En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de agosto del año dos mil diez, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Graciela Mercedes García Blanco y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y Dra. Nélida Susana Melero, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"P., L. A. c/ MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA s/ ORDINARIO (Contencioso Administrativo)", expte. nro. 134/10**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial nro. 1 (expte. nro. 350/06), y atento el resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 850), correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 796/810vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Vienen las presentes actuaciones por haber sido apelada a fs. 820 por la parte demandada la sentencia definitiva nro. 12 del 01/03/10 obrante a fs. 796/810vta, habiéndose concedido a fs. 825, libremente y con efecto suspensivo el recurso de apelación interpuesto.

I.A) El fallo, en lo aquí cuestionado,

hizo lugar a la demanda en todas sus partes, condenado a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia a pagar al Sr. L. A. P., la suma de pesos cincuenta mil novecientos treinta y nueve con noventa y dos centavos ($50.939,92), en el término de diez días de notificada la presente en concepto de pago de los suplementos analizados, adeudados desde diciembre del año 1999 hasta marzo del año 2009 más los intereses hasta la cancelación total y definitiva, a liquidar en la etapa de ejecución de sentencia, imponiendo las costas a la demandada vencida.

I.B) Expresa agravios la parte apelante demandada a fs. 833/839vta., siendo contestados por la parte actora a fs. 845/847, de conformidad con el traslado conferido a fs. 840.

Concretamente la apelante demandada se agravia en cuanto a que el a-quo entendió que el actor demostró en el expediente municipal que no percibía la bonificación de la que gozaban otros agente en su misma situación, considerando erróneamente que la cuestión debía resolverse teniendo en cuenta el momento del ingreso del agente al área informática y no desde cuando era dependiente del municipio. Agrega que el actor, como las restantes personas que ingresaron al área luego del año 1997, no percibió dicho beneficio porque el mismo no se encontraba vigente, ya que su sustento legal había sido derogado.

Sostiene la misma a fs. 837vta. que es irregular concederle la bonificación a quien legalmente nunca le correspondió; no lo es, a quien sí le correspondió. Afirmando a renglón seguido que: "El hecho que se continúe abonando no obstante la derogación de la norma que la prevé, podrá ser

considerada como un error administrativo, como una desprolijidad, pero ello en modo alguno cambia la situación del actor".

Basa su defensa en que no se ha dado el supuesto en autos de discriminación laboral o afección al principio de igualdad.

Aduce que por no ser la resolución 3284/83 un acto regular del cual nacieran derechos, no necesita su parte recurrir a la justicia para gestionar su anulación, razón por la cual entiende que resulta a todas luces legítima la actividad revocatoria concretada en las resoluciones nro. 574/04 y 2971/05 que rechazan el recurso de reconsideración deducido por el actor.

Agrega que la facultad revocatoria de la demandada se justifica y se justificó en la necesidad de reestablecer el imperio de la juridicidad, comprometida por la existencia de la Resolución 3284/03, afectada de nulidad absoluta y, por tal razón carente de la estabilidad de los actos regulares, sin poder generar, válidamente derechos subjetivos en el actor, frente al orden público interesado en la vigencia de la estabilidad

A fs. 839 plantea la Reserva del Caso Federal.

I.C) De la lectura de la Resolución nro. 663 del 29/03/85, en la cual basa su petición el accionante, emerge que la misma establece como bonificación especial, conforme lo indicado en la Ordenanza nro. 2189/83, el cuarenta (40%) por ciento de la categoría de revista del personal que cumpla tareas técnicas o profesionales en el área de la Dirección General de Informática y en la Dirección de

Organización y Métodos, que revisten entre las categorías 18 y 24, ambas inclusive (art. 1ero.) (fs. 223, expte. reservado por Secretaría de Cámara bajo el nro. 45 del 19/04/10).

En el presente proceso obra el expte. admvo. Nro. 4187, "P": "P., L. A. y M., M. C. s/ Solicitan la posibilidad de encuadrase dentro del marco legal establecido por resolución nro. 663/85 (art. 1ero.), iniciado el 29/06/2001, agregado en fotocopia certificada por el letrado apoderado a fs. 122/201 y reservado por Secretaría de Cámara bajo el nro. 45 del 19/04/10 (el cual amerito, ya que está reconocido expresamente por la demandada conforme el relato de los hechos que efectúa en su contestación de demanda - fs. 558vta./560).

Del análisis pormenorizado de las actuaciones efectuadas en dicho expediente surge que:

1) A fs. 233 el Dtor. Gral. de Recursos Humanos Sr. C. A. M., cumplimentando lo solicitado a fs. 232 por la Asesoría Letrada (21/12/00) destaca que el actor y otros agentes desempeñan idénticas funciones que el resto de los miembros del plantel. Información que conlleva que el Asesor Letrado a fs. 233 el 27/02/01 opinara que debía hacerse lugar a lo solicitado, atento a que es inadmisible, desde el punto legal, conceder derechos fundando en cuestiones subjetivas no contempladas en la misma.

