------ En la ciudad de Rawson, Capital de la Provincia del Chubut a los 01 días del mes de Julio del año dos mil ocho, 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. José Luis PASUTTI, y asistencia de los Sres. Ministros Dr. Fernando S. L. ROYER y Daniel Luis CANEO para dictar sentencia en los autos caratulados: "**L., M. O. c/ Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa" (Expte. Nº 20.613-L-2006)**, atento lo dispuesto por la Acordada Nº 3204/00 conc. 3202, y el cambio de Presidencia acaecido el día 01/04/08, correspondió el siguiente orden para la emisión de los respectivos votos: Dres. ROYER, CANEO y PASUTTI.----------

------ 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. ROYER, dijo:----------

------ I.- La Sra. M. O. L., beneficiaria de Jubilación Ordinaria de la Provincia, ex agente del Instituto de Seguridad Social y Seguros, intenta esta acción de plena jurisdicción contra el Organismo citado,

procurando el cobro de diferencias salariales a las ///que se dice acreedora durante la relación laboral en actividad, desde Diciembre de 2001 al mismo mes del año 2003, por haber subrogado –afirma- un cargo superior que el de su revista, cuyo reconocimiento pretende.------
---

------ Nos relata que prestó servicios en el Instituto mencionado por más de 30 años, habiendo cubierto durante su relación laboral todos los puestos del Estatuto-Escalafón para los empleados llegando a Jefa de Departamento "Despacho, Seguro y Préstamo".- Que cumpliendo estas tareas en Diciembre de 2001, por mandato de las autoridades del ente en ese momento, se hace cargo de la Dirección de la Secretaría General del Instituto, en razón de la licencia en ese cargo y posterior vacancia por muerte del Sr. O. S. que lo ocupaba, hecho que ocurrió el 12 de enero de 2002.----------

------ Que ese reemplazo, que en un comienzo le dijeron era por breve período- se extendió hasta Diciembre de 2003 inclusive, cumpliendo durante ese lapso ambas funciones: la propia de Jefe de Departamento y la de Directora de la Secretaría General, hasta que se hizo cargo del mismo, en esa época, el Contador R. H. designado por Resolución Nº 01/03 de la Presidencia.----------

------ Que en ejercicio de aquella función, firmó diversos documentos: partes diarios, órdenes de pago, resoluciones de reconocimiento de servicios, facturas de servicios.----------

///

///--- En Marzo de 2004 –continúa- inició el trámite administrativo para el cobro de las diferencias salariales por la subrogancia aludida, entre la categoría propia -J III- y la del cargo que ocupara – J I - que se plasmó en Expte. Nº 811/04.- En el mismo interviene el Sr. Gerente General –Contador N. G. - que remite la solicitud a la Asesoría Legal con una providencia manuscrita en la que expresa *"Visto la solicitud de la Sra. M. L. de C. quien se ha desempeñado cumpliendo la función según personalmente he verificado, solicito informe el procedimiento a seguir para reconocer la diferencia salarial..."* .----------

------ A fs. 3 del Expediente el Asesor Legal informa sobre los extremos que se deben cubrir para otorgar el pago por las diferencias.- Según consta a fs. 14, el Gerente General envía al Poder Ejecutivo los antecedentes con proyecto de Decreto, el que es observado por la Asesoría General de Gobierno *sólo por razones formales*, regresando al Instituto.----------

------ La actuación –sigue- es elevada al Directorio para que por Resolución se afecte una partida, y allí, en reunión del 5 de Agosto de 2004, se decidió que " a criterio del Directorio... no están reunidas las pruebas suficientes que demuestren en forma categórica que la peticionante ejerció la totalidad de las funciones de Director".----------

///

///--- Refiere que notificada del contenido del Acta, acompañó copias de actos llevados a cabo como Directora de Secretaría General, ante lo que el Sr. Presidente del organismo, Lic. A. S., la anoticia de que se ratifica en reunión de Directorio lo resuelto antes.--

------ Presentó entonces reclamo administrativo con fecha 14 de marzo de 2005, el que hasta esta demanda no fue contestado.----------

------ Bajo el título "Análisis Jurídico - Procedencia del reclamo", señala que el Directorio del ISSyS omite considerar las contundentes probanzas arrimadas al Expediente por el que tramitó la reclamación que promoviera, y en consecuencia desconoce, sin justificación, los hechos alegados como sustento de la petición.- Así, incurre en arbitrariedad –afirma- por su inexplicable desconocimiento a lo manifestado por el Sr. Gerente General Contador G. de su puño y letra.- Esta prueba –sostiene- es relevante y satisface todo testimonio al expresar que "personalmente ha verificado".----------

------ A ello se suman –argumenta- las probanzas documentales acompañadas al iniciar el Expediente, y posteriormente al conocer el resultado de la reunión del Directorio del 5/8/04, y la circunstancia de que los servicios jurídicos del Instituto mismo, y de la Asesoría General de Gobierno, no encuentran objeciones de fondo que plantear al reconocimiento y pago de las diferencias salariales.- En otros términos –aduce- no hay impedimento técnico legal para que se

///

///firmara el Decreto que ordenaba el pago de aquéllas por la subrogancia en un cargo de mayor jerarquía.----------

------ Con cita de GORDILLO, destaca que la arbitrariedad produce la nulidad del acto, estimando tal la decisión, luego ratificada, del Acta de Directorio que le deniega el pago; el apartamiento de las pruebas arrimadas vicia además –sostiene- su motivación, lo que también determina la nulidad.- El Instituto –asevera- ha violado el principio de verdad material que consagra el art. 26 apartado 3) del Dto. Ley Nº 920, apartándose de la realidad de los hechos.----------

------ La decisión del Directorio importa además –estima- la admisión de comportamientos contrarios a la buena fe y la consagración de un enriquecimiento sin causa a favor del ISSyS que no pueden ser convalidados en esta instancia judicial.- El órgano –considera- debe respetar ese principio –art. 1109 CC- de modo de abstenerse de crear expectativas falsas en el administrado, cual es el aprovechar su trabajo en categoría superior sin otorgar el reconocimiento debido.----------

