En la ciudad de Comodoro Rivadavia, provincia del Chubut, a los días del mes de febrero del año dos mil doce, reunida en Acuerdo la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, con la presidencia de su titular Dra. Nélida Susana Melero y asistencia de las Sras. Juezas de Cámara Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts y del Sr. Juez de Cámara Dr. Fernando Nahuelanca, para dictar sentencia definitiva en estos autos caratulados: **"T., M. I. c/ MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA s/ DEMANDA LABORAL (Indemniz. de ley)", expte. nro. 199/11**, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Laboral nro. 1 (expte. nro. 2686/04), y atento al resultado del sorteo establecido en el art. 271 del Código de Procedimientos Civil y Comercial (fs. 805) y autos de fs. 808/815, correspondió el siguiente orden para la votación: Dra. Nélida Susana Melero, Dra. Marta Susana Reynoso de Roberts, Dra. Graciela Mercedes García Blanco y Dr. Fernando Nahuelanca.

Acto seguido se resolvió plantear y votar por su orden las siguientes cuestiones: **PRIMERA**: ¿Es justa la sentencia recurrida de fs. 742/758vta.? y **SEGUNDA**: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

A la primera cuestión la Dra. Melero dijo:

I. Vienen las presentes actuaciones por haber sido apelada a fs. ref.764 y 765 por los letrados de la parte actora, por propio derecho y por parte demandada, respectivamente la sentencia definitiva nro. 17 del 04/03/11 de fs. ref. 742vta./758, habiéndose concedido a fs.ref. 766, los recursos de apelación

interpuestos en relación y libremente y en ambos efectos.

El fallo en la parte que aquí se cuestiona dispuso: ”1) Haciendo lugar a la demanda y en consecuencia, condenando a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, a abonar a la Sra. M. I. T., la suma que emerja de la liquidación que practicará el perito contador actuante en autos en la etapa de ejecución de sentencia, en el plazo de diez (10) días de quedar firme la misma, suma que se incrementará conforme lo dispuesto en el considerando II., debiendo tener presente lo dispuesto por el art. 277 LCT; 2)) Costas a la demandada vencida. Regúlanse los honorarios de los profesionales intervinientes….”.

I.A) A fs. ref. 770/791) expresa agravios la parte apelante demandada, los que fueran contestados a fs. 793/800vta. por la parte actora, conforme el traslado conferido a fs. ref. 792.

Entendiendo que en la estructura de la sentencia los agravios tienen por finalidad la individualización de los sujetos de la pretensión y la relimitación del ámbito objetivo del litigio sobre el que recae el pronunciamiento, incluyéndose así entre los elementos que la sentencia deberá contener “la relación sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto de los agravios, siendo el estilo judicial agregar una breve relación de las vicisitudes del proceso, a cuyo efecto basta una mera remisión (cf. crit. Morello - Sosa – Berizonce en “Códigos Procesales de la Pcia. de Buenos Aires y de la Nación”, T.II-C, pág. 64; Cám. Nac. Com., Sala C, 03/11/80, entre otros) y teniendo presente los principios procesales de concentración, economía y celeridad, he de realizar la

transcripción de los mismos sin perjuicio de tener en cuenta cada línea de pensamiento expuesto en el desarrollo que en cada uno de sus agravios ha realizado la apelante.

Concretamente la apelante demandada se agravia en cuanto a que la a quo:

1) era incompetente para entender en los presentes autos (fs.ref 770vta./ 779vta.);

2) efectuó una incorrecta valoración de la supuesta tutela sindical (fs. ref. 779vta./785vta.);

3) no advirtió que la cuestión sindical ya fue resuelta en el expediente nro. 1970/2003 (fs. ref. 785vta./787vta.);

4) omitió la consideración de la presunción de legitimidad de los actos de administración (fs. ref. 787vta./791) y

5) plantea la reserva del caso federal a fs. ref. 791.

I.A-1) El primer agravio se basa en que la a-quo era incompetente para entender en el presente proceso (fs.ref. 770vta./ 779vta.).

Sobre dicho planteamiento se han expedido, tal como lo cita la apelante demandada, tanto esta Cámara de Apelaciones, Sala “A”, en autos caratulados: "I., M. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ Demanda Laboral", expte. Nro. 12.871/02, venidos del Juzgado Letrado de Primera, Sentencia Interlocutoria nro. 089 del 14/06/02 como el Excmo. Superior Tribunal de Justicia de la Provincia del Chubut, autos caratulados: ”B., N. y Otros c/ Municipalidad de Corcovado s/ Cobro de Diferencias de Pesos s/ Recurso Contencioso Administrativo” (expte. nro. 20.735-B-2.006), sent. def. nro. 6 del 01/10/07).

No está discutido que la relación con la accionada es de empleo público, razón por la cual no era competente la magistrada laboral, más allá de la opinión vertida del Ministerio Fiscal (fs. 115/116), ya que el art.1°) de la Ley XIV, nro. 1 - Digesto Jurídico (ex Ley 69) no se la otorga, concordante con el art.2 inc.a. de la LCT, que excluye su aplicación a los dependientes de la administración pública nacional, provincial y municipal.

Nuestro Alto Cuerpo, ha establecido que la vía apta para el cuestionamiento de actos municipales, es la Ley XVI, nro. 46 – Digesto Jurídico (antes Ley 3098), dicha decisión se impone por "doctrina legal". no se discute que la relación con la accionada es de empleo público -tal como ocurre en autos- no es posible pretender atribuir competencia a la magistrada laboral, ya que el art. 1°) de la Ley 69 no se la otorga, concordante con el art. 2, inc. a, LCT., que excluye su aplicación a los dependientes de la administración pública nacional, provincial y municipal.

