquéllos.----------

------ Que siendo así, y como el actor no ha demostrado estar sometido a régimen distinto, se aplican al caso los arts. 44 inc. a) apartado II y VII, y el art. 23 del Dto. Nº1330/81, con sucesivas modificaciones, específicamente los apartados VII, VIII (con las acotaciones del Dto. Nº 1553/85 en sus arts. 1, 3 y 4, y Dto. Nº 1438/88) X, XIII y XV este último según Dto. Nº 1195/82, por no derogado, Nº 327/87 y 1956/90.- En virtud de este último, para el ente autárquico en ese entonces Organismo Provincial de Turismo, ha de partirse de considerar que la hora extra o suplementaria, está –durante el tiempo que la acción abraza- por principio prohibida, y en casos excepcionales en que hubiera sido cumplida, el franco es la única manera autorizada de reconocimiento sin posibilidad de conversión en dinero.----------

///--- Que –en apretada síntesis- son los requisitos que estas normas establecen:----------

- ***Solicitud del Jefe inmediato*** explicando por escrito la necesidad de realizar inevitablemente –por excepción- horas suplementarias o extraordinarias, ***con aval de la vía jerárquica*** (art. 2 inc. 3 Dto. Nº 1438/88).----------

- ***Autorización*** de los Sres. Ministros o Secretarios por Resolución (art. 2 del citado Decreto);----------

- ***Certificación diaria*** del funcionario designado a tal efecto y ***visación mensual*** del Director del Organismo (art. 23, Dto. Nº 1330/81 – apartado VIII);----------
- ***Aprobación de la autoridad superior*** (idem al anterior).-----
- ***Otorgamiento en el plazo que corresponde***; si se trata de cumplidas en comisión, al término de la misma (art. 4 Dto. Nº 1553/85).----------
- ***Figuración de las comisiones en el registro de asistencia diaria*** (art. 44, inc. a) apartado VII Dto. Nº 1330/81).----------

------ IV.- Frente a la petición que A. formaliza en Junio de 2004, acompañando una serie de memorandos en los que se solicita autorización en su mayoría, con más un detalle propio por año de francos acumulados, y sin perjuicio de algunas opiniones legales que aconsejaron su otorgamiento por no imputar al agente incumplimientos administrativos, el Asesor General de Gobierno dictamina, y el Organismo Provincial de Turismo resuelve por el acto que se impugna, desestimarla.----------

///--- La expresión de voluntad administrativa –que trae la del Asesor General- indica que la reglamentación no fue cumplida, pero, en lo esencial, funda la negatoria en la circunstancia de que la documental en que apoya el actor ***las comisiones que dice haber cumplido no están certificadas***.- Tal como deduce el Dr. PASUTTI y surge del contexto del acto mismo, esta falta de certificación supone que el

cumplimiento efectivo de las horas extraordinarias realizadas en comisión –base del derecho a francos requerido- no está acreditada debidamente.----------

------ Añadirá la Resolución en cuestión que ***los francos no fueron solicitados en tiempo y forma***, y que ***no se ha establecido identidad con los "otros casos", que el actor trajo como antecedentes a la actuación***.----------

------ Resistirá A. en esta acción cuando afirma que no le caben los incumplimientos de las normas que se le atribuyen –esto es, la falta de certificación, y la obligación de solicitarlos en el tiempo previsto.- Por ello dirá que la decisión es arbitraria e incurre en desviación de poder; y por citar en los considerandos los dictámenes e informes que entendían que debía reconocerse su derecho, acusa contradicción.------

------ V.- Pues bien, en fallos en que me tocó pronunciarme en materia de horas extras - SD Nº7/SCA/04 ("T....") y 01/SCA/05 ("A....")- trayendo incluso un antiguo precedente de este Cuerpo (SD N°41/91) rechacé la posibilidad de achacar al agente la falta de autorizaciones requerida por la reglamentación.- Estimé, que si el art. 23 del Dto. Nº 1330/81 -acápite XIII- consagra como principio que la realización de tareas en horario suplementario tiene carácter obligatorio ///para el

agente y su negativa a prestarlas sin causa justificada podrá hacerlo pasible de sanción, esa carencia no puede ser oponible al pago –en este caso lo sería a la compensación por francos- de las horas trabajadas en exceso, si el agente fue exigido a cumplirlas.- Alguna autoridad ordena su realización, y el empleado debe acatar, conforme la premisa de aquel precepto.----------

------- Señalé que estas pautas de "autorización previa" contenidas en ese artículo del Régimen General de los Empleados Públicos están en verdad dirigidas a las autoridades administrativas: Directores y demás funcionarios encargados de hacerlo cumplir, y en la medida de lo posible.----------

