RAWSON, 06 de Abril de 2011.-

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

------ Estos autos caratulados: **“G., R. D. c/ Provincia del Chubut s/ Demanda Contencioso Administrativa (Expte. N° 22.076 – G - 2010)”.**----------

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

------ 1.- Que a fs. 48/53 y vta. el Sr. R. D. G. -ex empleado público- promueve demanda contencioso administrativa contra la Provincia del Chubut, solicitando se la condene al pago de diferencias salariales que según expone fueron legalmente devengadas desde el mes de Septiembre de 2004 hasta Octubre de 2007 inclusive, con más intereses y costas, sujetando el monto definitivo de lo reclamado a las probanzas de la causa.----------

------ Relata en el Punto III. HECHOS, que a partir del primer día del año 1997 se desempeñó como empleado de la Legislatura de la Provincia del Chubut, siendo remunerado -desde su ingreso- por el cargo Guardia, perteneciente al escalafón *“Personal de Servicios Generales”*. Comenta que, por Resolución N° 174/04 de Presidencia de ese Cuerpo de Septiembre de 2004, se le asignaron funciones en la Delegación Comodoro Rivadavia de la Defensoría del Pueblo y que si bien el art. 2°) ///de aquélla indicaba que la decisión no implicaba ***“diferencia salarial alguna por ningún concepto”***, opina que dada la naturaleza

///

administrativa de las funciones que prestó se generaron diferencias entre su categoría de revista (Guardia) y la real desempeñada (administrativa).-

------ Afirma G. que en todo momento cumplió para la Defensoría trabajos inherentes a la actividad administrativa, siendo el único personal con esas funciones. Seguidamente, enumera a modo de ejemplo diversas tareas que -según expone- realizó hasta Octubre de 2007, mes en el que comenzó a usufructuar licencia por enfermedad de larga duración, acogiéndose el 1° de Enero de 2010 a los beneficios jubilatorios.----------

------ Acusa que la Provincia demandada omitió encasillarlo en una categoría administrativa, vulnerando su derecho de escalafón, carrera y de remuneración. Hace referencia a los cinco Agrupamientos en que se divide el Personal dependiente de la Honorable Legislatura, al orden jerárquico que exhiben éstos y a los diferentes montos salariales asignados a cada uno. Reitera con ello que las tareas que desempeñó desde septiembre de 2004 y hasta octubre de 2007 pertenecían a una categoría superior.----------

------ Sostiene que esa diferencia de sueldo básico entre la categoría que se le abonó y las tareas de Oficial Administrativo que realizó, por un incorrecto encasillamiento y en violación al art. 6° inc. i) del Estatuto del Empleado Legislativo -Resolución N° 67/84 PHL- implicó un perjuicio económico directo.----------

///--- Aduce haber reclamado expresamente en sede Administrativa el respeto a sus derechos como empleado público y la recategorización en

razón de las tareas cumplidas. No obstante -se agravia- pese a reiterados pedidos no recibió respuesta alguna por parte del Sr. Defensor del Pueblo o de las autoridades de la Honorable Legislatura Provincial.----------

------ Añade que se vio desvalorizado por la falta de respuesta a sus reclamos y alega que, como veterano de Malvinas, el trato prodigado en este plano dista enormemente del que merecen los héroes de guerra. Menciona que tal como consta en su legajo médico y el certificado (emitido por el médico psiquiatra) que se acompaña con la demanda, padece de trastornos de ansiedad y depresión originados por los sufrimientos de la guerra pero en alguna medida también causados o agravados por el maltrato de la Empleadora.----------

------ Señala que uno de los peores modos de maltrato para un empleado consiste en la negativa a reconocer la categoría de las tareas que efectivamente desempeña, justificando *"no sólo en el aspecto económico sino también en cuanto al estatus laboral que representa dicho reconocimiento en una organización estratificada"* (fs. 49 vta.). Además, estima que el reconocimiento formal de las cumplidas durante más de tres años, habría representado una mitigación en una larga cadena de sufrimientos.----------