En el mismo sentido se decidió en autos citados "I.", siendo claros y concisos los conceptos vertidos por los Colegas Dres. Julio Antonio Alexandre y Dr. Fernando Nahuelanca, los cuales comparto plenamente y he de seguir su línea de pensamiento

Así en dicho expediente se determinaba que teniendo en cuenta de conformidad con la doctrina legal" del Excmo. Superior Tribunal de Justicia del Excmo. Superior Tribunal de Justicia expuesto en los autos caratulados: "A. T. C. S.R.L. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ Ordinario", expte. Nro. 16.045-A-1997, devenía el caso de excepción a la competencia

originaria por el contenido de plena jurisdicción de la acción intentada que impone la prórroga ante la justicia civil como juicio de plena jurisdicción conforme con la última parte del art. 131 Ley 3098 (hoy art. 116 – Ley XVI, nro. 46).

Se señalaba que de manera pacífica se ha sostenido que la materia de los derechos resulta del sujeto y del objeto, de las personas y de los bienes, en sus relaciones entre sí, conformado a lo que disponen las leyes, por lo que según sea el acto constitutivo de la acción que se ejercita, será la materia del pleito a efectos de dilucidar la competencia, insistiendo, que para determinar la competencia se debía atenderse, en principio, a la exposición de los hechos efectuada en la demanda y, luego, solo en la medida en que se adecue a ellos, al derecho invocado. Ello así, pues los primeros animaban al segundo y eran el único sustento de los sentidos jurídicos particulares que le son atribuido.

Valorándose que si no se discute que la relación con la accionada es de empleo público, no es posible pretender atribuir competencia al magistrado laboral.

Se sostuvo que en cuanto a la naturaleza del vínculo nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, separó la relación de empleo público de la de empleo privado, considerando aquella regida por el derecho constitucional y el administrativo y no por el del trabajo y si bien flexibilizó sus posturas respecto a situaciones especiales (ver Justo López, Norberto O. Centeno y Juan C. Fernández Madrid, "Ley de Contrato de Trabajo Comentada", Bs. As. 1977, t, I, pág. 36, p. 1,5,b y Fallos 244:196; 245:271 entre muchos), no

exceptuó a las que estando regidas por un estatuto en él no se consigna expresamente tal decisión.

Entendiendo que como consecuencia de dicho entendimiento valía lo resuelto en el conocido caso Leroux en cuanto que: "No es admisible sostener que la relación de empleo se halla regida por la ley laboral común frente a la existencia de un régimen jurídico específico que reglamente los derechos de los dependientes del organismo estatal y a la disposición del art. 2° inc. a) de la ley de contrato de trabajo" (ver CS, abril 30-1991, Leroux de Emede, Patricia S. C. Municipalidad de Buenos Aires, DT, 1991-B, 1847; DJ, 1992-1-3; CNTrab., sala II, 2001/03/07, DT 2002- A, 299).

Siendo categóricos en cuanto al análisis que el Estatuto del Empleado Municipal que rige la relación no formula tal excepción (ver, v.gr., art. 27 inc. d), Ordenanza n° 153/74), para la solución de otros conflictos individuales).

Asimismo, se hacía hincapié en que la competencia contencioso administrativa es indisponible por las partes, estas no pueden crearla, ni aún obrando de común acuerdo, en los casos en que no está previsto por la ley.

Ello era así, ya que la competencia material es improrrogable (art. 4 – actualmente Ley XIII, nro. 5, anexo A – Digesto Jurídico -), es decir que es absoluta porque necesariamente debe ser observada, pues ello se vincula a la organización de la Administración Judicial, es de naturaleza pública y la ley no puede admitir una apreciación distinta de las partes, ya que le atribuye competencia a quien considera más apto para aplicar el derecho público. O

sea, que en el caso se cuestiona una decisión del Ente Comunal, queda fuera de los parámetros de la LCT- (ver casos análogos, v.gr., CS Tucumán, sala civil y penal, marzo 25-998, LL NOA 1999-164). Conformando tales pautas con la legislación local el fallo

Debe sin embargo dejarse a salvo la hermenéutica del Excmo. S.T.J. respecto al art. 131 "in fine" de la Ley 3098 (hoy 136, Ley XVI, nro. 46), señalando que la competencia de la Cámara admite una excepción, cual es una opción a favor del administrado en los casos de ejercitarse la acción administrativa de plena jurisdicción (la que se ejercita contra el acto administrativo más la acción civil de restablecimiento de un derecho y/o resarcimiento de daños y perjuicios), la que admite la demanda ordinaria ante la justicia civil, lo que justifica la acción y la consecuente prórroga de jurisdicción (citando la opinión vertida en sus votos caso "A. " por los Ministros Dres. Martín y Royer).

Cabe agregarse, a mayor abundamiento, que conforme la más destacada doctrina en la materia (Arañarás, Palacio, Guastavino, Fiorini, entre otros), estos reclamos constituyen verdaderas acciones que responden a una distinción clásica: la de nulidad o ilegitimidad y la de plena jurisdicción. La primera, se ejerce para se que se restablezca el orden jurídico violado o desconocido por quien tiene un derecho subjetivo o interés legítimo para ello y sus efectos son declarativos. La segunda, la de plena jurisdicción, importa, además de la pretensión anulatoria el restablecimiento del derecho y/o resarcimiento de los perjuicios: sus efectos son constitutivos y de condena.

Por tales razones, se dice en el fallo,

siguiendo los antecedentes del Alto Tribunal, que el derecho adjetivo concede al damnificado distintas opciones: la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción ante el tribunal competente en lo contencioso administrativo o bien la acción contencioso administrativa de nulidad, para luego intentar, si esta prospera, la que demande la satisfacción de los derechos lesionados, la primera deberá articularse ante el Tribunal en lo contencioso administrativo y la segunda ante el juez civil.