------ En SD Nº 7/SCA/04, aludiendo al plazo de usufructo que establece el art. 23 inc. XV agregado al 23 del Dto. Nº 1330/81, estimé que el mismo podía entenderse de caducidad, según oponía la accionada en esa litis (aunque no derivé de ello la pérdida del derecho), destacando que -al margen del impedimento de “tomarse” los francos como lo autoriza la Ley de Contrato de Trabajo, inaplicable al empleo público- no había demostrado que hubiera solicitudes de otorgamiento, o reiteraciones en solicitudes, o reclamos fundados en el cumplimiento del plazo, esto es, próximo a vencerse el siguiente mes al que correspondieron.----------

------ Aquí, la norma tiene una redacción distinta; no la manda de usufructuar, sino un ***serán concedidos*** lo que da idea de estar dirigidos más que al empleado, a la autoridad.- Mas si median razones ///de servicio, según parece surgir del único testimonio brindado en autos, es posible que se dilatara en el tiempo el otorgamiento...hasta diluirse parece que por largo tiempo.----------

------ No parece en consecuencia saludable decir que ese plazo es de caducidad en un sentido estricto, pues amén de que esa sanción no está estipulada según se dijo para licencias ordinarias en SD Nº 6/SCA/05 ("M...."), la circunstancia de que la manda se dirija a la jerarquía administrativa debe suponer una diferencia.- Mas –coincido con el prevotante- el agente a quien se retacea su derecho, debe asegurarlo, formulando las solicitudes en tiempo mínimamente prudencial.----------

------ La "acumulación" que se observa en autos, hace que el instituto pierda todo su sentido.- La compensación por merecido –y agrego mas que necesario descanso, si se considera que A. desempeñaba labores de chofer, transportando personas, según alega, por distintas regiones de la Provincia y del país, y hasta fuera de él- se transforma en una vacación extraordinaria, que no es lo querido por la norma.----------

///

------ Admito que la obligación de solicitar el goce de los francos, no está expresada; pero, como otros, forma parte del deber de buena fe, aplicado no sólo a la relación jurídica de empleo público que vincula al actor con la accionada, sino –como dice Jesús GONZÁLEZ PÉREZ- como dirección al comportamiento de los hombres en sus relaciones con los demás (El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo – Civitas – pág.66).- Los derechos deben ejercitarse conforme las exigencias de la buena fe; éstas "acompañan" su ejercicio (íbidem – pág. 106).----------

///--- Creo que la "tolerancia" del actor ha excedido estos límites, y la reclamación por más de 3 años de francos que dice adeudados, violenta la finalidad del beneficio concedido a su favor.----------

------- VI.- No obstante, pese a haber sido expuesta en la motivación como causa del acto denegatorio de la reclamación, que se acusa de nulo, no es ésta la determinante o decisiva que mueve la resolución.- Esta es –y también he de concordar aquí con el Dr. PASUTTI- la falta de comprobación por el actor, de la efectiva realización de las horas extraordinarias que aduce realizo durante las comisiones de servicio que dice haber desarrollado.----------

------ Y en verdad ni en aquella sede, ni en juicio, se ha producido una prueba suficiente y asertiva del cumplimiento de las horas extras ya de

por sí excepcionales, dentro de un marco de prohibición que se adiciona en la época en que el actor manifiesta que las ha trabajado, a ese carácter natural.- Cosa que tampoco –y es notable- lo preocupó hasta pasados 3 años.- No se advierte que haya tomado recaudos, ni siquiera para dejar asentadas las extensiones horarias en su ficha-reloj, a las que luego me referiré, que pasaban por sus manos todos los días.--------

------ Que sus jefes hayan solicitado autorizaciones para comisiones –y esto conforma gran parte de la documentación que acompaña en el ámbito administrativo- no significa que las haya cumplido.- Tampoco determinan –salvo por el día de salida y el de regreso que se propiciaba y no se sabe si se cumplió, si en los intermedios, el trabajo se limitó a la jornada habitual –que estimo porque así surge de las planillas de ///asistencia que remitió en copia la demandada, fue la general administrativa- o se prolongó.----------

------ Los registros de asistencia que se agregaron en autos– tales las fichas reloj que solamente cubre el años 2003 y Enero 2004 de entre los

reclamados, pues erró el organismo requerido en el envío y el actor no solicitó se lo intimara a aportar las que correspondían- tampoco acreditan lo necesario.- No son lo que en la jerga administrativa

suelen denominarse “partes diarios” que generalmente a los efectos de la aplicación de los regímenes de licencia suelen suscribir los responsables de la dependencia; no fue ello tampoco lo pedido.- No hay aquí firma ninguna que pueda suponer una conformidad.----------

------ Le concederé sin embargo –como hace el preponente- un limitado valor probatorio, en tanto estas fichas se consideran constancia de asistencia diaria a los efectos de demostrar esto mismo: la presencia del agente en la dependencia, el horario en que ingresa y en el que egresa, y los días que no permanece en ella, por estar en “comisión”.- Instituto que por otra parte tampoco está muy definido, pero que indica que al agente le fueron encomendados servicios fuera del asiento del Organismo en que trabaja diariamente, a más de 50 km. de estar al Dto. Nº 181/02, que reglamenta los Viáticos.----------