2) A fs. 268/270, la Asesoría Letrada vuelve a expedirse el 10/08/01 en cuanto a lo solicitado por el actor expresando que: "…su situación es totalmente superadora del medio en que actúa, atento su condición de Analista Programador Universitario, con título emitido por la Universidad Nacional de la

Patagonia San Juan Bosco, tal cual consta a fs. 16 (fs. 236) de este expte. Más aún, el propio Poder Ejecutivo Municipal por Resolución 081/00 lo designó para participar del Curso de AncInfo 7.2.1., en el marco del Proyecto de Desarrollo Catastral diseñado por el Gobierno Provincial. A ello debe adicionarse su participación en cursos, tal cual consta a fs. 20/21 (fs. 240/241) y 22 (fs. 242) del presente expte. En cuanto a sus antecedentes en su legajo destaco… Que esta Asesoría Letrada considera, que al no existir en los marcos normativos otras limitaciones, corresponde conceder a los solicitantes el derecho que reclaman... Que por todo lo expuesto, Dictamino: Considero que el requerimiento de las partes se corresponde con las disposiciones del marco normativo vigente correspondiendo, en su consecuencia, hace lugar a la misma…". Firmado: Dr. N. M. Dictamen A-L 3901– Asesor Letrado de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia… (el que fuera recibido por la Secretaría de Hacienda el día 22/10/01).

3) A fs. 272 obra Memorándum producido por Intendencia para información a los Señores Secretarios de la Dirección de Recursos Humanos y Dirección de Sueldos de fecha 08/04/02 donde se les pone en conocimiento que todo reconocimiento de categoría, subrogancia, bonificación, inclusión en listado de Fondo Estímulo y/o cualquier otra decisión que signifique un incremento salarial en la liquidación de haberes de los agentes municipales podrá ser dispuesto mediante acto administrativo por el suscripto. Firma Intendente Municipal: Dr. Jorge E. Aubía. Dicho memorándum fue notificado al actor en fecha 17/04/02 (fs. cit.).

4) Por medio de la Resolución 3284/03 (fs. 278) del 28/11/03 art. 1ero. el Intendente de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia - Dr. Jorge E. Aubía - resuelve en su art. 1ero: ”Incluir en los alcances de la resolución al actor… en un todo de acuerdo a lo planteado en los considerandos respectivos y a los antecedentes obrantes en el expte. admvo. Dicha resolución se halla firmada por el Dr. Jorge Aubía Intendente Municipal y refrendada por el Sr. Secretario de Hacienda Cdor. C. V. H..

5) Recién el 15/01/04 (fs. 279) solicita la Dirección de Sueldos que se indique el período que debe abonarse por el concepto incluido por Resolución nro. 3284/03 a efectos de hacerse efectivo en la liquidación correspondiente en el mes de enero del 2004, contestando en la misma foja citada la Contaduría General el día 21/01/04 que el adicional en cuestión debe liquidarse desde la fecha de ingreso al sector de informática, en el caso del actor, desde noviembre del 1999.

6) A fs. 281 el actor y otros agentes el día 01/03/04 solicitan se dé respuesta sobre los períodos adeudados hasta el mes de noviembre del 2003 y que todavía no tuvieron respuesta.

7) A fs. 282/283, el Secretario de Hacienda -Dr. D. A. T.- solicita dictamen a la Asesoría Letrada sobre la procedencia del pedido de retroactivo solicitado por el actor, extendiéndose en lo que dicho funcionario entiende cuál ha de ser la legislación aplicable, haciendo un análisis de los agentes requirentes, pero sin bien individualiza la situación de los agentes municipales, Sra. M. C. M. y Sr. S. H. A., nada dice del aquí actor.

8) A fs. 284 el día 23/03/04 la Asesora Letrada -Dra. A. B. M.- por nota nro. 41/03, haciendo referencia a la Ordenanza nro. 6418/97 ("Estatuto y Escalafón del Personal Municipal –EEPM") art. 35 concluye que la resolución nro. 3284/03 del 28/11/03 resulta violatoria de la Ordenanza nro. 6418/97, considerando que la vigencia y legalidad de la Resolución nro. 3284/03 no resulta válida, imponiéndose el descuento paulatino y razonablemente de las sumas percibidas con fundamento en la citada resolución.

9) A fs. 284vta. el Secretario de Hacienda -Dr. D. A. T.-, el 02/04/04 ordena proceder a efectuar proyecto de resolución dejando sin efecto la resolución nro. 3284/03 en mérito al vicio de legalidad que se verifica.

10) A fs. 285 el día 19/04/04 por medio de la resolución nro. 0574/04 el Sr. Intendente Municipal -Dr. Raúl Oscar Simoncini, refrendado por el Sr. Secretario de Hacienda Dr. D. A. T.- resuelve dejar sin efecto la resolución nro. 3284/03, ordenando proceder a descontar en los porcentajes de ley el total de los montos abonados por aplicación de la resolución nro. 3284/03 al actor y otros agentes.