Teniendo en cuenta tanto la doctrina legal del Superior Tribunal citada en el presente voto, como los criterios de los colegas de la Sala "A" en autos caratulados individualizados precedentemente en un caso análogo al presente caso atento al estado actual de los actuados y concordante con lo que ordenara la jurisprudencia citada, corresponde la declaración de la competencia de la Sala y el abocamiento en su oportunidad sobre el fondo de la cuestión, para el análisis de los recaudos de admisibilidad que fija el ordenamiento.

Por las consideraciones efectuadas arribo a la convicción de que debe declararse la nulidad de la sentencia de fs. 742/758vta. por causa de incompetencia en razón de la materia, retrotrayendo los procedimientos con anterioridad a la sentencia, declarando, asimismo, el abocamiento de esta Cámara de Apelaciones por ser la acción de naturaleza contencioso administrativa (art. cit. y ley cit) y oportunamente continuar los trámites de conformidad con los considerandos pertinentes.

I.A-2 a 4) Teniendo en cuenta las razones señaladas y la declaración de nulidad de la

sentencia que se propicia y que retrotrae los procedimientos con anterioridad a la sentencia, carece de virtualidad el tratamiento de los agravios ante esta Alzada, sin perjuicio de lo que en definitiva corresponda resolver en materia de costas y honorarios de los profesionales actuantes.

I- b) Tratándose de asuntos cuya interpretación pudo originar dudas en el correcto entendimiento de textos y circunstancias, corresponde declarar las costas en el orden causado, pues se trata de una materia compleja cuyo fondo de la cuestión todavía no ha sido materia de decisión en esta instancia del proceso. Igual circunstancia ha de aplicarse en cuanto a la regulación de honorarios los cuales se han de diferir para el momento en que se resuelva definitivamente la cuestión traída a debate.

A la segunda cuestión la Dra. Melero dijo:

Propongo como fórmula postulatoria, para el caso de coincidencia:

1) Declarar la nulidad de la sentencia de fs. 742/758vta. por causa de incompetencia en razón de la materia, retrotrayendo los procedimientos con anterioridad a la sentencia, determinado, asimismo, la declaración de la competencia de Cámara de Apelaciones por ser la presente causa de naturaleza contencioso administrativa y el abocamiento en su oportunidad sobre el fondo de la cuestión, previa verificación de los recaudos de admisibilidad que fija el ordenamiento, a cuyo efecto, firme que estuviera la presente decisión, remítanse las presentes actuaciones a la Secretaría de Adjudicaciones de esta Cámara de Apelaciones, a sus efectos.

2) Costas por su orden, difiriéndose la regulación de los honorarios profesionales, conforme los argumentos dados en el considerando pertinente.

3) Tener presentes las reservas del caso federal.

A la primera cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

I) La Sra. Juez de la instancia de grado hizo lugar a la demanda y condenó a la MCR a abonar a la Sra. M. I. T. la suma que emerja de la liquidación que practicará el perito actuante en autos en la etapa de ejecución de sentencia, en el plazo de diez días de quedar firme la sentencia. Impuso las costas a la demandada y reguló los honorarios.

II) Tal decisión es apelada por las partes.

a) Asimismo, las Dras. M. y R. apelan por derecho propio los honorarios regulados por bajos.

Concedidos los recursos, la actora desiste del interpuesto.

b) La demandada expresa agravios a fs 770/791.

En el primer agravio se refiere a la incompetencia del juzgado laboral para resolver los presentes actuados.

Entiende que la relación que existió entre la actora y la MCR no le es aplicable el marco de la LCT art. 2 o la ley 69 XIV N°1 y que la competencia del aquo está determinada por la propia normativa, y ante ello solicita la nulidad de la sentencia, determinar la competencia de la Cámara y dictar nueva sentencia, desestimando la demanda.

Relata que la actora es empleado

municipal que pertenecía a la planta permanente por lo que debe calificarse la relación existente como de empleo público.

Indica que si bien comienza con un reclamo por la supuesta violación de tutela sindical en virtud de la Ley 23551, el objeto de la demanda se funda en el ataque a la Resolución Municipal n° 460/02 que dispuso su cesantía como agente municipal, acto administrativo que goza de presunción de legitimidad, que no puede ser resuelto por el a-quo, más a poco de iniciar el relato de la demanda solicita recategorización por sus supuestas labores como empleada pública y las diferencias salariales por mayores funciones.

Recuerda lo resuelto en el expte. N° 1506/2002 sobre medida cautelar, que fuera rechazada y que la MCR se desenvuelve bajo la órbita del derecho administrativo, por lo que las relaciones con su personal escapan al ámbito específico del derecho laboral, y advierte que la Sra. Juez deslizó y expresó comentarios y coyunturas propias del derecho privado y de la LCT.

Aduce que el art. 2° de la LCT establece que las disposiciones de su normativa no resultan aplicables a los dependientes de la Administración Pública Municipal, salvo convención expresa, rigiéndose en principio por el derecho administrativo y su contienda debe ser un contencioso administrativo y no un proceso laboral.

Cita jurisprudencia de la Corte Suprema y doctrina nacional y jurisprudencia de esta Cámara, Sala “A” y del STJ de la provincia.

Sostiene que a la relación mantenida

entre las partes le son aplicables el régimen de derecho público, es decir el Estatuto para el Personal de la MCR (Ordenanza 153/74), la Ord. 485/76 Régimen administrativo municipal.

Indica que la actora demandó en modo tácito la nulidad del acto administrativo -Resolución N° 460/2002- que dispuso su cesantía, solicitó una recategorización de sus funciones, una indemnización por supuestos aumentos salariales mientras se encontraba vigente la relación de empleo público, por lo que el Juez Laboral no es competente.

