RAWSON, 12 de Noviembre de 2010.-

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

------ Estos autos caratulados: "**G., M. E. c/ MUNICIPALIDAD DE RAWSON s/ Demanda Contencioso Administrativa (Expte. N° 121-año 2010- CANE)" (Expte. Nº 22.045 -G- año 2010).**----------

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

------ I.- Que exhiben las constancias de autos que ante el Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, Rural y de Minería de Rawson, la Sra. M. E. G. demandó a la Municipalidad de Rawson (fs. 18/24vta., con cargo del 18 de Febrero de 2.009), con la pretensión de que se ***declare la nulidad e inconstitucionalidad de la Resolución Nº 6 dictada el 8 de Enero de 2008*** por el Sr. Intendente de esta ciudad y suscripta por los Secretarios de Gobierno y Coordinación de Gabinete, de Hacienda, de Cultura y Educación, de Planeamiento, de Producción, de Familia y Promoción Social y de Deporte y Recreación (fs. 8/11).----------

------ Este Resolutorio, revocó por ilegitimidad uno anterior –Nº 2215/06- que con fundamento en la Ordenanza Nº 6164 del mismo

año, cuyo art. 2º autorizaba al Intendente a nombrar por única vez en planta permanente *"en el agrupamiento, categoría y cargo que correspondiera"* al personal que venía revistando en "planta no /// permanente" –había ubicado a la actora, que se encontraba en tal situación, a partir del 01/01/07- en la Categoría 16, retrogradándola a la Categoría 7 del Agrupamiento Técnico Administrativo, con retroactividad a aquella fecha.----------

------ A resultas de esta declaración de nulidad e inconstitucionalidad que postula, reclama el restablecimiento en la Categoría 16 (fs. 22) de la que *"fuera despojada"* y, ***"bajo la órbita del daño patrimonial el lucro cesante que tiene que ver con la pérdida de ingresos que sufrió el actor a partir desde que se redujo la categoría laboral"*** (fs. 21 vta. "in fine") *"desde la fecha de emisión de dicho acto y hasta la fecha en que se restablezca"* más intereses (fs. 22 y 24 "in fine"), importe *"sujeto a determinación y el mismo surgirá de la prueba pericial contable que se producirá en el momento procesal oportuno"* (fs. 24).----------

------ Sostiene la estabilidad de dicha Resolución Nº 2215/06, aseverando que la Ordenanza Nº 6164 creó un régimen de excepción –autorizando a efectuar designaciones en planta permanente respecto de la emergencia económica, administrativa y financiera declarada en la Municipalidad de Rawson, y el Estatuto Escalafón del Empleado Municipal- y en ese marco se dictó aquélla.----------

///

------ Funda la nulidad e inconstitucionalidad en los arts. 14 bis y 18 Constitución Nacional, art. 22 de la Constitución Provincial, arts. 121, 388, 389 y concordantes del C.P.C.C.----------

------ Advierte la actora que lejos de consentir el comportamiento del Municipio de Rawson formuló un reclamo presentado el 4/07/08 – /// Recurso de Reconsideración- contra la Resolución Nº 6/08, agregado a fs. 13 y vta.----------

------ II.- Contesta la demanda a fs. 47/53 la Comuna de Rawson oponiendo como Excepciones la Falta de Habilitación de la Instancia y la Caducidad de la acción.- Se corrió traslado de ambas, respondiendo la actora a fs. 56/57 y 66, solicitando su rechazo.----------

------ III.- El juez de Primera Instancia –requerido- a fs. 88/89 resolvió rechazar ambas Excepciones por Sentencia Interlocutoria Nº 180/09.--

------ Apela el fallo la Municipalidad a fs. 91, presentando el memorial de agravios a fs. 93/98.- La actora contesta a fs. 100 y vta.- A fs. 102 se elevan los autos.----------

------ IV.- La Excma. Cámara de Apelaciones de Trelew -Sala "B"- a fs. 105/107 vta. (Sentencia Nº 02/2010) previo al análisis de los agravios de la apelante se avoca al de la propia competencia (Punto III de los considerandos), y resuelve, por los fundamentos que explicita, declarar ***la incompetencia del Juzgado de Primera Instancia, la nulidad de todas las actuaciones a partir del dictado de aquella S.I. Nº 180/09, disponiendo la radicación de la causa en su sede***.----------
---