------ Estas fichas, amén de las falencias que se observan y destaca el Dr. PASUTTI, no sirven al propósito de la demanda.- Si bien hay días en que consta que se excedió la jornada, se ignora si así es por estar el agente “en comisión”, o simplemente a disposición del superior en la sede de la repartición.- Y si fuera así, no es lo demandado.- Se observa también que aún en estos días, en algunos casos, no coincide el horario ///que el actor en su liquidación dijo cumplir, con el fichado, y en el que señaló como destino localidades como Playa Unión o Gaiman, lo que –si me guío por aquella norma de Viáticos- no

importa técnicamente comisión.- Las pocas en que se consigna "comisión", son un indicio confuso: si así se anotó en Viernes, o en Lunes, no se aclaró si se incluyeron el Sábado y Domingo posterior, o anterior respectivamente.- Y aquéllos en que se indicó comisión en Sábados y Domingos, salvo el franco obligatorio por el día que podría otorgarse, son mínimos, y lejos están de dar satisfacción a la pretensión actora, porque no surgen del simple registro las horas extras efectivamente trabajadas.----------

------ No se aportan pruebas de que alguna autoridad, fuere la requerida por la reglamentación o no, haya "cerrado" la comisión, estipulando el horario.- Cosa distinta de los que ocurre en los Expedientes de "otros casos", a los que el demandante procura dar valor de "precedente" que obliga a la Administración, pues en los Exptes. traídos como prueba al efecto (N° 3919/05 y 5328/05 de la Subsecretaría de Desarrollo Social), el área certificó su realización efectiva constatando en los registros que obraban en Personal, tal como lo exponen las liquidaciones obrantes.---

------ A ello debe añadirse que las bases de sus propios cálculos son inatinadas, como lo dice el ejemplo que expone al demandar.----------

------ No es útil tampoco la afirmación de fs. 139 de quien fuera Director General de Comunicación y Marketing, sobre el hecho de

que las comisiones a que refiere esta documentación –en forma genérica- se encontraban debidamente autorizadas.- Ninguna "subsanación" –como ///lo alega el actor- con ella opera, pues lo que debe probarse es –insistiendo- el cumplimiento efectivo de las comisiones, y especialmente la realización durante la misma de las horas extras que el actor quiere compensar con francos.----------

------ A su vez, más allá de demostrar de que mediaron razones de servicio que pudieron haber justificado que los francos no se otorgaran, tampoco es saludable al pleito el testimonio del Sr. G. M..-

------ VII.- Esta orfandad probatoria, me lleva a concluir, en que la presunción de legalidad "iuris tantum" que acompaña a la Resolución Nº 497/05, queda corroborada.- En particular respecto de su causa primordial, pues en juicio no logra acreditar el actor el presupuesto de hecho necesario para la viabilidad del derecho requerido.----------

------ Fallaré entonces, como lo hice en los fallos ya comentados, en que, si de acuerdo al art. 377 CPC las partes tienen la obligación de aportar la prueba de sus afirmaciones o, en caso contrario soportar las consecuencias de omitir ese imperativo del propio interés dado lo antes expuesto, es la regla de carga de la prueba que incumbe al actor, la que define la suerte de la pretensión.- Como ocurre aún en el Derecho Laboral, de naturaleza esencialmente protectiva.----------

------ Traje primero –en ambos decisorios- la posición de la jurisprudencia española, a GARCÍA NINET, cuando afirma que "*el hecho que se trate –el Laboral- de un derecho aplicable con espíritu de protección y amparo al trabajador, no puede hacer que el Tribunal sentenciador pueda sustituir los hechos no probados por otros contrarios con base en la tutela del obrero y agravio a los derechos del patrono.- Los jueces ///deben buscar en los documentos sometidos la prueba de los hechos con naturaleza para corroborar la pretensión del demandante.-* ***El número exacto de las horas extraordinarias trabajadas debe probarse; si hay indeterminación, "no cabe reemplazar justicia por benevolencia*****".-** (Jornada de Trabajo - Horario y Horas Extraordinarias - Ed. Rev. Der. Privado - Madrid - pág. 312/322 y Jurisp. allí citada).----------

------ Y también me fundé en el criterio seguido por nuestra jurisprudencia "*Para que proceda el reclamo de horas extras debe mediar demostración cabal de la efectiva prestación de los servicios fuera de la jornada normal y legal, sin que basten las meras presunciones*" (CN Trabajo, Sala I, 31/12/92, TSS 1.993-357).- "*La prueba de las horas extras debe ser fehaciente, categórica y cabal, tanto en lo que se refiere a los servicios cumplidos como al tiempo en que se desarrollaron, careciendo de idoneidad a tales fines una simple referencia testimonial generalizada e imprecisa*" (CN Trabajo, Sala VIII, 22/4/92, TSS 1.993-61 - Enrique M FALCÓN, "Tratado de la prueba", pg.