11) A fs. 286/289vta. el día 14/06/04 obra el reclamo del actor recurriendo lo decidido en contra de su petición.

12) Posteriormente y ante reiteración del actor de fecha 14/10/04 (fs. 290) y después de la información de la Dirección de Sueldos solicitado por la Asesoría Letrada, en la cual se puso en conocimiento que el actor percibió el adicional establecido por la Ordenanza nro. 2189/83 desde diciembre de 2003 a abril del 2004 en primer término. Montos que fueron

descontados posteriormente. Asimismo, adjunta el listado del personal que percibe el mencionado adicional (fs. 297).

13) A fs. 298/vta. obra dictamen nro. 4215 del día 14/09/05 de la Asesoría Letrada de la Dra. M. A. G. basando el rechazo de la petición en la fecha de ingreso del agente al área de informática.

14) A solicitud del interesado del día 04/10/05 (fs. 300) recién el día 24/10/05 obra a fs. 303/304 la resolución 2071/05, firmado por el Intendente de la Municipalidad de esta ciudad -Dr. Raúl Simoncini-, refrendado por el Sr. Secretario de Gobierno –Sr. N. B.-, donde resuelve en su art. 1ero.: Rechazar el reclamo por bonificación adicional promovido por el actor.

I.D) Entrando en el análisis de fondo de la cuestión planteada comparto plenamente con el criterio expresado por el doctrinario administrativista, Dr. Miguel S. Marienhoff en su "Tratado de Derecho Administrativo", T III-B. pág. 273, edit. Abeledo Perrot, cuando considera contundentemente tanto que: "Demás está decir que toda disminución aceptable del monto del sueldo, debe tener alcance general y no particular para determinados agentes. De lo contrario vulneraríase el principio de igualdad proclamado por la Constitución Nacional". Así como que: "El sueldo que percibe el agente público no sólo consiste en la asignación básica señalada a la función, cargo o empleo respectivo: comprende o puede comprender diversas asignaciones accesorias o complementarias cuya procedencia en el caso concreto depende de la índole de la función desempeñada, de la jerarquía del agente y de la situación personal del mismo (aut. cit., obra cit.,

pág. 276, edit. cit.).

Bajos dichas premisas valoro, además, de las actuaciones administrativas anteriormente individualizadas, que conforme resolución nro. 0144 del 31/01/03 (fs. 349 y 350) el actor fue designado a cargo de la Dirección General de Informática hasta tanto se reintegrara su titular, debiendo liquidársele la diferencia de categoría correspondiente (firmada por el Intendente Municipal –Dr. Jorge Aubía– y refrendada por el Secretario de Hacienda –Cdor. C. V. H.) (cf. doc. res. Nro. 45 por Secretaría de Cámara el 13/04/10 (un sobre con el legajo personal del actor nro. 1708-), desarrollando dicha tarea hasta el 05/08/05 (fs. 335) cuando mediante resolución 1508 se dispuso de la abrogación de la resolución nro. 0144 por haberse cumplido la condición allí establecida (firmada por el Intendente Municipal –Dr. Raúl Oscar Simoncini– y refrendada por el Secretario de Hacienda –Dr. D. A. T.). Asimismo, obra a fs. 347 la resolución nro. 0574 del 19/04/04 que deja sin efecto la resolución nro. 3284/03 por los motivos expuestos en el considerando respectivo, ordenando por Dirección de Sueldo el descuento en los porcentajes de ley por aplicación de la resolución nro. 3284, el total de los montos abonados al actor y otros dos agentes (firmada por el Intendente Municipal –Dr. Raúl Oscar Simoncini–, refrendada por el Secretario de Hacienda –Dr. D. A. T. y la Sra. S. M. B.- Directora Despacho de la Secretaría de Gobierno y coordinación de Gabinete y firmado por el actor en disconformidad). A fs. 334/vta. obra resolución nro. 0952 del 12/05/05 que en sus arts. 3ero. y 7mo. designan como Analista Programador Universitario al actor (interno 936, legajo personal

nro. 1708) como coordinador y responsable de la instalación, configuración y puesta en funcionamiento del equipamiento previsto en el Renglón III de la Licitación Pública nro. 01/05 y también en el mismo carácter en la ejecución del subproyecto de tendido de red de datos conforme a los términos de referencia aprobados para el mismo (firmada por el Intendente Municipal –Dr. Raúl Oscar Simoncini–, refrendada por el Secretario de Hacienda –Dr. D.. A. T.–, la Asesora Letrada –Dra. C. R. y el Coordinador de Gabinete Secretario Dr. M. A. D. (notificado al actor por CD. nro. ********* AR el 03/08/05– agregado a su legajo a fs. 316/317). A fs. 329 del día 04/11/05 obra certificado –en lo que aquí interesa como factor evaluador– expedido por la Directora Administrativa –Dirección General de Recursos Humanos del Ente Municipal– donde certifica que el actor presta servicios en dicha comuna desde el día 08/04/92 y continúa desempeñándose en la Dirección General de Informática dependiente de la Secretaría de Hacienda, categoría 21 de la Planta Permanente, efectuándosele los descuentos correspondientes con destino al Instituto de Seguridad Social de la Provincia del Chubut.