------ Concluye en que la falta de respuesta representa ***"la violación de ///un deber jurídico"*** a tenor del art. 76º y cs. del Decreto Ley 920 (en Digesto Ley I -18), y que por ello no queda otro camino que la presente acción.----------

///

------ En el Apartado IV del libelo inicial hace reserva de Caso Federal y en el V.- LIQUIDACIÓN expresa que reconocida la realidad de la prestación laboral, quedará expedito el reconocimiento del agravio sufrido consistente -estima- en la discrepancia dada entre las sumas abonadas y las que debió percibir. Aprecia ese valor en la de PESOS VEINTICINCO MIL ($25.000) y destaca que "*las sumas no abonadas oportunamente debieron ser consideradas para el cálculo de la jubilación, por lo que las diferencias en el salario que resulten de este pleito deben abonarse con… aportes y contribuciones a la Seguridad Social... art. 26° Ley XVIII – N° 32...*" aclarando que "*oportunamente... formulará el pertinente reclamo de reajuste de haberes al ente previsional*" (fs. 50). A más de ello, solicita se condene también a la Provincia a abonar una indemnización en concepto de daño moral por la suma de PESOS QUINCE MIL ($15.000).----------

------ Insiste una vez más, refiriéndose a las tareas administrativas que afirma haber desarrollado, enumerando documentación que asevera haber proyectado, asegurando que eso puede probarse con sus iniciales contenidas al pie de esas páginas, elementos que -según dice-deberán ser aportados por la contraria. Reitera que esas tareas administrativas no han sido remuneradas conforme la normativa vigente; justifica que el derecho que reclama fue adquirido cada mes en que desarrolló aquellas labores. Destaca que planteó formalmente el reclamo por ante la Defensora ///Adjunta el 8 de agosto del 2006 y lo mantuvo en reiteradas ocasiones sin que haya obtenido respuesta. Ello importa -itera- un enriquecimiento sin causa "*pues se ha generado a favor del Estado Provincial– Legislatura del Chubut, un beneficio, producto del trabajo con mayor*

calificación de la hoy actora y que no ha sido retribuido en la medida que las normas salariales establecían” (fs. 51 vta.).- Abona con fallos de este Tribunal.----------

------ Ofrece prueba, funda en derecho y transcribe jurisprudencia para sustentar su postura (fs. 52/53 y vta.).----------

------ 2. Que al contestar demanda la Provincia del Chubut (fs. 95/105) luego de la negativa genérica que es de práctica y controvirtiendo extensamente en particular los hechos expuestos por el accionante (fs. 95 vta./98vta.), narra que es cierto que G. era agente de la Honorable Legislatura de la Provincia desde 1997, donde revistó en un cargo Guardia -Personal de Servicios Generales- en Planta Permanente. Recuerda que el 7 de septiembre de 2004, haciendo lugar a un expreso pedido del ahora actor, fundado en razones familiares, se dictó la Resolución N° 174/04 PHL.----------

------ Que coincidiendo con la postura del actor, destaca la accionada que revistó en esa categoría hasta el 1° de enero de 2010, data en que se aceptó por Resolución N° 708/09PHL su renuncia. Esgrime *“se puede observar...que G. renunció al cargo... que no era otro que el de ///GUARDIA... no haciendo ninguna manifestación de sentirse vulnerado en sus garantías... o derechos... plenamente exterioriza su voluntad de jubilarse al cargo de GUARDIA y no a otro”* (fs. 99 vta.).----------

------ Aduce que el actor no ha cuestionado la Resolución Nº 174/2004 PHL, sino al contrario, este acto administrativo fue consentido y

///

ejecutado durante el tiempo que permaneció en la Defensoría del Pueblo - Delegación Comodoro Rivadavia. Argumenta que el accionante no atacó la legitimidad ni planteó la nulidad de esta Resolución al momento de su dictado y tampoco al interponer la acción contencioso administrativa, considera por ello que dicho acto es totalmente válido. Abona citando el plenario “Petracca” y transcribe parcialmente un fallo de este Cuerpo.----------