263, Nota 54).- Destaqué entonces, que "así es aún en el marco de la Ley de Empleo, por demás favorable al trabajador, en el que rigen diversas presunciones también a su favor -el principio in dubio pro operario y hasta la inversión de la carga probatoria- que para el caso no opera".----

------ Con cita de un precedente -SD Nº 15/SRE/99 (“M.…”) de este Superior Tribunal decía, que el funcionamiento de la regla de juicio de la carga probatoria, supone el agotamiento de la valoración de las pruebas incorporadas al proceso con resultado negativo, señalando que ////el juez puede concluir en dos direcciones: declarando la certeza de una situación o estado de cosas jurídicamente relevante, lo que excluye la aplicación de la regla precitada -o declarando, también con grado de certeza- que con los instrumentos probatorios disponibles no le es posible reconstruir históricamente los hechos debatidos (cita de Efraín QUEVEDO MENDOZA, "Carga y valoración de la prueba: precisiones", Rev. J.A. julio 22 de 1998, pág. 2).----------

------ Aplicaré aquí con estos mismo conceptos, trayendo una vez más a

FALCÓN – que contrario a la definición del instituto- sin embargo ensaya: la carga de la prueba es el imperativo, o el peso que tienen las partes de recolectar las pruebas y activarlas adecuadamente para que demuestren los hechos que les corresponde probar a través de los distintos medios, y sirve al juez en los procesos dispositivos como

elemento que forma su convicción ante la prueba insuficiente, incierta o faltante (Ibidem – pág. 247).- Más que un deber es un riesgo: quien no prueba los hechos, pierde el pleito si de ello depende la suerte de la litis (CN Com. Sala B 15/2/89 – DJ 1990-2-582 Conf. STCH SD Nº 7/SCA/04).----------

------ VIII.- Cierto el fundamento de la Resolución N° 497/05 OPT, ausente una "certificación" acreditante de la realidad y justeza de las horas extras que se quieren compensar, o prueba contundente aportada al juicio, la misma se ofrece acorde al principio de juridicidad que rige los actos administrativos, y con ello el rechazo que decide es inobjetable.- No hay arbitrariedad ni desviación de poder.----------

------ La supuesta contradicción es inexistente, pues la cita de las distintas opiniones dadas en el Expediente Administrativo, indican que ///las mismas se han considerado, y pese a ellas, se decide la desestimación por la causas indicadas.- Los "casos" idénticos, no lo son.----------

------ Votaré por ello por el rechazo de la demanda.----------

------ A la misma cuestión dijo el Dr. ROYER: ----------

///

------ 1.- Trae el Sr. A. a este juicio, la pretensión de que –previa declaración de nulidad de la Resolución del Organismo Provincial de Turismo Nº 497/05 que en el ámbito administrativo denegara su reclamación – esta Sala le reconozca y otorgue 961 días 5 horas de francos compensatorios no gozados derivados de comisiones de servicio desempeñadas desde enero de 2001 a Enero de 2004.- Este es el límite - aunque la demanda no lo enuncia- porque a ese período corresponde el rechazo administrativo que dice nulo, y el de la prueba aportada a las actuaciones en esa sede, que a su vez lo son del pleito.----------

------ 2.- Opuso la Provincia al progreso de la acción defensa de Prescripción: la bianual del art. 4030 CC por afirmar que la nulidad comprometida en el caso es relativa, y subsidiariamente la quinquenal del art. 4027 inc. 3 CC.----------

------ La primera habré de rechazarla de plano, reiterando mi voto en SD Nº 09/SCA/04 (“T....”).- Allí decía “Ya he dicho en anteriores pronunciamientos que la nulidad absoluta, en opinión de los especialistas, es imprescriptible (véase FIORINI – Tratado de Derecho Administrativo – Tomo I – pág. 587 y sigs.), aunque se admita en orden al principio de seguridad jurídica, aplicar la extensa de 10 años – art. 4023 CC (SD Nº 5/SCA/03 - conc. Cám. Nac. Fral. Cont. Adm. Sala I – ED 111-349 – Cám. 1º Cont. Adm. San Juan en “Ondarhu...” – 17/4/84)”.----