Estimo importante a efectos de tomar la decisión la nota enviada por el Secretario de Hacienda –Dr. D. A. T.– el día 03/09/99 al Sr. Secretario de Obras Públicas –Arquitecto R. T. (fs. 420)– donde expresamente dice que le solicita la autorización del pase del actor que cumplía a dicha fecha servicios en el ámbito de esa Secretaría a la Dirección de informática dependiente de la Secretaría a su cargo, fundando su solicitud en el hecho de que el actor

cuenta con estudios universitarios avanzados en dicha especialidad, próximo a culminar su carrera como Analista de Sistemas entendiendo dicho Secretario Letrado que la incorporación del accionante permitiría contribuir al trabajo de un área netamente técnica que sin embargo cuenta a dicha fecha entre sus filas con un solo profesional universitario. Dicha petición fue efectivizada y puesta a conocimiento de dicho Secretario el día 28/09/99, y trasladado a partir del 26/01/99 el Sr. P. mediante resolución municipal nro. 1369 del 03/11/99 a la Dirección de informática (fs. 419).

A esta altura de la valoración encuentro que la conducta desempeñada por el funcionario del propio ente demandado ha sido total y evidentemente arbitraria. Dicho entendimiento se basa en que de la merituación detallada y profunda de las actuaciones producidas en el expte. admvo. ha quedado evidenciado que la resolución nro. 3284 del 28/11/03 (fs. 278) fue efectuada por el órgano administrativo competente (Intendente Municipal, refrendado por el Secretario de Hacienda) constituyendo un acto irrevocable, ya que su efecto era instantáneo. Es decir que el mismo le otorgaba eficacia o ejecutoriedad a su decisión, concluyendo su finalidad definitiva y totalmente. Ello así, ya que tomo en cuenta los pasos seguidos por la propia administración pública individualizados en este voto como ptos. 1ero. a 6to.

Profundizando más el estudio de la presente temática, tengo presente que el Dr. Agustín A. Gordillo estipula que ha de llamarse acto administrativo a una declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce

efectos jurídicos individuales en forma inmediata… advirtiendo que una de las consecuencias de reconocerle a cierta actividad administrativa el carácter de acto administrativo será su presunción de legitimidad, teniendo como única sanción la nulidad o anulación (cf. "Tratado de Derecho Administrativo", Tomo III – El Acto Administrativo", pág. IV-39 y III-10/11, respectivamente, Ediciones Machi), circunstancias éstas que no fueron dadas conforme el análisis efectuadas en las actuaciones posteriores desde el pto. 7mo. al pto. 14to. (fs. 282/300).

Amerito que carece de entidad justificada el argumento defensivo expuesto por la apelante demandada a fs. 837/vta., en cuanto expresa que: "El hecho que se continúe abonando no obstante la derogación de la norma que la prevé, podrá ser considerada como un error administrativo, como una desprolijidad, pero ello en modo alguno cambia la situación del actor". Ello así, ya que a la conducta desarrollada por la accionada le corresponde el criterio jurisprudencial que nuestro Superior Tribunal Provincial ha dicho en cuanto a que: "La teoría del acto propio requiere -en principio- de tres condiciones o requisitos para que pueda ser aplicada: una conducta anterior relevante y eficaz; el ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona que crea la situación litigiosa debido a la contradicción -atentatoria de la buena fe- existente entre ambas conductas; y la identidad de sujetos que se vinculan en ambas conductas… Iura novit curia, diré, respecto de la diferencia entre ambas figuras -"teoría de los actos propios" y "la alegación de la propia torpeza"- que la doctrina se ha encargado de establecer

su semejanzas y diferenciarlas: en ambas existen dos actos o conductas contrarios o contradictorios entre sí, pero se diferencian por el carácter objetivo de la primera y el subjetivo de la segunda. Quien incurre en la propia torpeza hace expresa referencia a un primer acto y lo intenta desconocer, o desconocer sus efectos y se lo priva de impugnarlo debido a su responsabilidad en la irregularidad del negocio; en cambio cuando se aplica la teoría de los actos propios se tiene en cuenta la conducta contradictoria sin importar la buena o mala fe del declarante: éste ha podido impugnar, pero dicha impugnación es frenada por la actitud que el mismo ha tenido frente al negocio. Quien invoca la propia torpeza actúa de mala fe; en la regla venire contra factum propium se protege la buena fe de quien receptó la declaración. Si bien son figuras conceptualmente distintas, siempre existe la incertidumbre de poder probar la mala fe de la contraria, siendo en última instancia el juez el que deberá definir cuál de los fundamentos utilizará para desestimar el planteo (STJCh, 04-02-2003, Sentencia Definitiva, Ministros Dres: José L. Pasutti - Fernando Royer - Carlos Velázquez, en autos caratulados: ”B., C. P. y Otro c/ Demanda Contencioso Administrativa”).