Alude al intercambio epistolar donde se solicita se deje sin efecto dicha resolución por ser la misma nula y de nulidad absoluta por cuanto ignora la condición de agente integrante del Sindicato Municipal, comunicación que es rechazada por el Municipio.

Subraya que la competencia ratione materia es indelegable e improrrogable, criterio que la Sra. Juez ya ha sostenido y que en los presentes cambia sin fundamento.

Segundo agravio: incorrecta valoración de supuesta tutela sindical, planteada en subsidio.

Indica que desconoció el imaginario fuero sindical en virtud de no verificarse el requisito dispuesto en el art. 49 inc.b) de la Ley 23551, por no haber sido notificado la MCR, resultando excesivo otorgarle fuero sindical por haber ocupado el cargo de secretaria de Prensa y Difusión del SOEM y se refiere a la contestación de la demanda.

Entiende que la aquo utiliza indebidamente, para justificar la tutela sindical, la declaración de los testigos, lo que no es permitido ni contemplado para acreditar la tutela sindical, tampoco

existe documental alguna que acredite que se haya efectuado la debida y exigida comunicación, no desprendiéndose ello del expte. 1970/2003 sobre diligencias preliminares.

Expone que ya se resolvió esta cuestión en autos "T., M. I. c/ MCR s/ Medida cautelar", expte 1506 /2002, no operándose tal comunicación, ya que los medios idóneos son mediante telegrama o carta documento u otra forma escrita la designación, resultando tal requisito ad solemnitatem.

Cita Jurisprudencia del CSJN.

En el tercer agravio hace referencia a la cuestión sindical ya resuelta en el expte 1970/2003

III) a) Competencia:

Sin perjuicio de compartir y admitir la jurisprudencia traída por el quejoso, a fin de sustentar el pedido de incompetencia del Juzgado Laboral, es necesario dejar en claro el momento procesal hasta el cual se puede cuestionar la competencia, ya sea por las partes o de oficio.

Y entiendo que la respuesta está dada por el Código de Procedimiento en su articulado por remisión del art. 73 de la Ley XIV- N° 1 y los arts. 3 y 4 de la ley de procedimiento laboral, donde se dispone las vías por las cuales puede promoverse la cuestión de competencia, y que cualquiera sea la que se adopte, sólo podrán promoverse antes de haber consentido la competencia, estableciendo el modo de resolver la misma y en un todo de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Procedimiento en lo Civil y Comercial.

Se inician los presentes con el reclamo por parte de la Sra. T. por violación de la tutela

sindical que consagra la Ley 23551, y se condene a la MCR al pago de las indemnizaciones que fija la normativa legal, intereses y costas, más las diferencias resultantes por haber cumplido funciones correspondientes a mayor categoría.

Narró los hechos sobre el desempeño como empleada pública municipal y que fue cesanteada, firmando en disconformidad.

Envió carta documento la que fue contestada desconociendo la calidad de representante sindical.

Indicó que al ser cesanteada y ante el cargo sindical que ostentaba tal medida es nula sin el previo trámite de exclusión de tutela.

Señaló los cargos que ocupó en el municipio y a partir del despido las indemnizaciones que le corresponden.

Ante la presentación la Sra. Juez corrió vista sobre la competencia al Sr. Fiscal, quien entendió en su dictamen que el Juzgado Laboral de primera instancia era competente.

Se tuvo por contestada la vista y se corrió traslado a la demandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia de la demanda.

Las partes comparecen a la audiencia fijada de acuerdo al art. 48 y 52 de la Ley 69, normativa vigente al momento, contestan demanda, niegan los hechos, ofrecen prueba, se oponen a la confesional y de reconocimiento de documentación por parte del intendente municipal y fundan el reclamo en las disposiciones de la LCT, estatuto del empleado municipal (ordenanza 6418/97, estatuto del SOEM, Ley Provincial N° 69 y CPCCCh).

En dicha audiencia la Sra. Juez declara su competencia para entender en los presentes autos.

Tal declaración de competencia dictada en fecha 23 de septiembre de 2004 fue consentida por la parte, hoy apelante, no efectuando el ahora quejoso ningún tipo de objeción, operando a su respecto los efectos de la inmutabilidad que produce la cosa juzgada, en este caso, por el consentimiento de las partes, quienes con su silencio avalaron la intervención del Juzgado Laboral. "Y como consecuencia de ello, y procesalmente hablando, ni las partes, ni el propio tribunal se encontraban habilitados ya para cuestionar o revisar, la competencia asumida. Este Cuerpo, (Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza), ha resuelto que "existe la posibilidad del órgano emisor de modificar su decisión para adecuarla a los hechos reales de la causa e, incluso al derecho aplicable aún oficiosamente, pero que ello sea así, no importa que esta facultad pueda ser ejercida indiscriminadamente o que no reconozca límite procesal alguno, en tanto resulta inadmisible que pueda efectuarse en resoluciones consentidas por las partes, preclusas, irrecurribles y firmes, por sobre la autoridad de la cosa juzgada" (LS 206-392). Ello es así porque el principio de cosa juzgada es de orden público, y por lo tanto, la posibilidad de que el propio juez pueda modificar de oficio una resolución consentida por quienes tenían el interés jurídico en impugnarla, y no lo hicieron, atentaría de modo directo contra los principios procesales de la cosa juzgada, de preclusión procesal, del debido proceso y de la defensa en juicio; por lo que la solución que garantiza la seguridad jurídica es la que impone el respeto por los

actos procesales cumplidos y consentidos por las partes (LS 091-038, 153-258, 380-145).