------ Añade que al ocupar el cargo y realizar las tareas de Director, existió una inercia administrativa, *una ausencia de reacción frente a circunstancias exclusivamente factuales que genera una autovinculación con las consecuencias reclamadas*.- Se puede decir –sigue- que existió una tolerancia con efectos vinculantes para la ///Administración, pues el

propio comportamiento administrativo es el causante de esta situación.- Existe –insiste- una cohibición por la Administración de designar el reemplazante del Sr. S. , generando que ella siguiera cumpliendo estas funciones.- Y lo corrobora la Resolución Nº 01/03 de Presidencia del órgano.----------

------ Itera que el invocar falta de cumplimiento de requisitos formales cuando existió continuidad de dos años en la prestación de las tareas de Director violenta la buena fe; y que de no mediar sentencia que obligue al ISSyS al pago, el ente se beneficiaría con un trabajo que de ninguna manera ha compensado, enriqueciéndose sin un antecedente legítimo que lo justifique.- Funda la aplicación del principio del enriquecimiento sin causa en los arts. 589, 2417, 2440, 2441, 2558, y en la jurisprudencia que transcribe.----------

------ En orden a las pruebas necesarias para acreditar la subrogancia, repite que son suficientes las aportadas; y, para el caso de no serlo, reclama –con cita de precedentes y doctrina- la aplicación del principio inquisitivo del procedimiento administrativo, según el cual la Administración debió ordenar el cumplimiento de las diligencias necesarias para arrimar los informes y demás elementos necesarios para resolver la cuestión sometida a decisión.----------

------ A consecuencia de esto que dice, califica de incongruente la Nota del Presidente S. –Nº 3706 del 10/12/04- que exige para el reconocimiento un acto expreso que otorgue la subrogación, ///citando

jurisprudencia y dictámenes de la Procuración del Tesoro, que se expresan en sentido contrario.----------

------ Funda su derecho en el art. 61 del Estatuto Escalafón para el Personal del ISSyS, el Dto. Ley Nº 920, y el art. 14 bis de la Constitución Nacional.----------

------ Liquida la diferencia –que sujeta para su definición a la Pericia a rendirse- en $ 18.924, más intereses desde que cada suma es debida.- Ofrece prueba documental y formula el petitorio de estilo.----------

------ II.- A fs. 17/20 el Instituto de Seguridad Social y Seguros contesta la acción.- Niega expresamente el desempeño de la actora en el cargo de Director de la Secretaría General por mandato de las autoridades del organismo; que la actora haya desempeñado en forma conjunta su cargo de Jefe de Departamento con aquéllas, y otros extremos de hecho aducidos.- Niega además que el ISSyS le haya negado las diferencias reclamadas, ya que lo único que se le solicitó fue que aportara prueba documental suficiente que acreditara el hecho de las tareas por el cargo que dice desempeñado para dictar el acto administrativo definitivo.- Rechaza la naturaleza vinculante del informe del Contador G., desconociendo los documentos acompañados *(se estima al Expediente Administrativo ya que al juicio no trajo la accionante ninguno)* por no constarle su autenticidad ni

///

///mencionarse la procedencia de la misma - indicación o individualización de Expedientes, aclara; que el órgano ha actuado de mala fe, o de manera arbitraria, y la liquidación que la demandante practica.----------

------ Como "Realidad de los Hechos", primero reconoce cierto el desempeño de L. como Jefe de Despacho en el Instituto, que el Cr. R. H. fue designado Director de Secretaría General mediante un acto expreso – Disposición 01- en el mes de diciembre de 2003.----------
---

------ Luego, señala que la designación o reconocimiento de funciones en cualquier área de la Administración Pública debe ser otorgada mediante un acto concreto que así lo disponga, lo que no ocurrió en el caso de la actora.----------

------ Refiere que el Dto. Nº 1399/81, que dice se encuentra vigente, aprueba las Misiones y Funciones y el organigrama de los sectores del ISSyS; que la Dirección que dice la actora haber desempeñado se llama "de Prestaciones Complementarias y Servicios Generales" y transcribe su misión: Ejecutar las Disposiciones dictadas por el Directorio y/o Presidencia y ejercer la superintendencia de personal del Organismo, como también centralizar las informaciones de la Institución.- Como Funciones, se le atribuye proponer el acuerdo o denegatoria de préstamos y emitir opinión al respecto, disponer el uso de los vehículos oficiales, proponer planes de crédito en base a

///

///instrucciones dictadas, fiscalizar el funcionamiento de la colonia de vacaciones y de los sistemas de reciprocidad por convenios con otros entes para la prestación de servicio de Hotelería a afiliados.----------

------ Destaca, en la documental acompañada por la actora, sin que lo que dice signifique su reconocimiento, que las firmas insertas en ella *"no implican una asignación de funciones inherentes al cargo de Director"*.- Al contrario-señala- esa documentación está dirigida al "Señor Director" con la firma de la actora como Jefa de Despacho solicitando la encuadernación de libros de resoluciones, y a continuación el pase pertinente suscripto por Gerencia General a la Dirección de Finanzas, en uno de los casos.----------

------ Dice llamarle la atención, que las fotocopias adjuntadas no lleven número de Expediente Administrativo, ni tampoco ofrece sistema de individualización de los mismos.- Son actuaciones aisladas -argumenta- de imposible búsqueda y rastreo.----------

------ Con el Título "Contexto de la manifestación Gerente General", alude a la expresión –en la que la actora apoya su solicitud- en el Expte. Administrativo Nº 811/04 del Sr. G., del entonces Gerente General del Órgano, en el pase a Asesoría Legal para que indique los pasos a seguir para reconocer la diferencia salarial en el ejercicio del cargo reclamado, que dice "que personalmente he ///verificado...".-

Califica esta expresión como *"una manifestación de un empleado público que ha plasmado una opinión sin tener a la vista datos objetivos de los hechos, en el caso que nos ocupa faltó la documentación necesaria e irrefutable que sustente las funciones que dice haber realizado la Sra. L."*.----------

------ A más –indica- no en todo el período reclamado G. se desempeñó como agente del Organismo, y su manifestación tiene como consecuencia, la imputación de responsabilidad que como funcionario público le pueda caber; y transcribe el art. 69 de la Constitución Provincial.----------

------ Asevera que aquel "pase" de G. a la Asesoría Legal, no equivale por sí mismo a un Acto Administrativo expreso de designación, ni de prueba que avale las funciones de la actora.- Ese "pase" -agrega- no tiene carácter vinculante y además el Gerente General no tiene las facultades legales para reconocer y asignar la función específica del cargo de Director.- Y con cita de doctrina funda que esa manifestación no conforma un acto administrativo.----------