Es de decir que la postura de disenso evidenciada por el Secretario de Hacienda -Dr. T.- en forma posterior no debió producirse respecto de dicha resolución, ya que había cumplido totalmente su objeto, agotando en un solo momento su capacidad productora de efectos jurídicos, más aún tanto si se tiene en cuenta que los actos de efectos instantáneos son irrevocables y que la suspensión de ejecutoriedad del acto administrativo solo procede excepcionalmente, no

habiendo invocado dicho Secretario de Hacienda, una cuestión sumamente esencial al afectar con su actitud y entendimiento derechos constitucionalmente protegidos, cual sería la circunstancia de que la ejecución de dicha decisión produjera un daño que fuera manifiestamente mayor que el que derivaría de la suspensión y/o rechazo del mismo. A las circunstancias apuntadas le corresponde aplicar el principio de la legalidad objetiva como criterio de eficiencia administrativa sobre el cual ha opinado el Dr. Agustín A Gordillo en su "Tratado de Derecho Administrativo", Parte General, Tomo 2", lo que tal vez es más importante, la maquinaria para tramitar esas quejas (defensa del perjudicado) no sólo lleva a fiscalizar la administración sino también a suprimir la arbitrariedad irresponsable o caprichosa, es decir, la que nace del antojo personal de cada funcionario" (pág. XVII -14, Edic. Machi, julio 1980).

Al desarrollo analítico que vengo efectuando estimo clarificador del mismo agregar que la situación de arbitrariedad e ilegitimidad se manifiesta más aún cuando de la confrontación de las actuaciones individualizadas en este voto bajo los ptos. 5to. y 12do., en el primero de ellos ha quedado acreditado que la Contaduría General a fs. 279 el día 12/01/04 y en contestación a la solicitud de la Dirección de Sueldos efectuada el día 15/01/04, contestó que el adicional en cuestión debía liquidarse desde la fecha de ingreso al sector de informática, en el caso del actor, desde noviembre de 1999 y en el segundo de ellos, queda demostrado el daño provocado al accionante cuando de los términos expuestos en la información de la Dirección de Sueldos solicitado por la Asesoría

Letrada, surge que el actor percibió el adicional establecido por la Ordenanza nro. 2189/83 desde diciembre de 2003 a abril del 2004 en primer término. Montos que fueron descontados posteriormente. Adjuntando un listado del personal que sigue percibiendo el mencionado adicional con lo cual queda demostrado la violación a los principios de raigambre constitucional.

A mayor abundamiento, es entendimiento de la suscripta que para valorar la dimensión de los daños no sólo deben considerarse principios de derecho estricto, sino también los principios de equidad que rodean el caso concreto más aún cuando la resolución nro. 3284 del 28/11/03 - fs. 278) no contiene vicios en el objeto: no está prohibido, ni fue violatoria de las facultades regladas, no cometió imprecisión u oscuridad esencial o insuperable, no faltó ni sustrato personal, material o jurídico ni fue irrazonable, contradictorio, desproporcionado, absurdo, ilógico o inmoral que tuviera como consecuencia jurídica la nulidad o inexistencia, las cuales –reitero- que nunca fueron alegadas para el rechazo del recurso y/o petición del actor.

Es dable precisar que se parte de la postura que no se trata de descalificar actuaciones administrativas simplemente porque son injustas sino, en esencia, porque esa injusticia resulta de un apartamiento o transgresión a la normativa constitucional o legal de rango superior en que aquéllas deben enmarcarse.

Tal es así que la jurisprudencia ha llegado a decidir que: ”Es inconstitucional una ordenanza municipal que modifica en forma unilateral la

remuneración de los agentes municipales, en tanto incumple con el principio de legalidad por cuanto una ordenanza no es el instrumento legal formal para tratar remuneraciones de agentes públicos, negando suplementos reconocidos antes; no respeta el principio de transitoriedad en tanto no precisa plazos ni tiempos tentativos de vigencia, sino que suprime el adicional en forma definitiva; no respeta el principio de racionabilidad por cuanto el porcentaje involucrado excede largamente cualquier mínimo admisible y, finalmente perjudica la igualdad ya que afectó sólo a algunos agentes y no al conjunto en general (Pcia. de Mendoza, en autos caratulados: "Blanco, Carlos Tomas c/ Municipalidad de Las Heras s/ A.P.A." - Fallo: 10000000048 - Suprema Corte de Justicia - Circunscripción: 1 - Sala: 1 - Mendoza - 2009/04/08, Sentencia, Magistrados: Perez Hualde-Kemelmajer-Romano, Expedientes: 88979 - Ubicación: S399-239: elDial - MZ4BB2).