"No quisiéramos finalizar estas líneas sin poner de resalto que la improrrogabilidad de la competencia del fuero, incluida la territorial, consagrada por el art. 19 de la LO, t.o. dec.106/98, implica, solamente, que las partes no podrán, ni explícita ni implícitamente, acordar que el litigio cuyo conocimiento está diferido por la ley a la Justicia Nacional del Trabajo sea sometida a un ámbito jurisdiccional diferente…

Esto significa que el magistrado interviniente, si de la exposición de los hechos efectuados en la demanda considerase que no es de su competencia, deberá inhibirse de oficio de entender en la causa, tal como lo expresa, con absoluta claridad, el art. 4°, primer párrafo del, del CPCC, aplicable al fuero del trabajo en función de lo dispuesto en el art. 155 de la LO, t.o. dec.106/98. Si así no lo hiciere y si, hipotéticamente la parte demandada no dedujera oportunamente la excepción de incompetencia o si lo hiciera pero la misma se desestimara mediante decisión firme, ni las partes podrán argüirla en lo sucesivo ni, tampoco, podrá ser declarada oficiosamente: art. 352, 1° párrafo, CPCC (art. 155 cit). (Arts 4° y 355 del CPCCh y 73 de la ley de procedimiento laboral)

Esto viene a cuento por cuanto en algún momento se entendía que esa improrrogabilidad de la competencia laboral le otorgaba un carácter de orden público de tal intensidad que posibilitaba la inhibición de los magistrados en cualquier oportunidad del proceso.

Sin embargo, en la actualidad entendemos

que la cuestión ha quedado superada, básicamente al influjo del criterio sustentado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido indicado en el párrafo anterior: salvo el alto tribunal y los jueces federales con asiento en las provincias, que pueden declarar la incompetencia de la Justicia Federal en cualquier etapa del proceso, en todos los demás casos, transcurridas las etapas procesales en las que el CPCC autoriza a los jueces a declarar ab initio o resolver la excepción que hubiera opuesto el demandado, aquella no puede ser declarada, atento a lo dispuesto en el mencionado articulo 352, inc. 1° del CPCC, criterio que ha sido receptado tanto por la jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, como por los dictámenes de la Fiscalía General del fuero. “Procedimiento Laboral –II”, ed. Rubinzal-Culzoni. Revista de Derecho Laboral. La oportunidad de declarar la incompetencia de la Justicia Nacional del Trabajo, pág. 237/238.

Sin perjuicio de ello que resulta suficiente para rechazar el agravio relacionado con la competencia, comparto lo sostenido por la jurisprudencia en punto a la competencia del fuero laboral para entender en el sub iudice, viene determinada, no por la calidad del demandante, sino por la índole especial del reclamo, basado en la Ley 23551, que en su art. 63 expresamente dispone que: "1.Los jueces o tribunales con competencia en lo laboral en las respectivas jurisdicciones conocerán en: a) Las cuestiones referentes a prácticas desleales; b) Las acciones previstas en el art.52; c) En las acciones previstas en el art. 47. 2. Estas acciones se sustanciarán por el procedimiento sumario previsto en

la legislación local" (Gonzalez Alberto Ricardo en J° 1496 'Gonzalez Alberto c/ Municipalidad de Capital p/ ord.' s/ inc.: Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza; "López, Fabio c/ Municipalidad de Merlo. Suprema Corte de Justicia de la Pcia. de Bs. As. MJJ 34797).

Asimismo, la CSJN viene reiterando que para la determinación de la competencia corresponde atender de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace en la demanda, y en la medida en que se adecue a ellos, al derecho que invoca como fundamento de su pretensión. El Dial AA5ECD.13-5-2010.

El Superior Tribunal de Justicia en autos "B. c/ MCR" SD6/2007, expresó "Sin embargo, no puedo dejar de considerar que -por una parte- el pronunciamiento dado ha creado una expectativa valorable de ambas partes en la administración de justicia. Por los actores que acudieron a la vía y aún sin cumplir los recaudos exigibles obtuvieron decisión, aunque no el resultado pretendido; por la Municipalidad, que no opuso como defensa ese incumplimiento, que pudo beneficiarlo, y se sometió al proceso- El defenestrar ahora el decisorio por esta razón formal, en el caso, esta instancia, supondría por otra parte introducir ese control tardíamente, vedando -fundamentalmente- toda posibilidad de defensa por parte de los actores, alterando el equilibrio procesal a favor de la demandada.- Como reiteré en SD N° 4/SCA/06 "Si el proceso cumple una función de servicio, con principios y presupuestos que lo convalidan, no tiene un fin en sí mismo, sino que propende realizar el derecho que viene a concretar y garantizar, por ello, la interpretación de las normas procesales no puede ser

realizada de modo que se constituya en un vallado formal, frustratorio de la garantía de los justiciables, cercenando sus derechos sustanciales. "En caso de duda, debe estarse al principio de la perdurabilidad de la instancia; el criterio de su aplicación debe ser restrictivo, por lo que en supuestos de disyuntivas..., se debe elegir la solución que propicie mantener vivo el proceso. No debe ser utilizada para resolver "de un plumazo" las contiendas incurriendo en abuso ritual inaceptable. De lo contrario se caería en una denegación de justicia y se violarían derechos de raigambre constitucional" (SD N° 02/SRE/03)".

Y en autos se funda la pretensión principal en la Ley 23551.

Así lo entendió el Sr. Fiscal al contestar la vista, y así también la propia Municipalidad, quien no opuso ningún reparo en tiempo, a la decisión adoptada por la sentenciante a dicha resolución.

b) El segundo agravio se relaciona con la supuesta tutela sindical de la actora, y lo funda en que no se verificó el requisito dispuesto por el art. 49 inc. b de la Ley 23551, falta de notificación del fuero sindical que dice ostentar y que de haber ocupado la reclamante cargo de Secretaria de Prensa y Difusión del SOEM sería excesivo otorgarle por los argumentos a los que remite.