------ Asegura que no existe acto administrativo que asignara funciones con cambio de tareas al actor ni instrucción para que realizara otros quehaceres distintos a las de su cargo de revista. Desconoce la alegada realización de labores administrativas y señala que, en ninguna de las supuestas notas que acompañó G. a la demanda figura la firma de la Defensora Adjunta del Pueblo; arguye que son simple notas sin firma y razona que es inadmisible pretender con ello acreditar los inexistentes trabajos administrativos que dice haber desarrollado.----------

------ Transcribe parcialmente un párrafo del escrito de demanda, en el cual el actor acusa la violación del art. 6º del Estatuto del Empleado Legislativo, aseverando que la Resolución Nº 67/84 PHL está derogada por el art. 2º de la Resolución Nº 142/03 HL, que aprueba el Régimen de ///Estabilidad, Derechos y Obligaciones de los agentes del Poder Legislativo. De él transcribe el art. 6º inc. h) que establece "*Cuando a un agente le sean asignadas, interinamente, funciones de empleado de categoría superior y las ejercite durante mas de quince días (15) corridos, tendrá derecho a la percepción de la diferencia de cargo, a solicitud de su jefe inmediato superior y previo dictado del instrumento*

legal correspondiente". Y de ello deriva que no se observa en el caso concreto violación a dicho artículo, pues no están dados -sostiene- los requisitos allí exigidos. Porque al agente G. -argumenta- no le fueron asignadas funciones de empleado de categoría superior, tal como consta en la Resolución Nº 174/04, ni hubo pedido alguno de su jefe inmediato solicitándola, tampoco instrumento legal.----------

------ Refuta la Provincia los restantes argumentos de la acción, alude al Régimen de Ascenso de los dependientes del Poder Legislativo, se opone a la Liquidación rechazando la suma referida a ”perjuicio material” desconociendo en base a qué cálculo se estimó el improcedente perjuicio (fs. 102 vta.). Se alza también contra el pretendido Daño Moral justificando que el traslado a Comodoro Rivadavia obedeció la solicitud de G. que con anterioridad, en el año 2001, había sido adscripto a la Municipalidad de aquella ciudad. Reitera que atendió todos los pedidos del actor y a modo de ejemplo destaca que convalidó, mediante Resolución N° 395/09PHL, por vía excepcional el pago del cien por ciento de los haberes, una vez superados los 365 días iniciales de licencia por largo tratamiento previstos en la reglamentación. Concluye *“mal ///puede reclamar daño moral... cuando el Estado Provincial ha hecho lugar a todos sus requerimientos...”*(fs. 103 vta.).----------

------ Ofrece pruebas, hace reserva de Caso Federal y pide se rechace la demanda con imposición de costas a la contraria.----------

------ 3. Ordenado y corrido el traslado al actor de la Falta de Jurisdicción esgrimida, contesta a fs. 107 y vta. Advierte que, el planteo de la

Provincia es *“manifiestamente improcedente”;* pues -según estima- no es necesario para el progreso de la acción la nulidad de la Resolución N° 174/04PHL, distinguiendo entre la realidad de las tareas desempeñadas y la asignación formal de las mismas.----------

------ Expone que en consonancia con la Corte Suprema de Justicia de la Nación, esta Sala ha fijado dos recaudos para la defensa comentada, esto es, falta de petición y que ella sea presupuesto necesario para el acogimiento de la acción. Asevera que en autos, no es necesaria la declaración de nulidad de la referida Resolución porque la presente -califica- es una pretensión de condena y no de anulación, y señala que *“la actividad administrativa cuestionada no es el dictado de la Resolución... sino la posterior omisión en que coincidan las tareas del cargo de revista con las asignadas “de hecho” y en provecho del organismo estatal”* (fs. 107 vta.) Destaca que es el hecho de la asignación de “otras tareas” diferentes a las asignadas lo que generó -razona- las diferencias aquí reclamadas y no el cumplimiento exacto de aquélla.----------