Tengo en cuenta, además, que a la prueba pericial contable ofrecida por la actora a fs. 205, de su escrito de demanda, la parte demandada expresamente manifestó en su conteste su desinterés en la producción de la misma a 563vta., teniendo así presente el a-quo en la providencia de prueba de dicha parte a fs. 699, habiéndose producido la misma a fs. 691/692vta., no siendo observada por ninguna de las partes no obstante el traslado conferido por el tribunal a fs. 693, situación ésta última que fuera precisada por el a-quo a fs. 799vta./800, considerando 8vo. Pto. 2. y 2.1.. y valorado expresamente en el considerando 16to. a fs. 809.

En definitiva, por las consideraciones

de hecho y de derecho expuestas arribo a la convicción de que deben rechazarse los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. 833/839 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia de fs. 796/810.

I.E) Atento a lo resuelto en este voto y teniendo presente el principio objetivo de derrota (art. 69 del CPCCCh – Ley XIII, nro. 5, anexo A), las costas de esta instancia son impuestas al apelante vencido. Difiérase la regulación de los honorarios profesionales actuantes para el momento del acuerdo, donde serán regulados atendiendo a la materia traída a decisión, la labor desarrollada y el éxito obtenido (arts. 5, 13 y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 (antes arts. 6 y 14 Ley nro. 2200) –Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de Abogados y Procuradores-).

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria en el caso de coincidir en la decisión del presente caso, la siguiente:

1) Rechazar los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. 833/839 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia de fs. 796/810vta.

2) Imponer las costas de esta instancia a la apelante demandada vencida (art. 69 del CPCCCh – Ley XIII, nro. 5, anexo A del Digesto Jurídico, ex art. 68 del CPCCCh-). Diferir la regulación de los honorarios profesionales actuantes para el momento del acuerdo (arts. 5, 13 y ccdtes. Ley XIII, nro. 4 – Digesto Jurídico-, antes arts. 6 y 14 Ley nro. 2200) – Régimen Arancelario para el Servicio Profesional de

Abogados y Procuradores-).

3) Tener presente la Reserva del Caso Federal planteada por la apelante demandada a fs. 839.

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte demandada contra la sentencia definitiva nro. 012/2010 del Juzgado Civil nro. 1 de la jurisdicción (fs. 796/810, fs. 820).

La sentencia venida en crisis hizo lugar a la demanda y condenó a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia a pagar al actor L. P. la suma de $50.939,92 en concepto de pago de los suplementos adeudados desde diciembre de 1999 hasta marzo de 2009, con más los intereses e impuso las costas al ente municipal vencido regulando los honorarios de los profesionales actuantes.

Memorial de agravios de fs. 833/39vta.

En merito que fuera efectuada la reseña de las quejas por la Sra. Camarista que me precedió en la emisión de su voto, por ello y encontrándose cumplida la manda procesal del art. 163 del CPCCCh, simplemente realizaré un mínimo esquema de los puntos de agravio.

Luego de detallar lo actuado en la instancia de grado el municipio recurrente dice que se agravia por las consideraciones tenidas en cuenta para merituar la solución.

Dice que el A quo equivoca cuando interpreta el dictamen 4315/05 que se refiere al ingreso del actor P. en la Dirección de Informática y que la Resolución nro. 663/85 esta destinada al

personal que cumple función en esa área.

El Sr. P. ingresa al área de informática en el año 1999 con la categoría 21. Dice también que en el momento del ingreso al área lo hace bajo el régimen de la Ordenanza 6418/97 distinto al que fijó la bonificación, y corresponde a los arts. 35 a 39 y que había sido derogada la resolución 663/85. Sobre estas premisas asienta su afirmación respecto que el A quo incurrió en un error, ya que al actor nunca le correspondió percibir ese adicional.

Por último dice que el municipio puede revocar el acto irregular grave determinante de una nulidad absoluta y que la Resolución nro. 3284/83 no necesita recurrir a la justicia. También legitima la revocatoria rechazada por resolución nro. 574/04 y 2071/05.

Hace reserva del caso federal.

Son retrucados los agravios a fs. 845/47.

Análisis:

El recurrente hace especial hincapié para desarrollar sus quejas en el fundamento expuesto por el A quo para concluir con la condena dispuesta, de allí que es conveniente dejar sentado que "En principio los considerandos de un pronunciamiento no causan agravios invocables para admitir el recurso de apelación, en general es la parte dispositiva de la sentencia donde el magistrado pronuncia el fallo, y lo lesivo y perjudicial que autoriza la apelación son las decisiones tomadas y no sus motivaciones. Excepcionalmente son recurribles los considerandos, como ocurre en los supuestos de contener directivas enderezadas a orientar el cumplimiento de la sentencia,

e integra como tal la decisión" (Roberto Loutayf Ranea, "El recurso ordinario de apelación en el proceso civil", pág. 208, Astrea-89).