------ Alude después a la documental que acompañó la actora (*se entiende siempre al Expte. Administrativo*) -siempre aclarando que ello no implica reconocimiento- destacando que son solicitudes de compra firmadas por L. como Jefa de Despacho, pero las autorizaciones fueron suscriptas por el Gerente General.- Adjunta a manera de ejemplo un Expediente Nº 1954/03 donde constan ///pedidos de

///

compras y *sus correspondientes autorizaciones por parte del personal autorizado*.----------

------ Ofrece prueba documental, funda en derecho y solicita el rechazo de la acción.----------

------ III.- La prueba aportada en autos es documental -Expte. Nº 811/04, testimonial- la ofrecida por la actora, ya que la propuesta por la accionada no se produjo- y pericial contable y confesional del Presidente del ISSyS.----------

------ IV.- A fs. 89 y vta. alegó la actora y a fs. 91/93 y vta. la demandada.----------

------ V.- A fs. 94 se llamaron los autos para sentencia ya fs. 95 se sorteó la causa, quedando el orden modificado atento el cambio de Presidencia operado el 01/4/08, por lo que me toca emitir el primer voto.----------

------ VI.- **ANÁLISIS**:----------

------ 1.- Viene a esta jurisdicción la Sra. M. O. L., con la pretensión de reconocimiento y pago, por parte del Instituto de Seguridad Social y Seguros en el que prestara servicios- de diferencias ///salariales.- Ello

por haber desempeñado -según aduce- un cargo de mayor jerarquía -tal el que llama Director de Secretaría General- identificado por el Instituto como Dirección de Prestaciones Complementarias y Servicios Generales.----------

------ La actora reclamó ese reconocimiento en la sede administrativa, y obtuvo una respuesta de dudosa definitividad, que no obstante viene a decir nula por causa de arbitrariedad, y a más acusando falta de motivación, apoyando esencialmente su derecho en la afirmación que un funcionario del ISSyS efectúa en el marco del procedimiento administrativo que instara.----------

------ La defensa del Instituto se sustenta en que el ente no le encomendó a L. esas funciones.- No hay voluntad expresada en tal sentido, y el "pase" de aquel funcionario, principal prueba de la actora, no es un acto pues no está destinado a producir efectos jurídicos inmediatos.- No puede decirse -sostendrá- que esas expresiones constituyeran asignación de funciones... A más, negará el hecho mismo del desempeño del cargo superior.----------

------ Cuando de alegar sobre el mérito de la prueba fue oportuno, insistió en aquella posición bajo el título "Consideraciones Jurídicas Generales", luego de extenderse sobre la ineficacia de las probanzas.---

------ 2.- Lo primero que ha de señalarse, es que en verdad la ausencia de acto es justamente el motivo por el que se acciona.- Si hubiera

///mediado una declaración expresa y motivada de voluntad administrativa, mal hubiera la actora impetrado esta demanda.- Ésta, se promueve para obtener de este Poder Judicial esa declaración -por vía de reconocimiento del derecho- que la Administración retaceó.-----

------ A más, cabe establecer, que si bien aventando una falta de jurisdicción, la actora planteó la nulidad de aquella providencia que "resolvió" su reclamo ante el ente, en tanto su definitividad -como dije- es dudosa, y hasta negada por la demandada, abandonado ya el criterio de jurisdicción revisora en el actual estadio del proceso contencioso administrativo (Ver TAWIL - Administración y Justicia – Ed. Depalma –págs. 154/174) doctrina que sigue el Cuerpo en el contencioso provincial en la medida que una Ley especial no exija reclamación previa, esta pretensión deducida es en verdad de las que se nominan "no impugnatorias", definidas por LUQUI como "aquéllas que tienen por objeto que se condene a la Administración a cumplir una obligación o un deber jurídico apoyado en la ilicitud de un comportamiento que no se manifestó en acto administrativo" o "a realizar una prestación, o a cumplir una obligación o un deber jurídico o a no hacer algo para lo cual no se requiere la declaración de nulidad de un acto administrativo", o "que se efectúe una declaración de derecho respecto de una situación jurídica determinada" o -en la opinión del autor también "a resarcir daños y perjuicios provocados por su

///

///obrar ilícito" (Revisión Judicial de la Actividad Administrativa -Ed. Astrea - Tomo 2- pág. 10 y 24 a 26).----------

------ En síntesis, no es en el caso imprescindible "revisar" actos, lo cual demuestra la inoficiosidad de la defensa que tomó basamento en la negatoria de la naturaleza de "acto administrativo" de la manifestación de quien fuera Gerente General del ISSyS, carácter que ni siquiera le dio la accionante, y la que finca en la índole quasi interlocutoria de la providencia que se dictó con respecto a la petición formulada en esa sede.----------

------ Ergo, la oposición audible queda en la simple negativa del hecho del ejercicio que sostiene la actora, sobre lo que no aportó prueba distinta de la que ésta ofrece -en particular la documental.----------

------ 3. a).- El Expte. Administrativo Nº 811/04, que en copia certificada se reservó en Secretaría y tengo a la vista, comienza con la petición de la Sra. L. al Sr. Gerente N. G., fechada el 5 de Marzo de 2004, de que se le liquide la diferencia de categoría por reemplazo del Director de Secretaría General por el período que indica.- En manuscrito, el nombrado a fs. 2, solicita de la Asesoría Legal el procedimiento para reconocer la diferencia salarial para la solicitante "quien se ha desempeñado cumpliendo la función de Director, según personalmente he verificado"...----------

///

///--- Expresión -o manera de expresar- a la que la actora asigna importancia fundamental, en tanto conforma la manifestación expresa de un funcionario de nivel en la estructura del Órgano de la realidad de un hecho... y una recomendación favorable de reconocimiento del derecho.----------

------ La Asesoría Legal -fs. 3- indica un procedimiento, y la agregación de constancias.- El consejo, es cumplido en parte, ya que, por ejemplo, la descripción de las tareas del cargo superior, no se agrega y la suple en el juicio la contestación de la demanda.- Allí se pone de manifiesto la necesidad de intervención del Ministro Coordinador de Gabinete según art. 20 de Ley Nº 5102, y, el dictado de un Decreto.- Debe destacarse que el Asesor se limita a lo solicitado; no dictamina sobre la procedencia o no del reconocimiento.----------