En sentencias definitivas, Nro. 52 y 54 del año 1992, eL STJ en SD.18 SER 1998 remitiéndose a ellas, ese Cuerpo en el voto del Dr. Martín, fijó doctrina legal respecto de la naturaleza de los recaudos exigidos para acceder al derecho a la

estabilidad gremial, tal el de la fehaciente notificación al empleador, y fijó la interpretación que cabe dar a las expresiones legales, refiriéndose al carácter recepticio del acto y a la eficacia de las formas. Historió los antecedentes legislativos, señaló -en concordancia con la doctrina- la "ambigüedad" de la terminología y destacó la separación de la jurisprudencia en dos corrientes: la que sostenía que era prueba suficiente el conocimiento por parte de la empresa de la actuación del dirigente sindical, por pública, notoria o evidente frente al empleador, y la que determinaba que el conocimiento directo o indirecto que pudiera tener el principal del nombramiento no era suficiente y no suplía la notificación que debía hacer el sindicato (SD. 54/ 92). Y concluyó -interpretando en aquéllos la Ley 23551- en que se trata de formas de cuya observancia se hace depender el ejercicio mismo del derecho de estabilidad frente al empleador, por lo que, la fehaciencia de la notificación, debe ser probada por instrumento público, o en su defecto por instrumento privado cuya autenticidad debe demostrarse, pesando la carga de la demostración en la parte que la alega.

En autos se debe analizar si previo al despido se le comunicó a la demandada la designación gremial, comunicación que debió hacerse mediante telegrama o carta documento u otra forma escrita (art. 49 Ley 23551). A su vez, el art. 25 del decreto 467/88 (reglamentario de la Ley 23551 de Asociaciones Sindicales de Trabajadores) dispone que "la designación de los miembros de los representantes del personal será notificada al empleador en forma fehaciente, por la asociación sindical representativa del personal de

establecimiento dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de elección".

"A la luz de dichas normas, jurisprudencia que se comparte ha dicho que "la notificación tanto de la propuesta de candidatos como de la designación de un dirigente gremial debe efectuarse en forma tal que luego pueda probarse fehacientemente, es decir por medios que no admitan controversia sin duda alguna y no satisfacen este requisito los simples indicios" (T.Trab. Trenque Lauquen, noviembre 22-994 - González, Ricardo y otro c/ De Lucas, Oscar R., D.T. 1995-B-2092). En el mismo sentido se ha expresado que "incumbe a quien invoca la garantía de estabilidad, acreditar la fecha y hora de recepción de la comunicación respectiva, la que conforme el art. 49 de la ley 23.551 debe producirse mediante telegrama, carta documento u otra forma escrita (D.T. 1988-A, 802)" (C.N.Trab., sala V, mayo 23-994 - Lezcano, Carlos D. c/ Equipamientos Juan José Abraham S.A.; D.T. 1994-B-1754).- (Voto Dr Caneo en SD 100 /1996).

Si bien la actora acompaña nota, mediante la que pretende probar que efectuó la comunicación y que el demandado tenía conocimiento, no ha podido acreditar tales asertos, toda vez que ante el desconocimiento puntual de esta última no se acreditó la entrega de dicha nota.

Y argumentaba el Dr. Nahuelanca con cita de jurisprudencia en dicho fallo, "El reconocimiento tácito que se pretende necesita como mínimo una conexión cierta y no presumida, que no implica exigencia ad-solemnitaten, sino una prueba mínima escrita que admita la inducción total de tenerla por

notificada a la empleadora que resultó notificada. Es la "otra forma escrita" del art. 49 inc. b Ley 23551. El concepto tiene concordante aplicación en la jurisprudencia de la S.C. Bs.As., cuando sienta que la comunicación fehaciente de los arts. 50 y 54 Ley 22105 no implica consagrar un formalismo extremo, pero en algún sector de la prueba debe existir una conexión probatoria cierta con la empleadora que admita tener por cumplimentado el conocimiento por la misma de la calidad gremial del dependiente ("Escudero, Fermín S. c/ Alesia S.A." - T.y S.S. Año 1988-794). La S.C. Bs.As. en el fallo señalado descarta el ritualismo, pero exige una mínima "conexión" escrita cierta y ello porque cuando se prescinde de la prueba más idónea para acreditar determinados hechos, las de otra índole se deben apreciar con mayor severidad (Rep. JA - 1989 - pág. 859, No. 9)".

Y es esto último lo que acontece en autos al reitero no acreditarse la notificación con la prueba más idónea como es la notificación escrita, el resto del material probatorio debe ser apreciado con mayor severidad.

Y a fin de mantener lo que sostengo, sin perjuicio de lo que constantemente entiendo en cuanto a la merituación de la prueba por parte del sentenciante, en los presentes resulta imprescindible introducirse en la misma atento que es la única manera de dar respuesta a los agravios.

Y observo que en el expte. sobre medida cautelar N° 1506/2002 la Sra. Juez de la instancia de grado rechaza la misma al entender que con la documentación acompañada no se acredita la comunicación a la empleadora en forma oportuna y fehaciente de la

designación así como tampoco la toma de conocimiento efectivo.

Y esta Sala confirma la resolución y entre otros argumentos se refiere a la documentación de fs. 15, "Manifiesta observación de memo" 31-8-2001 considerando que no es avalada por documental fehaciente que indique que la empleadora haya tomado conocimiento efectivo y documental de fs 6 "Nota del sindicato a la interesada" de mayo de 2002, insuficiente a los efectos pretendidos, toda vez que no consta que la misma haya sido notificada a la empleadora, como así como tampoco surge de las constancias el término por el que ha sido designada, de allí que al momento de la resolución se desconoce si el cargo se encontraba vigente.