------ "Debe tenerse presente, que en Derecho Administrativo la distinción entre actos nulos y anulables, que se compadece con la categorías de nulidades absolutas o relativas, no se identifica con la propia del Derecho Civil, aún cuando por analogía puedan utilizarse sus reglas.- Surgen en su vertiente interpretativa, la presencia de distintos grados de intereses públicos que no pueden circunscribirse a la esquemática clasificación que distingue el derecho de los particulares.- El acto anulable no responde a una pauta dogmática que lo caracterice en forma absoluta, pues pueden cambiar según las circunstancias y modalidades concurrentes.- *Es el administrador o el juez el que dirán la última palabra*...la anulabilidad será motivo de juicio, y producto de pruebas aportadas, conductas de partes, de relaciones que pueda tener con el daño sufrido por el interés o el derecho de los particulares o de la administración.- La gravedad que en forma superficial se mencione puede ser proclive al error; sólo es una expresión condicionante de las consecuencias que provoque.- Si en la nulidad absoluta –propia del derecho administrativo- esta evaluación la ha hecho previamente la Ley, en la relativa o anulabilidad debe evaluarse el acto que presenta la irregularidad.- Debe hacerse investigación concurrente de comprobación de la irregularidad con la calificación correspondiente de anulación en función del fin y de los intereses afectados.- (FIORINI – Ob. Citada - Tomo I – pág. 471 a 484)".----------

///

///--- “De lo que se sigue, que salvo excepcionales supuestos de evidencia incuestionable –que lo son pocos- el encorsetar “a priori” un acto como nulo o anulable, a partir de la alegación actora o la defensa demandada, es imposible.- La investigación determinará su naturaleza, su entidad y sus efectos.- Siendo así “in dubio pro actione”, el plazo de prescripción debe ser el más amplio, esto es, el decenal” .----------

------ La segunda, habrá de esperar a la determinación de la nulidad articulada para resolverla.----------

------ 3.- Escasos argumentos son los fundantes de la pretensión descripta.- Esgrimiendo vicios de arbitrariedad, error en la mención del derecho aplicable, desviación de poder, contradicción, el actor persigue controvertir la presunción de legitimidad propia de aquel acto denegatorio, en una demanda limitada a la relación de antecedentes incorporados a las actuaciones administrativas, enarbolando como hecho esencial, el cumplimiento de tales comisiones.----------

------ También es limitada la aportación al juicio de prueba útil.- Confesional, de ningún efecto positivo a su derecho, testimonial de un funcionario del área que procura validar razones de servicio impeditivas del oportuno goce de los francos, y fichas reloj – registros de asistencia que sin ninguna firma aclaran en manuscrito “en comisión”, no dan cuenta del horario cumplido en las mismas y para

rematar, cubren sólo un año y un mes de los reclamados: 2003 y Enero de 2004, sin que el accionante haya ejercido la facultad procesal de requerir intimación bajo apercibimiento de lo prescripto en el art. 388 CPCC.----------

///--- Se confía en las constancias del Expediente Administrativo, consistentes en memorandums que en gran parte sólo "solicitan" comisiones, a cuyo dorso figura una "hoja de ruta", sin firmas, que nadie certifica como cumplida, a lo que acompaña un detalle día a día, a "mano", donde se advierte que incorpora como comisiones – a más de las que mencionan lugares alejados más de 50 km. de su asiento- los traslados que dice haber efectuado a menos de esa distancia, y en el día.- Detalle éste que a veces no coincide con los memos que pidieron la autorización, o con las fichas y contiene cálculos dudosos.----------

------ Se ampara en un "subsanación" que entiende es resultado de una nota suscripta por quien fuera Director General de Comunicación y Marketing, a fs. 139, funcionario que habría firmado muchas de las solicitudes –memos- referidos, que expone que las comisiones estuvieron autorizadas; subsanación que no es tal, pues no las suple y resulta inoficiosa por lo genérica e indeterminada.----------

------ A más cita precedentes en los que se reconocieron francos con un considerable retardo, que tampoco le son útiles pues examinados los

Exptes. traídos a juicio para demostrarlo, se aprecia que en ellos los órganos de personal efectuaron cálculos según constancias existentes en la repartición, cosa que no ocurrió con el actor, en que el organismo similar se niega a "certificar" por falta de antecedentes.----------

------ Destaca error en la cita del derecho aplicable, lo que en verdad es así, aunque ello no es suceptible de modificar la conclusión a que arriba el acto que dice nulo.----------
-
///--- 4.- Voy a adherir –evitando sobreabundancias- a más de lo ya dicho, al análisis puntual de la prueba de la causa que efectúan los Ministros preponentes, y a la valoración negativa que efectúan.----------

------ También lo haré con respecto al derecho aplicable, concordando en su individualización.- Coincidiré específicamente en entender, que los francos cuyo goce viene reclamado, son inseparables de las horas extras que durante las comisiones se habrían cumplido (ya lo había considerado así en SD Nº 07/SCA/04 ("T...."), que por efecto del Dto. Nº 1956/90, se traducen solamente en derecho a francos –no procediendo su pago.- Y que en consecuencia, son exigibles, entre otros, los recaudos impuestos por el art. 23 del Dto. Nº 1330/81 –reglas VII y VIII- y debieron haberse gozado "inmediatamente después" de las comisiones como lo exige el art. 4 del Dto. Nº 1553/85.----------