------ Seguidamente, a fs. 4/5, visado por el Asesor, figura el proyecto de ese Decreto que entiende debe dictarse; a fs. 5 se agrega la partida de defunción de O. H. S. , acaecida el 12/12/01, quien desempeñara hasta ese momento la función que se dice subrogada y a fs. 9/10 la designación en ese mismo cargo, de fecha 9 de Diciembre de 2003 del Cdor. J. R. H. .----------

///

///--- A fs. 11 hay un parte diario de personal suscripto por éste el 17/12/03 y a fs. 12 uno similar suscripto por la Sra. L. el 11/12/03.----
---

------ A fs. 13/14, el 24 de Junio de 2004, el Cr. G. aún Gerente General, remite el proyecto de Decreto a la Dirección General de Administración de Personal, y -aunque sin firma la nota a fs. 14 con sello de recepción al dorso- a la Asesoría General de Gobierno, ambas de la Provincia.- A fs. 18, un dictamen de esta última estima acreditado el hecho del desempeño de funciones de mayor jerarquía por la actora y formula correcciones de forma al proyecto enviado – fs. 16/17, y requiere la imputación preventiva del gasto.- El Asesor General coincide a fs. 19 y las devuelve a la Asesoría Legal del ISSyS.-
---

------ Es la Dirección de Finanzas del Instituto, a la que se gira la actuación por la imputación contable, la que a fs. 23 considera que debe dictarse una resolución del Directorio aprobando este reconocimiento... e indica esa imputación.----------

------ Y es aquí cuando aparece -fs. 24- una primera providencia que suscribe el Presidente y dirige al Gerente General, para informarle que el Directorio considera que no hay pruebas suficientes para el reconocimiento... y decide dejar sin efecto el proyecto de Decreto hasta tanto se reúna documentación, seguida -fs. 25- de una incomprensible orden de archivo “hasta la incorporación” de ésta que

///

///suscribe el Gerente, que continúa -fs. 25- con una remisión (de la "providencia") a Personal para la notificación de L. el 10 de Agosto de 2004 -fs. 26.----------

------ El 3 de Noviembre -ya un nuevo Gerente General, Sr. K. -solicita -fs. 27- al área de Recursos Humanos informe si existe un acto administrativo fehaciente que indique si la hoy actora estuvo a cargo de la Secretaría General y acompaña fotocopias que dice ésta presentó.- La respuesta negativa a fs. 37.----------

------ Las copias referidas: a fs. 28, un pedido de actuación de insumos eléctricos del 10/4/03, a fs. 29 ídem de encuadernación del 3/6/03, a fs. 31 ídem de pago facturación red virtual por enero de 2003 del 22/8/03, a fs. 33 ídem de adquisición de elementos de escritorio del 30/4/02, a fs. 34 ídem por reparación equipo Panasonic del 14/02/02, a fs. 31 un informe sobre registro de inasistencia de una agente.- Todos están firmados por la Sra. L.; los Pedidos de Actuación como destinatario "Sr. Director"; los de fs. 28, 29 y 31 autorizados por una Cra. I. s/sello "Gerente General", los de fs. 33 y 35 con sólo el sello de la actora.----------

------ Al pie de fs. 37, el Gerente General K. manifiesta "ratificar" lo resuelto por el Directorio... y a éste eleva las actuaciones, de lo que sigue la "providencia" que "cierra" (¿?) el trámite, bastante peculiar.-

///

///En ella, un órgano del ISSyS -el Presidente- da cuenta que otro órgano -el Directorio- que integra (art. 3 Ley Nº 3923) ha adoptado la resolución que dice... pero no la veo en el Expediente...- Pues bien, según el Presidente, el Directorio decidió "ratificar" el resolutorio anterior (el que estimó que no había prueba, y tampoco se agregó al Expediente), insistiendo en que ***no existen pruebas categóricas... ni acto administrativo que avale la designación... por lo que no se hace lugar a tal petición.***----------
-

------ Esto último es lo importante -pese al esfuerzo de la defensa del ISSyS que trata de convencer del carácter instrumental de lo decidido.- Así es que la actora opugnó esta "providencia" -fs. 39- el 14/3/05.- Se refirió a la prueba que estimó suficiente y además señaló, que si no existía un "acto formal" de designación en el cargo ésta es una omisión del Instituto que no fue de su responsabilidad.----------

------ La copia traída por el ISSyS da cuenta de que se emitió un informe legal que -previas algunas consideraciones sobre la responsabilidad del cargo y otros hechos- aconsejó desestimar el reclamo en Abril de ese año.----------

------ A más de un año, el 1 de Septiembre de 2006 se introduce esta demanda.----------

///

------ 3. b).- La prueba testimonial es escasa.- A fs. 43 y vta. depone el Sr. E. P. , quien se desempeña como chofer, quien dice haber ///dependido del Sr. S. , y luego de su fallecimiento, de la actora, quien le daba las órdenes o requería informes de su actividad.- A ella le avisaba cuando cargaba combustible, y le solicitaba licencia.- No recuerda hasta cuándo y dice *"creo que estuvo hasta que se jubiló, creo que la hacían rotar"*.- En la actualidad -dijo- recibe las órdenes del Cr. H. .----------

------ A fs. 44 y vta. declara el Cr. N. G., quien expone prestó servicios para el ISSyS desde Mayo de 1995 al ***4 de Julio de 2003***; en el año 2000 y hasta el 31/12/02 fue adscripto al Tribunal de Cuentas y a partir del 1/1/03 realizó trabajos especiales para Presidencia o Directorio del ISSyS.- Expresa ratificar lo que escribió en el Expediente Administrativo, solicitando la diferencia de salarios para L., porque *"de alguna manera verifiqué personalmente el desempeño..."*.----------

------ A fs. 50 y vta. el Sr. R. H. A. , comerciante que dice brindar el servicio de monitoreo de alarmas al ISSyS, manifiesta que las directivas para ese servicio las recibía al principio del Sr. S. y luego de la Sra. L. *por un año o dos aproximadamente.-* Después fue una Sra. B. y posteriormente otra de apellido S. y actualmente H. .- La responsable en primer lugar por si se disparaba la alarma -manifiesta- era L., a

quien se les daban ///las novedades fuere el día feriado u otro, y por su orden *"se modificó algo o se agregó una clave".*----------