------ Arriba a esa decisión, mencionando la doctrina legal fijada por este Cuerpo sobre las opciones que posee el actor en el marco de Ley XVI Nº 46 (antes Ley Nº 3098) para ejercer el derecho de acción contra /// acciones u omisiones que estima lesivas del poder público Municipal, y, según las mismas, el fuero al que debe –o está facultado- a ocurrir; entre ellas, la posibilidad del ejercicio de la opción que autoriza el art. 136 de la citada Ley XVI Nº 46 (antes art. 131 de Ley Nº 3098) de *"iniciar la acción por vía del derecho común".-* Y refiriendo que va analizar su competencia desde esta óptica, describe la demanda y la encuadra como de plena jurisdicción *"toda vez que comprende la declaración de inconstitucionalidad de una Ordenanza, y consecuentemente la nulidad de un acto administrativo sumado a una acción civil de reclamo de diferencias salariales derivadas de la relación de empleo público".-* Añade "*No es óbice para esta conclusión la intención de la actora de revestir a su presentación el carácter de acción ejercida bajo la órbita del derecho común…".*----------

///

------ Transcribe luego correctamente –de este Superior Tribunal- el criterio que enuncia que la opción por la acción civil sólo es posible cuando de la acción contencioso-administrativa de plena jurisdicción se trata, porque es justamente el amparo en el derecho común reclamado en que justifica la prórroga de jurisdicción.- Mas a seguido, y contradiciendo lo antes dicho, señala que conforme ha sido planteada la demanda la Sra. G. reclama "diferencias salariales", y fincándose (fs. 106 vta.) en la Sentencia Definitiva Nº 7/SRE/09 ("B.…") de esta Sala, afirma que *"en autos no se demandó suma alguna en concepto de reparación pecuniaria amparada en el derecho común, sino el pago de diferencias salariales, vigente una relación de empleo público"* y entonces la pretensión es contencioso administrativa y sólo puede ser dirimida por esa Cámara.- Así afinca la incompetencia y nulidad que declara, que apoya también en el fallo citado y en la S.D. Nº 04/SROE/09 ("E.…").----------

///--- V.- El fallo es notificado a las partes, y a posteriori, a fs. 114/116 vta. dicta la Sentencia Nº 6 de 2.010, haciendo lugar a las Excepciones de Falta de Habilitación de Instancia *"respecto de las diferencias reclamadas en los presentes autos"* y de Caducidad de la acción opuestas por la accionada Municipalidad de Rawson.----------

------ Contra ella, a fs. 119 la actora manifiesta que viene *"en tiempo y forma a interponer Recurso de Apelación Ordinaria en los términos del art. 254 CPCC"* (en los que este Tribunal es Tercera Instancia).- No

precisa qué fallo recurre ni expresa agravios.- Y a fs. 120 la Cámara, Sala "B", contrariando el haberse declarado competente en Primera Instancia, concede el Recurso de Apelación en los mismos términos en que fue interpuesto, sin advertir que el procedente hubiera sido el previsto por el art. 138 de Ley XVI Nº 46 (antes art. 133 de Ley Nº 3098) en el que este Cuerpo actúa en Segunda Instancia.----------

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

------ 1.- Que tal como se ha establecido en los precedentes que la Sentencia de Cámara obrante a fs. 105/107 vta. cita - Sentencias Definitivas Nº 7/SRE/09 ("B.…") y 04/SROE/09 ("E.…")- y otras, la competencia es un presupuesto del proceso, y tratándose de la dispuesta en razón de la materia, es de orden público, absoluta e improrrogable, susceptible de ser declarada, aún de oficio, en cualquier estado del juicio (Conf.: ALSINA, Tomo II, Ediar 2°, págs. 514/518; PODETTI - Tratado de la Competencia - pág. 372 - con cita de jurisprudencia de la Corte Bonaerense; MORELLO-PASSI LANZA-
/// SOSA-BERIZONCE - Códigos Anotados - Tomo II- pág. 28 y jurisp. citada).----------