------ 5.- Así que lo creo, y en orden a la regla VII del art.23 citado,
reiterada en posteriores y sucesivos Decretos limitativos o prohibitivos de horas extras –esto es la "autorización previa", como mis antecesores ya tengo dicho desde la SD Nº 41/91 ("G...."), en la que se reclamaba pago pues aún era admisible, igualmente aplicable a su compensación por francos, que esta norma no puede perjudicar a los agentes.- Son mandas dirigidas a los funcionarios jerárquicos, que deben ocuparse de proveer en cumplimiento de lo ordenado por las respectivas normas, criterio que reiteré en SD Nº 07/SCA/04 ("T....") mencionada antes.----------

///--- En este último pronunciamiento, interpretando la regla XV del art. 23 del Dto. Nº 1330/81, agregado por Dto. Nº 327/87, determinante de la exigencia de que los francos sean gozados en el plazo que indica, la consideré atendible, estimando que así estaba dispuesto para que no se desnaturalice el franco, por principio no compensable en dinero.- Decía "La necesidad de descanso con la periodicidad que razones de salud indican, justifica la regla que previene al empleado que no puede "juntar" francos para gozar más días de licencia, o una licencia suplementaria, o un "sobresueldo" si piensa renunciar, o está próximo a ello para jubilarse".- El mismo pronunciamiento señalaba "me llama la atención el que durante tanto tiempo no se haya reclamado el pago de horas extraordinarias laboradas, ni pretendido

regularizar la situación... Ello importa -a mi criterio- una presunción en contra de su efectiva prestación".----------

------ Si así lo fallaba en aquel caso, en que se reclamaban francos desde 1992 a 1996, iniciado el reclamo administrativo en 1997, con mayor razón habré de afirmarlo para éste, en que se pretenden los que surgen de comisiones de servicios por los años 2001, 2002, 2003 y Enero de 2004, intentado el reclamo en junio de ese último año, por nada menos que 961 días.----------

------ Así lo entendió también el Organismo del cual emana la Resolución Nº 497/05, aunque la norma a aplicar es distinta, pues establece como una de las causas de rechazo de la reclamación del actor, el que no hubiera solicitado el goce en tiempo y forma, lo cual motiva su queja en este sede, invocando como causa de nulidad la arbitrariedad por imponerle esta obligación "no expresa en el ordenamiento".----------

///--- Es cierto que, en orden a francos acumulados en comisiones de servicio, es el Dto. Nº 1553/85, art. 4, y no aquella regla XV la impuesta, y determina que aquéllos ***"serán concedidos"*** al finalizar la comisión, dando idea este texto de que se trata de una orden a la autoridad jerárquica, y no al agente.----------

------ Pese a ello, y aunque sin una exigencia estricta, estimo aplicables los mismos criterios dados para la regla XV.- Así, porque las circunstancias son distintas a las de una autorización no concedida, en que la participación del agente es impensable.- Aquí, y aún admitiendo que el empleado público no puede "tomarse" el franco a voluntad, puede compeler a la autoridad al otorgamiento, en un plazo prudencial, de su derecho.----------

------ Comparto sobre el tópico lo expuesto por ambos Ministros preponentes : el deber de cooperación ínsito en la relación, destacado por el Dr. PASUTTI; la buena fe en el ejercicio de los derechos, señalada por el Dr. CANEO.- A ello añado, que el ejercer el derecho concedido según su naturaleza y conforme a sus fines, es una carga del propio interés.----------

------ En SD N° 05/SCA/06, trayendo a su vez conceptos de la SD N° 5/SCA/05 decía "… en la relación jurídica de empleo público, aún con sus características peculiares -como en toda vinculación jurídica- derecho y deberes son correlativos.- Como lo dice DROMI, la responsabilidad pública es presupuesto del derecho subjetivo, porque ¿qué derechos serían aquéllos que se tienen contra lo público ///irresponsable?... mas también es cierto, los derechos no son

absolutos ni ilimitados.- Gráficamente expresa el autor “la autoridad sin límites es la muerte de la libertad...la libertad sin límites es la muerte de la autoridad”; allí surge precisamente la función del derecho para fijar con razonabilidad y prudencia los límites de poder y libertad (Derecho Subjetivo y Responsabilidad Pública – Ed. Grouz 1986 – pág.12/13)”.---

------ “Fuere que se adhiera a las teorías que consideran la vinculación de función pública como estatutaria o contractual- lo cierto es que la misma se encuentra regulada, acotada, predeterminada por un conjunto normativo -de nivel general o especial- que ha dado en nominarse unívocamente como “Estatuto”, caracterizado por una prodigalidad normativa que procura compendiar las situaciones jurídicas diversas que la misma plantea, y responde a un esquema casi general: ingreso, condiciones, obligaciones, prohibiciones, derechos, régimen disciplinario, recursos... (FIORINI – Derecho Administrativo – Tomo I- pág.787/792)”.----------