///--- 4. A fs. 109 y vta. se agrega el Dictamen del Sr. Procurador General Adjunto donde, luego de reseñar los extremos de la pretensión y del remedio analizado indica que, como el artículo 2° de la Resolución N° 174/04 PHL estableció que la asignación de funciones del Sr. G. *“no implicaba diferencia salarial alguna por ningún concepto”*, ello constituye -opina- un obstáculo que impide ingresar en el análisis de la pretensión del actor, pues no sería admisible la coexistencia de esa disposición con una eventual sentencia condenatoria que haga lugar al

pago de las diferencias reclamadas. En consecuencia, estima el Magistrado que procede hacer lugar a la defensa opuesta por la Provincia demandada.----------

------ CONSIDERANDO:----------

------ I.- Que es amplia y profusa la jurisprudencia del Cuerpo -que data desde 1990- que ha asentado -en concordancia con la Corte Suprema de Justicia de la Nación- el criterio que indica, que en mérito a la presunción de legitimidad propia de los actos administrativos, y al republicano principio de la división de poderes, está vedado a los jueces el controlar la validez de aquéllos por propia iniciativa -esto es, de oficio- lo cual induce a declarar la falta de Jurisdicción cuando la declaración de nulidad no ha sido expresamente peticionada, y ella constituye el presupuesto necesario de la condena pretendida (SD Nº 13/90, 10/91, 69/92, 9, 37 y 38/93, 4,5,7,26, 38 y 51/94, 20, 22 y 23/95, 6/SCA/97, 8/SCA/98, 4, 8, 9, 15/SCA/00 y 57/SCA/01 - CS Fallos 190:142, 205:165, 291:499, ///310:1014 - Cam. Nac. Cont. Adm. en pleno - ED 118-391 - Sala IV - 19/6/96 LL 1/4/97), lo cual debe ser analizado en cada caso concreto (SD Nº 20 y 22/95; 02/SCA/02, 9 y 69/SCA/09, 34 y 50/SCA/10, entre otras).----------

------ Que asimismo a través de diversos precedentes el Tribunal ha resuelto, que corresponde dar a esta defensa opuesta un tratamiento previo de *excepción*, aún cuando el ordenamiento -que no es contencioso administrativo por carencia de legislación ritual- sino el ordinario del procedimiento civil, no la contemple expresamente.- Así, con

///

fundamento en el principio de ahorro procesal, a fin de evitar que se tramite la causa hasta arribar a su conclusión, para decidir a la postre que no existe jurisdicción, con el consiguiente dispendio que ello implica (Conf. SD Nº 8/SCA/98; SI Nº 101/SCA/01, N° 7/SCA/03 y 55/SCA/05, 9 y 69/SCA/09, 34 y 50/SCA/10, entre otras).----------

------ Que -se ha dicho también- la aplicación de esta doctrina no es automática.- En Sentencias Definitivas N° 20 y 22/95, con cita de Rodolfo BARRA – “Aspectos Procesales de la nulidad del acto administrativo”, (ED 121-278-) se explicó la necesidad de determinar previo a su aplicación en cada caso concreto, cuándo el acto afecta la situación jurídica de las partes, o si simplemente le introduce una modificación accesoria a la relación jurídica que no la afecta esencialmente.- Esto es, cuándo la reclamación que es objeto de la acción depende de la invalidez del acto, siendo su declaración imprescindible para su procedencia o no.- (Conf. SD N° 02/SCA/02, 9 y 69/SCA/09, y 34 y 50/SCA/10).----------