------ 3. c).- La actora produjo además prueba confesional -fs. 67/69- afirmando el Presidente del ISSyS que la actora fue hasta su cese Jefa de Depto. de Despacho Seguro y Préstamos y *"las funciones que desempeñó correspondían a tal Jefatura",* y que las propias de Director de Secretaría General desde el fallecimiento de su titular en Diciembre de 2001 fueron cumplidas íntegramente por la Gerencia General.- Niega en tanto que la Sra. L. haya desarrollado otras funciones que las inherentes al cargo de revista.----------

------ 4.- Tales las pruebas de los hechos arrimadas, he de considerar a más, la Misión y Funciones que dice la demandada correspondieron al Director de Prestaciones Complementarias y Servicios Generales que fija el Dto. N° 1399/81, que en el punto II he transcripto.- Tomo la referencia de la accionada -que no fue controvertida por la accionante, ni aún en el alegato- porque el citado Decreto fue publicado en el Boletín Oficial (N° 3935 del 29/1/82) ***sin sus Anexos***.- Por esta razón, tampoco me es posible acceder al conocimiento de las que son Misión y Funciones del Departamento que ocupara la Sra. L., a fin de verificar si éstas que pretendió probar con la documental agregada al Expte. Administrativo las excedían o no; ni aún las de la propia Gerencia General, su estructura y dependencias.----------

///

///--- Lo único que puedo establecer entonces, es que, si atiendo a la Misión de la Dirección, no surge de la prueba que haya ejercido la superintendencia del personal del organismo, pues la simple emisión de "partes" diarios, no agota -fácil es advertirlo- esta responsabilidad.- Menos aún "centralizar informaciones de la institución", sobre lo que nada se ha acreditado.- Y en orden a las funciones, sólo se trae demostración -por la testimonial del Sr. P. - de haber verificado la actividad de un chofer, sin que resulte aclarado cuántos trabajaban en el ISSyS, o si era el único, o cuántos vehículos y de cómo se dispuso o controló su uso.- Ninguna prueba de haber cumplido las previstas en los acápites 1 (proponer préstamos), 3 (proponer planes de crédito) y 4 (fiscalizar el funcionamiento de la colonia de vacaciones y convenios de hotelería).----------

------ 5.- Asimismo -y cabe la aclaración- no es de utilidad para demostrar la razón de lo pedido, el procedimiento seguido ante el Poder Ejecutivo (Proyecto de Decreto, intervención de la Asesoría General de Gobierno) pues de conformidad con el art. 20 de Ley N° 5102 de "Modernización del Estado" en el título "Del Ordenamiento del Estado", el objetivo se reduce a la autorización del gasto, y a todo evento, la remisión operó por Gerencia General, que no es el "titular del organismo requirente del gasto" -como exige la citada norma- de lo que se infiere la razonabilidad de lo expuesto por la Directora de Finanzas que, a fs. 23 del Expediente Administrativo, estima la

///

///aprobación del Directorio del ente, a quien compete la administración de personal (art. 5° inc. g) y conc. de Ley N° 3923).----

------ 6.- Cumple también que manifieste, que el mérito de la declaración del Cr. G., que es el mejor sustento que puede encontrarse a esta pretensión, no me conduce a un resultado útil para la actora.- Véase que el período que reclama se extiende desde Diciembre de 2001 y hasta Diciembre de 2003, y el testigo expone que durante el año 2002 estaba adscripto al Tribunal de Cuentas, reintegrándose al ISSyS desde Enero hasta Julio de 2003... posiblemente un error en esta data ya que el sello puesto en las actuaciones administrativas indica que a Marzo de 2004 ejercía la Gerencia General del órgano, cosa que tampoco dice.- De cualquier modo, mal pudo durante el 2002 verificar entonces que la actora cumplía la función de Directora, y admitiendo que así fuese en el 2003, tampoco es muy contundente en tanto expresa que *"de alguna manera..."* lo comprobó.----------

---

------ 7.- Queda decir que la actora, que dice haber desempeñado funciones de mayor jerarquía por dos años, durante todo ese período no reclamó -al menos no alegó hacerlo- el reconocimiento que persiguió después de cesar en aquélla al haberse designado un titular, conociendo o debiendo conocer (véase que dice haber reemplazado en un cargo directivo entre cuya misión se encuentra la superintendencia de personal del ISSyS) -la procedencia de una asignación formal- como es regla, para percibir las diferencias.----------

///

///--- 8.- De allí que considero, que -como dije al iniciar este análisis- si bien no fue menester para ejercer esta acción articular la nulidad de la providencia de fs. 38 de la causa administrativa, la arbitrariedad de la misma que se denunció no es tal.- Si la arbitrariedad ha de entenderse como "un vicio de la voluntad porque el administrador prescinde de la sujeción a la ley o a la prueba, o razona falsamente, con lo cual el acto se funda en su propia voluntad, en su capricho o veleidad personal" (mi voto en SD Nº 13/93 - "P....", 17/SCA/97 - "P...." y otras), y se configura cuando el Poder Administrador decide las cuestiones propuestas sin atenerse a los hechos acreditados en las actuaciones... prescindiendo de fundamentación subjetiva y normativa seria, apartándose de ese modo de lo objetivamente determinado por la razón y el derecho exponiendo una falacia de conclusión inatingente (GORDILLO -Tratado de Der. Adm. T. III, pag. IX-29, 33, 34, 36), no es el caso de ésta.----------

------ Su contenido -si fuera ésta la decisión del Directorio según lo manifiesta el Presidente- indica razonabilidad.----------

------ La demanda -que califiqué de no impugnativa- basada en la presunta omisión ilícita del Organismo de dictar el acto administrativo que encomendara formalmente a la accionante a ejercer la función de Dirección que pretende y consecuente pago de la misma, su presupuesto (la omisión ilícita) derivada del hecho efectivo

///de ejercicio de tal función, susceptible de movilizar el reconocimiento judicial de la situación, no se ha acreditado.- Tampoco, consecuentemente, la aplicación de las normas constitucionales que dice conculcada, ni los supuestos del enriquecimiento indebido que aboga.----------

------ Yerra también al fundar en derecho citando normas civiles relativas a la posesión.----------