Y señalo ello, ya que con las pruebas acercadas en este expediente no se ha logrado modificar la valoración efectuada en la medida cautelar sobre la documental de fs 6 y 15, esta última que se encuentra glosadas a fs. 427 y cuyo sello de recibido, 31 de agosto (fs. 514), fuera reconocido por el Sr. Intendente, y donde se comunica que no se ha tenido en cuenta que es secretaria de Prensa y difusión del Sindicato, tampoco se trata de la comunicación que se requiere.

En cuanto al intercambio epistolar ante la comunicación de cesantía donde la actora solicita se deje sin efecto la Resolución 460/02 por ser nula al ignorar su actual condición de integrante del sindicato Municipal la misma es contestada por el municipio quien niega que integre o forme parte de alguna asociación y/ o que se le haya notificado (fs. 231/233).

En punto a los testigos, más allá de

entender junto con doctrina y jurisprudencia que tal prueba no resulta suficiente para admitir la notificación la cual debe ser efectuada en forma escrita, advierto que no son contundentes en sus afirmaciones, así V., declara que cree que era secretaria de Prensa y que la MCR conocía el carácter de Prensa y Difusión del SOEM de la actora, porque tienen que pasar las autoridades del SOEM al Municipio; Elgueta, presidente de la Junta electoral, declaró quiénes integraban la comisión, y en Prensa la actora, que la demandada fue notificada en la forma de estilo mediante nota, no recuerda qué funcionarios se encontraban en el acto de proclamación, que las notificaciones se resguardan en el SOEM y que no recuerda si él notificó personalmente el resultado; S., Secretario General de SOEM, manifestó en cuanto es conducente que ganó la lista amarrilla de la que formaba parte la actora, que la demandada fue notificada, mediante nota, que supone que el original ingresó a la Secretaría privada de la Intendencia y la nota del sindicato se perdió en el incendio.

Agregó que se efectuó la notificación, la presentó el asesor letrado del SOEM y no sabe quién la recibió.

Y de tales testimonios y del resto de la documentación no se pone en duda que la Sra. T. formó parte de la lista amarrilla, con el cargo de Secretaria de Prensa, y que fue la ganadora, pero lo que se controvierte y las afirmaciones de los testigos no alcanzan para tener por probado es que la notificación se efectuara.

Y entiendo que la documental de fs. 64/66 se trata no solo de una declaración unilateral

ante escribano, sino que la comunicación al Municipio que alega y que presenta se trata de una fotocopia, más allá de que lleva la firma y sello de secretaria de audiencias, donde no consta fecha de recibido.

Certificando el escribano N. que es copia de la fotocopia que tuvo a la vista (fs. 65).

Y sabido es que la certificación de firmas por Escribano no da al documento carácter de instrumento público toda vez que la plena fe de que goza el instrumento público no se extiende a todas las afirmaciones del oficial público, sino solamente a lo que el ha hecho, visto u oído por suceder en su presencia y en el ejercicio de sus funciones, y atento a la constancia de fs. 64 solo asentó lo que allí se declara y respecto a la comunicación a la MCR (fs. 65), certifica que la presente es copia de la fotocopia que ha tenido a la vista, lo que le no confiere tal calidad.

Ningún valor puede darse a una documental presentada no solo en fotocopia simple, sino que porta una firma que no se ha acreditado a quién pertenece, y solo cabe juzgar la atendibilidad o poder convictivo de un documento cuando previamente se haya establecido su carácter de auténtico, lo que no acontece, “La fotocopia de un documento no es un instrumento privado y, por ello, no puede ser objeto de reconocimiento alguno” DT 2000-A-1062; “Las fotocopias sin respaldo en la realidad carecen de valor probatorio, sino fuesen reconocidas”, DT 1998-B-2421; “Carecen de fuerza convictiva las fotocopias no autenticadas y desconocidas”, Suprema Corte de la Provinca de Buenos Aires, LL 1989-E-248, y más allá de que dicha documentación fue presentada por el perito,

la misma ha sido objeto de impugnación por la actora (fs. 283vta. parte final).

Asimismo, al contestar la demanda no solo negó la documentación acompañada por la actora, sino que al producirse la prueba respecto de la documentación de fs. 64/65 dijo que no existe ni existió secretaría de audiencia, acompañando a fs. 185 libro de notas donde no surge constancia alguna de haber recibido la nota por medio de la que se pretende acreditar la notificación.

Tal nota, más allá de no llevar inserta la fecha de recibido, al ser una fotocopia impidió citar a la firmante para el reconocimiento.

Jurisprudencia que se comparte, ha dicho sobre planteo similar a la hipótesis analizada que: "Tanto la propuesta de candidatos como la designación del dirigente debe notificarse al principal en forma en que se preserven suficientemente las exigencias establecidas en el art. 49 de la Ley 23551 y el art. 25 del dec. reglamentario 467/88 (D.T., 1988-A-802; 812) por lo que no es admisible la prueba de esa notificación mediante testigos o informes provenientes de la entidad sindical a que pertenezcan los interesados" (T.Trab. Trenque Lauquen, noviembre 22-994 - González, Ricardo y otro c/ De Lucas, Oscar R.; D.T. 1995-B-2092) - SD Sala “A” N°100/1996).