------ Pudo ser...que la autoridad no cumpliera...pudo ser que dejara pasar el tiempo porque “convenía al servicio”....pero lo cierto es que esta inapropiada conducta administrativa fue consentida por el actor, que se acomodó a un “dejar pasar”....- Y ahora despierta para reclamar el absurdo de dos años y medio de goce de francos que nunca se

preocupó por solicitar.----------

------ Aceptando que la manda del Dto. 1553/85 no se dirige al agente, es una pauta temporal, y no sólo las obligaciones deben "actuarse"; también los derechos han de traducirse en su ejercicio concreto, ///dándoles funcionalidad en tiempo oportuno y acorde a su finalidad, para que la Administración asuma que indefectiblemente debe cumplir, en orden a los presupuestos dados.- Y si niega el ejercicio…entonces ya la situación es distinta, y habrá de asumir la responsabilidad consecuente.- Mas esto no ocurrió en el caso.----------

------ 6.- No es ésta sin embargo – y concuerdo con mis predecesores- la causa eficiente y determinante de la desestimación del derecho que plantea la Resolución Nº 497/05.- Lo es la falta de fehaciencia de la prueba del cumplimiento de las comisiones de servicio, y esencialmente, de las horas extras que durante ellas se dicen realizadas.----------

------ A ello se alude con "falta de certificación" en la Resolución atacada, pues ningún funcionario ha concurrido con su firma a dar fe detallada de esa realización.- Y en juicio –como ya lo advertí – ninguna prueba acabada se ha aportado.- Ante la desestimación

administrativa y las negativas de la accionada, según quedó expuesto en la relación de causa- sólo la fuerza convictiva de la prueba podrá revertir o rebatir el argumento –acreditado- de la falta de certificación del trabajo realizado en comisión de servicios.----------

------ Según lo tengo fallado en SD Nº 7/SCA/04 (“T....), la jurisprudencia mayoritaria en materia de empleo privado, en un criterio que puede considerarse estricto, exige prueba cabal y fehaciente de los servicios prestados para hacer lugar al reclamo de horas extras.- El mismo debe regir en materia de empleo público y así lo estableció este ///Cuerpo en anterior composición, y he seguido esta posición en SD Nº 22/92 (“I....”).- Consideré allí -apoyándome en la jurisprudencia nacional- el criterio que informa sobre la necesidad de contar con prueba suficiente y eficaz del trabajo prestado en horas extraordinarias: “Controvertida la realización de tareas en tiempo suplementario, recae en el actor (empleado público) la carga de la prueba, y ésta deber ser fehaciente, asertiva, no puede dejar dudas sobre el cumplimiento de las mismas...”.- Mi antecesor en el voto ya había establecido que “ para la procedencia de las horas extras, no puede presumirse su cantidad o el monto de la deuda de ese origen. Se trata de una relación de causa a efecto, en la cual si la causa de la deuda no se prueba, mal puede pretenderse que se juegue a favor presunción legal alguna... (JA 1988-I-468)... principios que se aplican a supuestos regidos por L.C.T. en un marco de presunciones de favorabilidad al trabajador, cuanto más al empleo público en un

marco jurídico más estricto".----------

------ Y estas mismas reglas cabe aplicar al caso bajo análisis.----------

------ En numerosos precedentes (S.D N° 6/SCA/98, 2, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 12 y 13/SCA/99, 4 y 10/SCA/00, 15/SCA/00) he fallado sobre la aplicación de la regla de la carga de la prueba, citando a DEVIS ECHANDÍA cuando trata la noción de carga procesal en la teoría general del derecho y expone que la relación jurídico-procesal impone a las partes o sujetos, determinadas conductas en el desarrollo del proceso, cuya inobservancia les acarrea consecuencias adversas, mas o menos graves, como la pérdida de oportunidades para su defensa, la ejecutoria de providencias desfavorables, e inclusive, la pérdida del proceso.- "La actividad de las partes es de fundamental importancia ///para la suerte de sus pretensiones o defensas, y esta actividad adquiere mayor relevancia cuando el proceso se rige por el principio dispositivo, en que la iniciativa probatoria se radica en las partes.- Las facultades que se reconocen al juez -limitadas- no excluyen el riesgo que representa la no aducción oportuna de las pruebas de los hechos que sustentan sus pretensiones o excepciones...-Las partes deben ejecutar ciertos actos, adoptar determinadas conductas...si quieren obtener buen éxito, y evitarse perjuicios como resultado del proceso (Teoría General de la Prueba judicial -Tomo I -pág. 393).- Y, así es,