------ Porque si en el orden administrativo la actora estimó incumplido el principio de oficiosidad, el mismo -atenta la índole de su demanda- no es aplicable al proceso judicial, en que es de aplicación el art. 377 CPCC.- Reclamó de la judicatura -directamente- el reconocimiento de un derecho, y consecuente, debe probar el hecho en el que éste halla sustento y no lo hizo.----------

------ 8.1.- Lo que vengo diciendo me conduce a la aplicación -en lo general- de las reglas de la carga de la prueba.- Recientemente, en la SD Nº 3/SCA/08 ("K...."), decía trayendo los ya reiterados criterios que fundaron varios fallos (vg. SD N° 6/SCA/98, 2, 4, 5, 7, 8, 9, 11, 12 y 13/SCA/99, 4 y 10/SCA/00, 15/SCA/00, 11/SCA/06) que "DEVIS ECHANDÍA cuando trata la noción de carga procesal en la teoría general del derecho 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" (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 N° 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)".----------

------ Y seguía: "A más, en SD N° 15/SCA/00 y 11/SCA/06, 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 -recuérdese el derecho invocado en esta acción - (Punto I.-1)- 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 prescindiendo 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)".---------

///

///--- Por aplicación entonces de estas reglas, la demanda no puede prosperar.----------

------ 8.2.- En lo particular -aplicado a la materia del pleito- recordaré que en la SD Nº 31/91 ("G...."), propicié, en voto al que mis colegas de entonces adhirieran, el rechazo de la pretensión de percibir diferencias salariales por una subrogancia en cargo superior que no había sido demostrada.----------

------ Me referí entonces a la necesidad de probar el efectivo ejercicio de la función para habilitar su pago por la vía del principio del enriquecimiento sin causa, y desde que ello no estaba acreditado, aplicando el concepto de remuneración como contraprestación a cargo del Estado por el desempeño de las tareas que el agente cumple, recordé la doctrina de la Procuración del Tesoro y de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, indicativa de que "no existe justificación para percibir emolumentos por funciones no desempeñadas (Fallos 172:396, 192:294, 318, 297:427, 302:780 entre otros)", extendida -dije- al caso de interinatos o suplencias, cuando no hay prueba concreta de empobrecimiento.----------

------ A contrario el Alto Tribunal ha resuelto admitir las pretensiones de pago de subrogancias en cargo superior, aún en falta de una resolución formal, cuando está demostrado que las tareas han sido

///efectivamente desempeñadas (“Charpin...” del 8 de Abril de 2008), criterio que el Cuerpo ha seguido en SD Nº 11/SCA/04.----------

------ Todos motivos por los que propongo al Acuerdo el rechazo de la acción.----------

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

------ I.- Acciona M. L. contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia con la pretensión de obtener el reconocimiento y pago de la función que dice haber subrogado durante los años 2002 y 2003, de Director de Secretaría General del ente.- En el responde, éste individualiza el cargo como Director de Prestaciones Complementarias y Servicios Generales, destacando que su Misión y Funciones se encuentran descriptas en el Dto. Nº 1399/81, aún vigente, que modifica la estructura orgánico-funcional del Instituto, y que transcribe, admitiendo que la actora se desempeñó hasta su jubilación como Jefe de Departamento de Despacho, Seguro y Préstamos.- No describe ni la misión ni la función de éste, que ni siquiera mencionado aparece en el citado Decreto, en el que sólo figura como dependiente de aquella Dirección, un “Departamento de Préstamos” y una “División Despacho”.----------

------ Pues bien, L. peticionó administrativamente esta diferencia después de haberse nombrado un titular en la función que afirma subrogaba, y el Sr. Gerente General a la fecha de la solicitud -al

///

///menos según el sello, ya que de estar a su declaración a fs. 44 y vta. las fechas no coinciden- avaló su solicitud en un proveído dirigido a la Asesoría Legal en el que requiere se indique el procedimiento a seguir para el reconocimiento.- Avala digo, porque de puño y letra dice que personalmente ha verificado el ejercicio de la función superior... aunque de aquella declaración dada en el juicio resultará que al menos en el año 2002, no laboró en el Instituto.----------

------ Idas y venidas de la actuación (Expte. Nº 811/04) proceso de intervención del Poder Ejecutivo por imperio de Ley Nº 5102 mediante -me atengo a fin de no ser repetitivo a la glosa del Dr. Royer- la misma recala, como debía ser, en el Directorio.- Y éste, aparentemente por Acta -que no se agrega en autos- pero expuesta la voluntad por el Sr. Presidente a fs. 24, considera que no está acreditado con suficiencia el ejercicio de la función Directiva que justificaría el reconocimiento pretendido.----------

------ Ya la Asesoría Legal había indicado al Gerente General -fs. 3 del citado Expte.- que debía agregarse ***"abundante prueba documental de las funciones efectivamente desempeñadas, de modo tal que su cotejo con las que correspondan a las del Director no arroje dudas sobre la procedencia de la petición"***.- Pero este atinado consejo cayó en agua de borrajas, y sólo se agrega un...***un***... parte diario de ausentismo, bastante lejos de lo abundoso sugerido.----------

///

///--- También se había indicado que se describieran las tareas del Director, lo que tampoco se hizo, y se suple por el Instituto en el responde... pero se olvidó u omitió describir las propias de la Jefatura del Departamento que ocupaba la agente para permitir su cotejo.-------

------ Poco preocupó a la actora la demostración del hecho fundante del que dice su derecho.- Ni en la sede administrativa -más allá de la impulsión de oficio que estimó debía la Administración de haber aplicado, su interés debió moverla a la acreditación del derecho pretendido -y menos en este juicio en el que no rige el mismo principio- y en que limitándose a argüir de suficiente la aportada en aquella sede, sólo trajo tres testimonios no precisamente dirimentes.---

------ No le preocupó que la orgánica del Instituto que detallaba las tareas de la Dirección, y eventualmente las del Departamento que ocupaba, no se encontraran publicadas, y consecuentemente, ninguna revisión judicial por comparancia podría efectuarse si no lo traía al juicio.- Como lo destaca el preopinante, el Dto. Nº 1399/81 consta de dos Anexos – art. 2- y el I es el que aprueba las Misiones y Funciones de las áreas que el art. 1 menciona, pero éste no se publicó.- No indica asimismo la preceptiva de la que surgiría la dependencia del Gerente General que en apariencia tiene esta Dirección cuya categoría quiere le sea abonada.----------