------ 2.- Que en este entendimiento y con idéntico fundamento, se emite aquel pronunciamiento, declarando la incompetencia del Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Laboral, Rural y de Minería de Rawson –ante el que había ocurrido la actora G.-,

asumiendo la que estimó propia, declarando la nulidad de lo actuado y resuelto por aquél a fs. 88/89 y vta.----------

------ Que para así proceder, la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Trelew, toma apoyatura en los pronunciamientos aludidos, esto es, las Definitivas Nº 7/SRE/09 (“B.…”) y 04/SROE/09 (“E.…”), de este Superior Tribunal de Justicia.----------

------ 3.-Que se advierte que el análisis que precede a la aplicación de los mismos, volcados en el punto IV del decisorio a fs. 105 vta., 106, y 106 vta. hasta finalizado el segundo párrafo de ese folio, se ajusta a los precedentes de este Cuerpo invocados y existentes, cuya reiteración resulta ociosa.- Se destaca, por su interés en el caso, de entre las mentadas posibilidades que el ordenamiento acuerda para ejercer el derecho de acción contra acciones u omisiones del Estado Municipal, la opción a la que autoriza el art. 136 de la citada Ley XVI Nº 46 (antes art. 131 de Ley Nº 3098) de *“iniciar la acción por vía del derecho común”*, que fue la electa por la accionante –aunque así no la fundara oportunamente- obliterada por el fallo de la Cámara.- Opción que constituye una excepción admitida por el legislador a la regla de improrrogabilidad de la competencia material según se ha enunciado.--

///--- También es acertado el encuadramiento que como acción de plena jurisdicción la Sentencia efectúa de la pretensión que en autos deduce la Sra. G..- Sin embargo, acto seguido, se confunde la Sala cuando afirma –contradiciéndose- que no se reclamó suma ninguna amparada en el derecho común, sino el pago de "diferencias salariales" vigente la relación de empleo público.----------

------ Que este último, es el razonamiento que contienen las Sentencias de este Tribunal Nº 7/SRE/09 ("B.…") y 04/SROE/09 ("E.…"); mas no se ha advertido que la situación jurídica demandada en estos procesos, difiere notoriamente de la que expone aquí la actora.----------

------ Las tratadas en tales fallos, importaron un reclamo de diferencias salariales derivadas de una obligación estatal incumplida, o parcialmente incumplida, tal el pago del salario de vacaciones según una categoría inferior, cuando procedía por otra superior, correspondiente al período laborado.- En otros términos se demandaba del Estado Municipal el cumplimiento de obligaciones contractuales (o estatutarias según el criterio que se siga en la determinación de la naturaleza de la relación de empleo público), ausente totalmente una pretensión de índole resarcitoria o reparatoria derivada de hecho o acto susceptible de originar responsabilidad civil del Estado.----------

///

------ En tanto las vacaciones sólo se pueden transformar en dinero al culminar el vínculo por imperio de las normas vigentes –y adquieren carácter indemnizatorio justamente con la ruptura, nunca antes- ambos /// decisorios referidos lo pusieron de manifiesto, destacando además que el vínculo –en estos casos- se mantenía.----------

------ Completamente distinta es la situación de G., cuya pretensión se aplica a la nulidad de un acto ilícito –que se dice inconstitucional- que la retrogradó en su categoría escalafonaria que sostiene adquirida, de la cual derivó un daño pecuniario dado por las diferencias salariales entre lo percibido por el cargo al que fue retrogradada y el que debió ocupar, pretensión esta accesoria a la de nulidad e inconstitucionalidad, de carácter resarcitorio o reparatorio innegables.- Y así, claramente lo expone, y también lo consideró antes de su inaceptable conclusión la Sentencia de la Cámara examinada.----

------ Que siendo así, el derecho de opción que le otorga el art. 136 de la Ley XVI Nº 46 (antes art. 131 de Ley Nº 3098) estuvo bien ejercido por la actora, y de él deriva la competencia requerida del Juez de Primera Instancia (Conf. S.I. Nº 34/SCA/96).----------