Si bien considero que los argumentos vertidos resultan meras discrepancias con lo decidido y que son reiteratorios de los fundamentos dados al contestar demanda, cabe colegir sobre el memorial de agravios que: "La expresión de agravios debe ser una exposición jurídica en la que mediante el análisis razonado y crítico del fallo impugnado se evidencie su injusticia. Requiere así una articulación seria y fundada, concreta y objetiva de los errores de la sentencia, punto por punto, y una demostración de los motivos para considerar que ella es errónea" (Morello, Passi Lanza, Sosa, Berizonce: "Código Procesal Civil y Comercial", t. III, art. 260, pág. 445). "…El tribunal de apelación no tiene la función de contralor o de revisión de todo lo actuado en la instancia de origen, sino que trabaja sobre los puntos que le han sido sometidos a través de los agravios del apelante que, reiteramos, debe ser una alegación fundada, demostrativa de los errores del fallo que se ataca, pues el juicio de apelación, comienza con esa pieza que hace las veces de la demanda que se abre después de la sentencia…" (Ibáñez Frocham: "Los recursos en el proceso civil", p. 50).

Aún compartiendo tales premisas, este Cuerpo considera de manera excepcional que corresponde aplicar un criterio menos restrictivo para valorar la suficiencia de la expresión de agravios por ser lo que mejor se aviene con un escrupuloso respeto por el derecho de defensa en juicio y con el mantenimiento de la doble instancia adoptada por el legislador, debiendo

actuarse con amplitud (criterio del Superior Tribunal de Justicia en autos: "P., R. J. c/ B. P. S.A. M.C.I. y/u otro s/ Demanda Laboral", S.I. N° 03/2001).

Si bien es cierto que la expresión de agravios aparece deficiente, se debe tener presente que impera un criterio amplio y flexible respecto al juzgamiento de la suficiencia técnica de los recursos. Conforme a dicho criterio se ha resuelto que: "Una expresión de agravios deficiente o incompleta no autoriza a declarar desierto el recurso si es dudoso que no reúne los méritos exigidos por aquella pieza procesal" (LL 100-809, LL 137-857, entre otros).

Por ello y en virtud de las graves consecuencias que conlleva al derecho de la parte la aplicación de un excesivo rigorismo formal en la declaración de deserción del recurso, se dará tratamiento al recurso deducido.

Se centra el ataque, y a mi modo de ver el único argumento del demandado, en que no se encontraba previsto en la normativa vigente al momento del otorgamiento el sobresueldo o adicional acordado al actor; es decir, según la quejosa la res. 3284/03 portaba un vicio como acto administrativo –el apartamiento de la ley- que habilitaba a la declaración de nulidad de oficio. Motivo por los cuales la administración revocó la decisión anterior (Res. 3284) y, más aún, dispuso la devolución de lo percibido por el agente Sr. P. que según surge de la presente causa (informe de contaduría de fs. 297 los meses de diciembre de 2003 a abril 2004).

Cuando el recurrente afirma que por aplicación de la ordenanza 6418/97 el agente P. no es merecedor de que se aplique en su relación de empleo y

su función el adicional oportunamente peticionado y se le había otorgado, incurre en una grave omisión al atacar el objeto del acto administrativo que posteriormente dice de nulidad.

A saber, no solo no demuestra la irregularidad del acto administrativo Resol. 3284/03 de otorgamiento, ni mucho menos contradice la causa, la motivación de equidad en la que se fundamentó dicho acto administrativo lo cual emerge de las constancias del expediente administrativo acompañado a fs. 558/60 donde se encuentran todos los actos preliminares y preparatorios de la resolución aludida en cumplimiento del debido proceso objetivo, y en especial hay que destacar el informe del asesor jurídico que fundamenta en principios de igualdad de tarea y remuneración (es decir, la garantía constitucional art. 14) y el principio de equidad.

Para contrarrestar los fundamentos sobre inexistencia e inaplicabilidad para el agente P. para la percepción del rubro en cuestión sostenida por el demandado, se confronta con el informe del ente municipal de fs. 668 de los presentes autos que da cuenta en la actualidad de la percepción del rubro reclamado por el actor y cobrado por el resto del personal del sector aun en vigencia del Reglamento invocado por la demandada ordenanza 6418/97. Llevando a afirmar el vaciamiento de causa, motivación, fundamentación y contenido la Resolución nro. 574/04.

Más aún el objeto del acto puede estar viciado por ser prohibido (lo que no es el caso de marras), por no ser el objeto determinado por la ley para el caso concreto o por ser un objeto determinado por la ley para otros casos que aquel en que ha sido

dictado… entre otros (según Gordillo A. "Tratado de Derecho Administrativo", T.III, cap. VII-8, ed. Macchi-79). Pero no es el caso, cuando evaluada la situación se le acordó al actor con la vigencia del mismo reglamento (Ord. 6418) que el municipio aplica en contra del agente en una posterior interpretación voluble, mutable, inconsistente para fundar o motivar el acto administrativo que nulificó el anterior.