------ No le preocupó asimismo que el mismo Estatuto del empleado del ISSyS, que podría al menos establecer su derecho, o las

///

///condiciones de acceso al mismo tampoco estuviese publicado, lo que veda a este Tribunal su consideración.----------

------ "Encorsetada" en la posición de considerar suficiente las probanzas dadas, se limita a la testimonial de quien primero avalara su petición -G., que como bien dice el Dr. ROYER no resulta totalmente convincente- un chofer, un proveedor.- Y tales testimonios no le auxilian pues para ninguno de ambos era la actora la única persona que los "atendía"; el chofer, si bien expone que "rendía" cuentas de su trabajo y gastos a la actora, no sabe hasta cuándo y dice que cree "la hacían rotar"; el proveedor menciona otras empleadas...---

------ La documental que para inducir el reconocimiento del Directorio presenta a la sede administrativa y en la cual insiste en juicio, es limitada.- Escasa, confusa -pues aparece al pie la firma de una Gerente General I. en alguna- y no se aplica a todas las funciones de la Dirección.- Y -como expuse- el cotejo con las propias de su cargo es imposible.----------

------ Ninguna de las arrimadas crea convicción.----------

------ II.- Tal como concluye la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de Santa Fe, a la que adhiero: "*No puede prosperar el recurso interpuesto si el actor en suma pretende el reconocimiento de ///diferencias*

///

*salariales por el ejercicio de funciones que no ha demostrado que hayan sido superiores a las correspondientes a la categoría en que revistaba en el lapso del reclamo"(...) "ni si ninguna de las constancias obrantes en la causa surge que las tareas deban ser remuneradas por una categoría superior..." (...) "si no existe elemento probatorio alguno del cual pueda concluirse con certeza que las tareas desarrolladas debían remunerarse en base a las categorías cuyo reconocimiento se pretende..." (...)* ***"las manifestaciones de los superiores jerárquicos del reclamante... que a su criterio otorgarían sustento a su pretensión son claramente insuficientes a los fines de considerar que las tareas y responsabilidades ejercidas excedían las propias del cargo en que los agentes revistaban, pues de la circunstancia que un agente asuma mayores responsabilidades o realice funciones que en apariencia exceden el marco de las comprendidas en el cargo del que es titular, no se sigue inexorablemente que ellas corresponden a un cargo superior, y que, por ende, pueda admitirse la posibilidad de reconocerle un mayor estipendio..."*** ("Iskandar..." – 23/5/01 – AyS T 172 pág. 182/188, el resaltado es propio).----------

------ Y *"la procedencia de la "actio in rem verso" debe estar justificada por la especial realidad imperante en el caso cuya excepcionalidad motiva la aplicación de este instituto, que es también de carácter excepcional.- En el sub-judice el accionante se limita a invocar un enriquecimiento sin causa a favor de la Administración* ***pero sin efectuar mayor esfuerzo argumental y probatorio*** *... no concurriendo ///en autos los recaudos que este Tribunal, en base a doctrina y jurisprudencia, ha considerado para aplicar la figura de la actio "in rem verso" en las relaciones regidas por el Derecho Administrativo"*

///

("Porretti..." -23/12/97- AyS T 144 pág. 41/56).- Recaudos a los que me referí ampliamente en la SD N° 11/SCA/04 ("R....") caso en el que consideré demostrado su cumplimiento.----------

------ III.- La orfandad apuntada en consecuencia, sólo puede determinar aplicable las nefastas consecuencias del incumplimiento de la carga de la prueba.- Así decía en el reciente fallo que cita el prevotante (SD Nº 3/SCA/08) "En SD N° 1/SCA/05 y 11/SCA/06, adhería al criterio dado por el Tribunal en SD Nº 15/SRE/99, que indica 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, lo que conduce a la aplicación de la regla de juicio (cita de Efraín Quevedo Mendoza, "Carga y valoración de la prueba: precisiones", Rev. J.A. Julio 22 de 1998, pág. 2)".----------

///--- "Completaba estos conceptos, trayendo a F. -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)"----------

------ "Si de acuerdo al art. 377 CPCC 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- según la jurisprudencia que vengo citando, la que ha de resolver el caso".----------

------ Idem en el sub-exámine.- Voto consecuentemente por desestimar la pretensión.----------

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

------ 1.- Persigue la Sra. L. -quien fuera agente del Instituto de Seguridad Social y Seguros, hoy jubilada- la tutela de esta ///jurisdicción, para obtener el reconocimiento y consecuente retribución, de diferencias emergentes del desempeño, que afirma haber cumplido durante dos años, de una tarea correspondiente a un

///

cargo de Director, superior al propio de su revista - Jefe de Departamento.----------

------ Describe que al fallecer el titular de la Dirección de Secretaría General -que la demandada individualiza como de Prestaciones Complementarias y Servicios Generales en la orgánica del ente- asumió, hasta que se designa su reemplazante, las labores y responsabilidades propias de aquél.----------

------ Sin haber durante ese tiempo procurado que formalmente se determinara la subrogancia, lo hace luego con el amparo de quien aparentemente fuera subordinada, el Gerente General del Instituto N. G..- Aparentemente digo, pues esta dependencia no halla apoyatura en autos.- Ello da origen a los actuados administrativos que describe el Dr. ROYER, a cuyas referencias me remito para evitar farragosas reiteraciones, en los que, después de una decisión del Directorio que le es comunicada por su Presidente, que consideró que el presupuesto reclamado no estaba probado, acompañó alguna documental que estimó respaldatoria de la situación subjetiva que aducía.----------
---

///--- No conformó al Directorio este aporte, que se reitera en la insuficiencia antes manifestada.- Y una nueva providencia se dicta entonces (en Diciembre de 2004), cuya definitividad no es muy clara,

pero que induce a un rechazo del pedimento formulado.- Ante ello, reclama en Marzo de 2005, opugnación que no puede acusarse de extemporánea aunque en el juicio el ISSyS lo intente, pues en verdad aquella oscuridad aludida veda considerar "acto final" a la decisión que le fue notificada, y no habiéndose pronunciado el ente, impetra esta acción directa de condena.----------