que "la formación del material de conocimiento en el proceso, constituye una carga para las partes y condiciona la actuación del juez: secundum allegata et proba - quien alega un hecho debe probarlo.- La carga de la prueba es una distribución, no del poder de probar, sino del riesgo de no hacerlo, es decir, del perjuicio eventual que puede originarse en no probar lo que sea menester" (STCH SD N° 34 y 43/90, 25 y 29/91, 4/SCA/97, 6/SCA/98) con cita de Hugo ALSINA y jurisprudencia de la CSJN).- Carga que asiste en principio a la actora, pues quien demanda, quien pretende, debe probar los hechos que sustentan su pretensión en juicio para convencer al juez de su verdad, sin perjuicio de la obligación de quien es traído al pleito de probar los hechos impeditivos o extintivos que oponga a aquélla pretensión... salvo los supuestos en que la ley hace pesar la carga de probar, específicamente en la accionada (inversión de la carga de la prueba) (SD Nº 2, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 12, 13, 19/99).- Y, en SD 15/SRE/99 y 10/SCA/00, citando a PEYRANO, agregaba "Las reglas de la carga de la prueba que se enderezan a determinar quien debió probar determinado hecho y sin embargo no lo hizo, cobran importancia ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar ///certeza en el juez. Es que en tal caso el tribunal deberá fallar contra quien debía probar y no lo hizo" ("Carga de la prueba. Conceptos clásicos y actuales" en Revista de Derecho Privado y Comunitario, Tomo. 13, "La Prueba I", Ed. Rubinzal Culzoni, año 1997, pág.98).-------

------ A más, en SD N° 15/SCA/00, traje la opinión de "ROSENBERG –que cita ARAZI- quien desarrolla la teoría de las cargas probatorias

en base a los presupuestos de hecho de la norma, sin cuya aplicación no puede tener éxito su pretensión, cada parte debe afirmar y probar los presupuestos de las normas que les son favorables, aún presciendiendo de su carácter de actor o demandado.- El mérito del maestro alemán fue así trasladar la cuestión de la carga probatoria de los hechos a la norma, al derecho aplicable.- Y transcribe "Una norma únicamente puede aplicarse cuando la tipicidad hipotética, abstractamente formulada y hecho su presupuesto por la ley, se ha convertido en realidad concreta.- Y debe omitirse su aplicación cuando en el caso el magistrado no ha logrado plena convicción" (ARAZI-La prueba en el proceso civil, pág.81/82).- Sin perjuicio de lo cual, como señala CARNELUTTI, que muchas veces el interés de la prueba (concepto distinto del de carga probatoria) es bilateral, en el sentido de que una vez afirmado un hecho, cada parte tiene interés en suministrar la prueba respecto del mismo: una su existencia, la otra su inexistencia...(Giácomo P. AUGENTI, en Apéndice a la obra La Prueba Civil de Francesco CARNELUTTI, pág. 219)".----------

------ La aplicación de estas pautas, da a su vez certeza a la causa principal esgrimida por la Resolución Nº 497/05, cuya presunción de legalidad no ha sido destruida.----------

///--- Acuerdo por ello en el rechazo de la demanda.----------

///

------ A la segunda cuestión dijo el Dr. PASUTTI: ----------

------ Según he votado a la primera, propongo al Acuerdo: 1) RECHAZAR la demanda intentada por el Sr. O. E. A. contra la Provincia del Chubut.- 2) Costas a la actora (art. 68 CPCC). 3) Con respecto a honorarios, teniendo presente que la demanda se aplicó a una supuesta obligación de hacer, valorando los trabajos profesionales implicados, su extensión, calidad y eficacia, propicio estipular en PESOS DOS MIL ($2.000) los honorarios del Dr. M. M.; los del Dr. J. L. M., por dos etapas del proceso, en PESOS TRES MIL ($3.000), y los del Dr. A. L. P. en el 30% de lo regulado a su patrocinante (arts. 6 inc. b) a f), 7, 9, 38 y 47 del Dto.Ley N° 2.200 – T.O. Dto. Nº 138/99) con más IVA si correspondiere.----------

------ A su turno dijo el Dr. CANEO: ----------

------ Según he resuelto la primera cuestión, comparto el voto del Dr. PASUTTI.----------

------ A la misma cuestión dijo el Dr. ROYER: ----------

------ Concuerdo en la solución que propician los Sres. Ministros prevotantes.----------

///--- Con lo que se dio por finalizado el acto, quedando acordado dictar la siguiente:----------

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

------ 1°) **RECHAZAR** la demanda intentada por el Sr. O. E. A. contra la Provincia del Chubut.----------

------ 2°) Costas a la actora vencida (art. 68 CPCC).----------

------ 3°) **REGULAR** en PESOS DOS MIL ($2.000) los honorarios profesionales del Dr. M. M.; los del Dr. J. L. M., por dos etapas del proceso, en PESOS TRES MIL ($3.000), y los del Dr. A. L. P. en el 30% de lo regulado a su patrocinante (arts. 6 inc. b) a f), 7, 9, 38 y 47 del Dto.Ley N° 2.200 – T.O. Dto. Nº 138/99) con más IVA si correspondiere.----------

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

Fdo. Dres. Fernando S.L. Royer, Daniel Luis Caneo y José Luis Pasutti.

Recibida y Registrada en Secretaría el 07/10/09 Bajo el N° 08/SCA/09