En estos casos según la demandada (y tras ese argumento se escudó tanto al contestar como en este estadio) se trataría de una ilegitimidad por la existencia de vicio de violación a la ley en el objeto del acto. Si bien la enunciación es genérica y muy amplia y desde ya no justifica la nulidad decretada de oficio por la administración es inadmisible cuando el acto fue dictado en motivos de equidad que están contemplados en el Dto. 920, Dig. Ley 18, arts. 26 y 27.

El acto que el ente municipal nulificó fue dictado en vigencia de la ordenanza 6418/97 y de los arts. 35 a 38 de la misma. Echa por tierra cualquier fundamento que se pretenda para sostener la conducta ilegítima anterior del municipio que por principio superiores, de igualdad de tareas e igualdad de remuneración –constitucionales- según surge del expte. administrativo ya mencionado, fueron la motivación descalificando la motivación y la causa del segundo acto del accionando el ente demandado incluso dictado en contra las prescripciones de los arts. 57, inc. 2 y art. 97 Ley 18.

Para que el vicio que dicen portaba el acto anulado, era necesario que existiera una facultad reglada que impidiera su dictado, como dije ut supra no

fue así porque de la fundamentación emerge que el Intendente estaba facultado para el dictado del mismo no portando ilegitimidad la resolución 3284/2003 (ver doctrina en tal sentido en Gordillo ob. citada, Cap. VII-9).

El actual digesto Ley 1 nro. 18, aún sin contemplar expresamente la acción de lesividad, en su articulado art. 57 y 93 establece una limitación al accionar del ente administrativo frente a los derechos de los particulares, en el caso el derecho adquirido de P., a la lectura de la ley me remito.

A modo ilustrativo transcribo la siguiente doctrina "el acto es irrevocable cuando declara un derecho subjetivo, de esta expresión se sigue a nuestro modo de ver, que aunque resultara que el administrado no tiene en verdad un derecho a aquello que el acto le concede, no por ello se transforma el acto en revocable, sino que debe pedirse judicialmente su anulación; como se advierte el valor fundamental que tiene en cuenta este principio (el de estabilidad del acto administrativo) es el de la seguridad jurídica, para que la administración no pueda por sí y ante sí dejar sin efecto derechos nacidos bien o mal al amparo de actos anteriores" (Gordillo, ob. citada, cap. VI-10).

Si bien esta normado en orden nacional la situación y no así en orden municipal, no pueden obviarse los principios rectores y protectores de los derechos adquiridos de los administrados e invocando un error avasallar sin más y lo dispuesto precedentemente respecto de la normativa vigente.

Por último agrego que "La retribución del empleado público no puede ser reducida, ya que su

quantum está garantizado por el principio de intangibilidad de las remuneraciones -arts. 14 bis y 17 CN-, el que por ende no puede ser afectado ni disminuido sin violar la Carta Magna" ("Díaz Víctor Raúl c/ P.E.N. s/ empleo público" Causa: 27023/95, CNACAF, SALA II - Damarco, Garzón de Conte Grand, Herrera - 12/12/96, Citar: elDial.com - AH17E7).

En síntesis, el Municipio emitió un acto nulo al revocar la decisión anterior desconociendo el debido proceso objetivo, avasallando los derechos subjetivos y adquiridos del administrado, y contrariando específicamente lo dispuesto en la normativa vigente art. 93 y 57, inc. 2 Ley 18 asistiendo razón al actor en su reclamo.

Por ello corresponde confirmar el fallo venido en crisis desestimando los agravios de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia.

Por estos fundamentos y sin dejar de desconocer la insuficiencia del memorial detallada al inicio, adhiero a la decisión de la Sra. Camarista prevotante.

Las costas de la Alzada sean soportadas por el municipio apelante conforme principio objetivo de la derrota (art. 69 del CPCCCh). Se difiere la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Doy por reproducida la fórmula postulatoria de la Dra. Melero por coincidir con la decisión.

En este estado, y de conformidad con lo establecido en los arts. 274 y 275 del CPCCCh (Ley XIII-5-DJ, Anexo A), se deja constancia que la

decisión se adopta por mayoría, por lo que la Dra. Reynoso de Roberts no emite su voto.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar la siguiente

SENTENCIA:

1) Rechazar los agravios expuestos por la apelante demandada a fs. 833/839 y, en consecuencia, confirmar la sentencia de primera instancia de fs. 796/810vta.

2) Imponer las costas de esta instancia a la apelante demandada vencida, a cuyo fin se regulan los honorarios profesionales del Dr. N. R. M. L. en la suma de PESOS TRES MIL ($3.000) y del Dr. D. O. M. en la suma de PESOS DOS MIL DOSCIENTOS ($2.200).

3) Tener presente la Reserva del Caso Federal planteada por la apelante demandada a fs. 839.

4) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2010
DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"