------ Sus fundamentos insisten en el hecho del servicio cumplido, parten de la arbitrariedad de aquellas providencias dictadas en la actuación administrativa, siguen denunciando que el ISSyS no aplicó el principio de impulsión de oficio, que se enriqueció indebidamente, que actuó violentando la buena fe, que a todo evento hay una omisión ilícita en dictar el acto que le asignara la función superior.-----

------ La demandada niega los hechos, y el derecho pretendido: no medió asignación de funciones, la decisión del Directorio no es determinante ni negatoria pues está requiriendo mayor prueba, no hay arbitrariedad ni mala fe como lo argumenta la actora, no cumplió ésta con las tareas propias de esta Dirección, las que describe, transcribiendo el Dto. Nº 1399/81 en un Anexo no publicado.----------

------ 2.- Ya en diversos decisorios he votado sobre la aplicación del art. 377 CPCC.- Recientemente, en SD Nº 3/SCA/08 -en lo que ///conviene al caso- decía: "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.- Así lo fallaba en SD Nº 4, 15/SCA/00 y 1/SCA/05: "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 SD 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 - págs. 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 SD Nº 34 y 43/90, 25 y 29/91, 4/SCA/97, 6/SCA/98 entre otras)".----------

------ "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 1999- Nº 2- pág. 81)".----------

------ Y en el sub-judice, la actora ha olvidado este imperativo.- Decididamente, se mantuvo en la prueba documental que acompañó al Expediente Administrativo, que entendió suficiente, limitándose a traer al juicio tres testimonios -poco útiles- y una confesional, del todo inútil al objeto pretendido.- Como lo han hecho manifiesto ///ambos preponentes, las expresiones del Cr. G. no son concluyentes.- Durante la mitad del período (todo el año 2000), no cumplió

funciones en el Instituto; en el tiempo restante, dice que “de alguna manera comprobó”, lo que no es un aserto contundente.---------

------ Posiblemente -como suele ocurrir- alguna de las tareas que desempeñaba el fallecido S., alguna vez (son muy pocas las documentadas), fueron asumidas por L..- Pero no hay demostración que me lleve al convencimiento de que todas las funciones, todo el período, haya desempeñado el cargo que aquél dejara vacante.- Menos aún si desconozco -porque no fueron arrimadas- las normas que estipulan la Misión y Funciones del Departamento que la reclamante ocupa, para comprobar las diferencias con las que dice de mayor jerarquía cumplidas.----------

------ Cuando se ha reclamado mayor función, fuere por subrogancia o reubicación, el criterio jurisprudencial ha sido siempre el de la exigencia de la prueba de su efectivo ejercicio (Vg. SCBA -“Bustillo...” del 22/9/92; “Pedrillo...” 29/9/92; “Barayobre...” del 6/7/93, “Angelini...” 14/3/95 “Cabral...” 29/4/97, “Acevedo...” del 22/5/07; TSJ Cba. “Palacio de Ferreyra, Blanca... Sent. 8/1996; “Berrotarán, Gabriela”... Sent. 75/2000; “González, Hipólito”... Sent. 26/1994; “Cominotti, Luis...”(voto Dr. Sesín- Sent. 22/11/2000 en LLC 2001, 1344).- Y así lo ha establecido también este Tribunal, en materia de subrogancias, al fallar en SD Nº 31/91 -rechazando la demanda- y en SD Nº 11/SCA/04, en que la admitiera, dado el carácter excepcional ///del mismo frente a la ausencia de acto administrativo expreso que disponga la subrogación, asunción, o ubicación.- Recientemente -con

///

el mismo presupuesto exigido de ejercicio efectivo- falló favorablemente en una demanda por diferencia de cargos docentes (SD Nº 5/SCA/08 "P...").----------

------ Ausente la prueba de ese presupuesto, el art. 377 CPCC determina el rechazo de la demanda, fuere por vía de la nulidad que esboza de las providencias dictadas por el ISSyS, cuyos vicios denunciados no ha acreditado, fuere por la acción directa en procura del reconocimiento y pago, cuyos extremos no ha probado.- Así lo voto.----------

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

------ Tal como voté la primera propongo al Acuerdo: 1) RECHAZAR la demanda instaurada por M. O. L. contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia en estos autos.- 2) Costas a la actora (art. 68 CPCC).- 3) Regular los honorarios de los representantes procesales de la demandada Dres. A. M. C. y G. G. en forma conjunta en la suma de PESOS DOS MIL ($ 2.000.-); al Dr. M. A. C., letrado por la actora en la suma de PESOS UN MIL DOSCIENTOS ($ 1.200.-); y al Perito Cr. ///W. O. A.en PESOS TRESCIENTOS ($ 300.-) (arts. 6 inc. a) a f), 7, 9, 38, 47 y 61 del Dto. Ley Nº 2.200 – T.O. Dto. Nº 138/99) más IVA si correspondiere.----------

///

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

------ Comparto la solución que propicia el Dr. ROYER, que se ajusta al voto que di a la primera.----------

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

------ Coincido con la propuesta de los Dres. ROYER y CANEO.---------

------ Con lo que terminó el acto, quedando acordado dictar la siguiente:----------

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

------ **1º) RECHAZAR** la demanda instaurada por M. O. L. contra el Instituto de Seguridad Social y Seguros de la Provincia en estos autos.----------

------ **2º) COSTAS** a la actora (art. 68 CPCC).----------

------ **3º) REGULAR** los honorarios de los abogados de la accionada Dres. A. ///M. C. y G. G. en forma conjunta en la suma de PESOS DOS MIL ($ 2.000.-); al Dr. M. A. C., letrado por la actora en la suma de

///

PESOS UN MIL DOSCIENTOS ($ 1.200.-) (arts. 6 inc. a) a f), 7, 9, 38 y 47 del Dto. Ley Nº 2.200 – T.O. Dto. Nº 138/99) más IVA si correspondiere.------

------ **4º) REGULAR** los honorarios del Perito Cr. W. O. A. en PESOS TRESCIENTOS ($ 300.-) (art. 61 -Dto.Ley Nº 2.200 – T.O. Dto. Nº 138/99) más IVA si correspondiere.----------

------ **5º) REGÍSTRESE** y notifíquese.----------
-

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

Recibida y registrada en Secretaría el 02/07/08 Bajo el N° 06/SCA/08

///