------ Que se trate de una relación de empleo público, que ésta permanezca vigente, y que se pretendan "diferencias salariales", no determinan de ningún modo la competencia en 1º Instancia de la Cámara de Apelaciones en el marco de Ley XVI Nº 46, si se hubiera ejercido la opción a que la norma citada antes autoriza.- Habrá de establecerse en todo caso –y ***en todos los casos en que se instaure una pretensión de condena patrimonial***- si se trata la reclamada de una prestación de naturaleza simplemente obligacional (como puede serlo el pago de haberes –vacacionales o no- adicionales, suplementos y similares), que no habilita la opción del art. 136 mentado; o bien emergente de daño derivado de la aplicación de los arts. 1068, 1069, /// 1072, 1073, 1074, 1077, 1078 y conc. del CC, como ocurre en este caso, en que las "diferencias salariales" constituyen el perjuicio derivado del denunciado ilícito administrativo de la retrogradación operada que se dice nula e inconstitucional, y admite, sin hesitación, la posibilidad de la opción.----------

------ Desde ya, que las pretensiones que en la clasificación de GONZÁLEZ PÉREZ se denominan *declarativas* y *constitutivas* (definidas claramente por el Cuerpo en la S.D. N° 09/SCA/07 – "Dos Santos Pires…"), no darán lugar a la opción del art. 136 de Ley XVI N° 46.----------

------ Que tal como lo ha dicho y reiterado el Cuerpo, no cabe la transformación oficiosa de las vías procesales elegidas por los

///

particulares, cuando éstas se adecuan al derecho de acción conferido y a la competencia material atribuida por las normas, y su posuibilidad de prorrogarla.- Como se expresara en la S.I. N° 03/96 respecto al aludido derecho de opción *"… si bien la escueta redacción de la norma puede originar alguna duda hermenéutica, es principio general del Derecho Administrativo que toda duda debe resolverse a favor del administrado, y consecuente con ello, y sin abrir juicio sobre la bondad de la norma, su coherencia o conveniencia –aspectos reservados a la potestad legislativa- este Superior Tribunal interpreta que la opción reconocida admite que el interesado demande* ***por vía de la acción ordinaria, ante el juez civil, en cualquier tiempo y hasta la prescripción****, la pretensión que es propia de la acción*

/// contenciosa de plena jurisdicción: la nulidad del acto lesivo y la reparación consecuente".----------

------ Que ejercida en el marco de legítima atribución por G. la opción prevista por el art. 136 de Ley XVI Nº 46 (antes art. 131 de Ley Nº 3098), la competencia material para entender en autos fue prorrogada al amparo de la misma a favor del Juez de Primera Instancia, por lo que la Sentencia N° 02/2010 de la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Trelew es nula, y deben caer a resultas de esa nulidad los actos procesales cumplidos en su consecuencia, inclusive la Sentencia N° 06 del mismo año a fs. 114/116 y vta. (S.I. Nº 49/95).-----

------ Que en consecuencia procede declarar la nulidad apuntada, y devolver los autos a la Cámara de Apelaciones de Trelew para que por subrogantes legales se pronuncie en el Recurso de Apelación intentado por la accionada Municipalidad de Rawson, concedido a fs. 92.----------

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

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

------ **1°) DECLARAR LA NULIDAD** de la Sentencia de la Sala B de la Cámara de Apelaciones de Trelew N° 02/2010 obrante a fs. 105/107 y vta. y de lo actuado a partir de fs. 108, inclusive la Sentencia del mismo Tribunal a fs. 114/116 y vta., restituyendo la competencia para entender en estos autos al Juez requerido de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Rural y de Minería de Rawson, al que oportunamente se
/// devolverá la documental elevada por Oficio a fs. 111, reservada en Cámara a fs. 112.----------

------ **2°) DEVOLVER** la causa a la Cámara de Apelaciones, para que por subrogantes legales resuelva el Recurso de Apelación intentado por la demandada Municipalidad de Rawson, concedido a fs. 92,

fundado a fs. 93/98, y contestado por la actora a fs. 100 y vta.----------

------ 3°) Por Secretaría ofíciese al Sr. Juez de Primera Instancia en lo Civil, Comercial, Rural y de Minería de Rawson, haciéndole saber de lo resuelto, con copia de la presente.----------

------ 4°) Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

--- La presente se firma con dos miembros de la Sala por encontrarse el Sr. Ministro – Dr. José Luis PASUTTI- en uso de licencia.----------

Fdo. Dres. Daniel Luis Caneo – Fernando S.L. Royer.-
Recibida y Registrada en Secretaría el 15/11/10 bajo el N° 49/SCA/10