///--- II.- Que ciertamente la pretensión deducida en autos no alcanza a la declaración de nulidad del acto administrativo que dispuso la asignación de funciones de quien ahora acciona. Sin embargo, frente a los fundamentos de la Provincia demandada afirmando que el mismo se encuentra vigente y es válido, se defendió el accionante esgrimiendo que no interpuso una acción de nulidad, sino simplemente una de condena, especificando que lo que persigue es que se obligue a la Administración a reconocer la diferencia salarial que se habría generado como consecuencia del alegado desempeño de una tarea de mayor responsabilidad y jerarquía escalafonaria que aquélla por la que era

remunerado. Y dice G. que en definitiva lo que vino a reclamar es un pronunciamiento jurisdiccional por medio del cual se supere la omisión estatal de hacer coincidir las tareas de su cargo de revista -Guardián- con las *"asignadas de hecho"* y se repare el daño que dice haber causado enmarcándolo unilateralmente en el enriquecimiento sin causa del Estado provincial, su entonces Empleador.----------

------ III.- Que la respuesta del actor al incidente provocado por la Provincia, recuerda lo fallado por este Tribunal en la S.D. Nº 6/SCA/08 (in re "L. M.…").- En ella, el voto del Dr. ROYER expresaba "…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 -Tomo 2- Ed. Astrea - pág. 10, 24 y 26).--------

------ IV.- Que -puede apreciarse- no es el caso de la pretensión deducida en autos.- Aquí media un acto administrativo, presumido legítimo, que claramente determina que la asignación de funciones a G. en la Defensoría del Pueblo de Comodoro Rivadavia, no importaría diferencia salarial ninguna.- Y, lo requerido por el actor a esta jurisdicción -aún

///

cuando se apoye en circunstancias de hecho acaecidas a posteriori de su dictado- supone una decisión que, como bien señala el Sr. Procurador, contraviene lo dispuesto por ese acto.----------

------ Ello se conjuga con "…el axioma de la improcedencia de que el Poder Judicial revise de oficio, la legalidad de los actos emitidos por la Administración, en orden a la presunción de legalidad que acompaña los actos administrativos, y el republicano principio de la división de poderes. Ellos traducen la doctrina pacífica del Cuerpo, en el sentido de que está vedado al Poder Judicial pronunciarse *ex officio* declarando la nulidad de los actos administrativos, en tanto no medie requerimiento expreso y claro de parte interesada. Este criterio viene siendo irrestrictamente aplicado ante toda acción de condena, y, por cierto, ante las pretensiones constitutivas de situaciones jurídicas subjetivas distintas de las reconocidas o estatuidas por aquéllos". "…la pretensión deviene ///circunscripta por la actividad formal administrativa previa: existe un acto administrativo que creó una situación jurídica determinada con la que el justiciable está en desacuerdo y pretende modificar por vía de la acción… esta prerrogativa "hacia fuera" con que cuenta la Administración -la presunción de legitimidad- es concebida por la doctrina como uno de los pilares de nuestro régimen administrativo. Es en virtud de ella que se concibe -en principio- al acto administrativo como arreglado a derecho… esta presunción de validez acompaña a todos los actos estatales, y permite el cumplimiento de los fines públicos, que se verían de otra forma obstaculizados si les fuera antepuesto un interés individual de naturaleza privada". (voto Dr. Pasutti en S.D. Nº 7/SCA/09 in re "P., L.…").----------

///

------ En el mismo fallo, siguiendo a GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ se explicó “…no hay posibilidad de abrir el proceso contencioso administrativo si no es atacando un acto administrativo previo… pero este ataque puede agotar en sí mismo el contenido de la pretensión (pretensión anulatoria) o ser, simplemente, la referencia para pretender del Tribunal, además de esa anulación, una declaración positiva contraria a la que el acto impugnado contiene directa o indirectamente, declaración que, en caso de estimación del recurso, sustituirá al acto anulado… con la imposición a la Administración de todas las conductas necesarias para que esa declaración sustitutoria despliegue la plenitud de sus efectos prácticos (pretensión de condena)” (Conf.: “Curso de Derecho Administrativo” Tº II, 4ta. Ed. Pág. 571).----------

///--- V.- Que en mérito de los fundamentos expuestos, aún cuando como lo expresa la actora, su interés se dirige a obtener en este pleito se condene a la Administración a reparar lo que calificó como una conducta omisiva, conjuntamente con el reconocimiento de las supuestas labores administrativas que comenta haber desarrollado y que corresponderían a un cargo de mayor responsabilidad que el de revista, ello es acaecido como consecuencia de la asignación de funciones autorizada por su empleadora bajo determinada condición cual fue la de mantenimiento de idéntico salario, y eventualmente el fallo que se dicte -si fuere favorable- sería inconsistente con la subsistencia en el mundo jurídico de aquella decisión estatal -Res. Nº 174/04 PHL- eficaz y presumida válida.----------

------ Por lo tanto, sin perjuicio de las características propias de los distintos tipos de acciones que se observan en el contencioso

///

administrativo y los específicos recaudos que la interposición de cada una de ellas contiene, la omisión de la parte actora de haberse alzado expresa, puntual y certeramente contra la legitimidad del acto aludido, determina la Falta de Jurisdicción de esta Sala para conocer en el caso, y es procedente admitir la opuesta.----------

------ Que no obstante, dable es señalar que el actor conserva la acción en tanto cumpla con los recaudos descriptos, pues la presente no hace cosa juzgada respecto al fondo de la cuestión debatida.----------

------ Que a resultas, las costas de este Incidente y del Proceso deben imponerse a la accionante vencida (arts. 69° y 70° Ley XIII N° 5 - antes 68° y 69° del CPCC).----------
///--- Que en autos procede valorar los trabajos profesionales de los Apoderados de la actora -Dres. María Cristina PAGASARTUNDÚA y Eduardo HUALPA- y de los representantes procesales de la Provincia demandada en el proceso, y además a todos los letrados que intervinieron en este Incidente de conformidad con las pautas arancelarias (arts. 6°, 7°, 8°, 9°, 37° y 32° de la Ley XIII N° 4 - antes arts. 7°, 8°, 9°, 38° y 33° del Dto. Ley Nº 2.200 - T.O. Dto. N° 138/99), y fijar parámetros para la determinación del monto del proceso, base de la regulación.----------

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

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

///

------ **1°) HACER LUGAR** a la defensa de falta de Jurisdicción interpuesta en autos por la demandada Provincia del Chubut.----------

------ **2°) COSTAS** del Incidente y del principal a la actora (art. 69° y 70° de Ley XIII N° 5 – antes art. 68° y 69° CPCC).----------

------ **3º) REGULAR** los honorarios de los profesionales intervinientes por una etapa del proceso: a los Dres. M. C. P. y E. H., en el 3,02% (1/3 del 7% + 30% de éste) del monto del proceso que se calculará en la etapa de ejecución, según las pautas que se establecen en el punto siguiente.- Al ///Sr. Fiscal de Estado -Dr. Diego G. CARMONA- en el 4% (1/3 del 12%) sobre idéntica base, y a los Dres. D. F. y F. P. en el 30% de lo regulado a su patrocinante.- Por este Incidente a los Dres. M. C. P. y E. H. en el 10% de lo antes regulado, al Dr. CARMONA en el 12% de la regulación dada para el proceso y a los Dres. D. F. y F. P. en el 30% de esta determinación (arts. 6°, 7°, 8°, 9°, 37° y 32° de la Ley XIII N° 4).- Todos, más el IVA si correspondiere.----------

------ **4º) ESTABLECER** que para estimar el monto del proceso, base para el cómputo de honorarios regulados, se considerará el monto cuantificado en la demanda como “perjuicio material” ($25.000) a los que se sumará el cálculo de intereses a la Tasa reclamada -Activa del Banco del Chubut S.A. para sus operaciones de descuento- desde su interposición y hasta la fecha en que este pronunciamiento quede firme.- Al resultado se adicionará la cifra de $15.000 que se pretende por daño moral.----------

///

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

Fdo. Dres. José Luis PASUTTI, Fernando S.L. ROYER y Daniel Luis CANEO. ----------

Sentencia Interlocutoria. Registrada Bajo el N° 21/SCA/2011.----------

///