“No existen en autos elementos idóneos que demuestren acabadamente que la accionada, al momento de decidir el traspaso del actor se hallase notificada de su designación como delegado gremial. Las testimoniales rendidas no resultan hábiles para tornar operativo un régimen tutelar tan específico como el reglamentado en la ley 23.551 que, como expresa

condición para su operatividad, prevé un recaudo de comunicación formal que, en el caso, se satisfizo con posterioridad a que se decidiera el traslado (en igual sentido, esta Sala in re "Medina, Lidia Beatriz c/ Hospital Británico de Buenos Aires s/ juicio sumarísimo", SD N° 91116 del 18/11/02). En efecto, reiteradamente se ha sostenido que "al no hallarse debidamente notificado el empleador de la situación del trabajador, tal como lo ordena la Ley 23551 en su art. 50 y el decreto 467/88, art. 29, no rige la garantía sindical…" (cf. CNAT Sala X, Sent. N° 9485 del 9/5/01 in re "Unión Personal Civil de las Fuerzas Armadas de la República Argentina c/ Estado Mayor, Círculo Fuerza Aérea s/ juicio sumarísimo")". "Asimismo, y con relación a la importancia del medio empleado para cumplimentar la notificación respectiva por parte de la entidad sindical, se expuso que, "tanto el candidato oficializado como el postulante gozan del derecho a la estabilidad temporal, sólo en la medida en que el empleador haya sido notificado de las circunstancias fácticas que los incluye en la norma y el ordenamiento jurídico ha calificado la prueba con que debe ser acreditada la exigencia de la referida notificación, ya que el art. 49 de la Ley 23551 alude a un telegrama, carta documento u otra forma escrita. Por ello, no son suficientes ni la notificación genérica del comicio o su suspensión, ni los testimonios que podrían arrimarse a la causa, dada la clara imposición legal que ordena la forma probatoria instrumental" (cf. CNAT Sala III Sent. N° 74.218 del 24/6/97, "Calvermater, Horacio c/ Productos Stani SA s/ despido")" SD 97970 - expte. 23054/2009 – "Boldsrini, Adrián Néstor c/ Poder Judicial de la Nación s/ acción de amparo" - CNTRAB -

Valorando tales antecedentes y la jurisprudencia invocada y aún si adoptara un criterio menos rígido, ya que conocidas son las dos tendencias sobre el tema, ya sea constitutivo o ad probationem, no se ha acreditado sin hesitación que el empleador conociera la designación, ya que no solo lo desconoció en la demanda, sino que la actora no desacreditó tal negativa y en consecuencia admito el agravio.

Admitida la competencia y rechazado el agravio relacionado con el fuero sindical, previo a continuar, advierto lo confuso que se tornó el trámite, ya que de la lectura de la demanda se desprende que se inicia "demanda laboral interruptiva de la prescripción contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, por violación de la tutela sindical consagrada en la Ley 23552, a fin de que al dictar sentencia condene a la misma a abonarme las indemnizaciones que fija la normativa legal, intereses y cistas, más las diferencias resultantes a mi favor por haber cumplido funciones a mayor categoría"

Luego narra los hechos por los que atravesó durante la relación laboral, ausencias todas ellas, alega justificadas, persecuciones, intercambio de comunicaciones, hasta que es cesanteada, y agrega que ello adquiere un cariz de gravedad porque ostentaba la calidad d e delegada sindical.

Más adelante indica que el reclamo se circunscribe a los siguientes rubros en atención a lo dispuesto por la Ley 23551, indemnizaciones por despido (art. 52 de la Ley 23551 y 245 LCT), importe por las remuneraciones por el tiempo faltante del mandato sindical, las correspondientes al año de estabilidad

sindical faltante, las correspondientes al año posterior a la finalización del mandato y al efectuar la liquidación solicita los siguientes rubros, antigüedad, periodo faltante de mandato, período de un año posterior y diferencia por categoría.

El demandado, luego de negar los hechos, narrar las circunstancias distintas a las de la actora, finalizó que no surge de los recibos que la remuneración habitual fuera el monto que establece la actora, rechazan que le hubiese correspondido una categoría mayor, que el cargo que ejercía era en la Administración de la Dirección de Desarrollo Cultural, que no existió diferencia salarial y que el despido fue con justa causa.

Producida la prueba la Sra. Juez concluyó que la actora ingresó a prestar servicios para la Municipalidad de Comodoro Rivadavia el 26 de enero de 1993 mediante la firma de un contrato a plazo fijo, habiendo ingresado luego como personal de planta permanente, detentando en un principio la categoría "E" 11 del estatuto de personal municipal, siendo posteriormente reconocido la categoría 2E" 13, desempeñando con posterioridad tareas que puntualiza (fs. 750vta., "debiendo por ello estar encuadrada en la categoría 23 del escalafón de empleados municipales.

Decisión que llegó firme, ya que el demandado se limitó a cuestionar solo la competencia y el fuero sindical.

La Sra. Juez a fs. 751, segundo párrafo, señaló en cuanto al modo y causa de extinción de la relación laboral, así como a la existencia o no de justa causa de terminación de la misma y a la existencia o no de tutela sindical, decidió en primer

término determinar si la actora gozaba o no de garantía gremial al momento de finalizar el vínculo y concluyó que la actora integró la lista amarrilla ganadora en el SOEM y que dicha proclamación fue debidamente notificada a la MCR, y al no haberse cumplido con el procedimiento previo de exclusión de tutela sindical, la causal de despido queda invalidada por lo que el despido dispuesto deviene indemnizable, correspondiendo el pago de las indemnizaciones establecidas en la LCT más la indemnización agravada por la Ley 23551.

Atento a ello y habiendo decidido que la actora no probó haber notificado al Municipio el fuero gremial que ostentaba, y ante lo que entendió el demandado y la Sra. Juez, que la actora cuestionaba también el despido por no existir causa, es que daré respuesta a ello.

Y entiendo y adelanto que el despido de la Sra. T. gozó de causa suficiente, no pudiendo dejar de resaltar que la actora en el telegrama agregado a fs. 231 reclama que se deje sin efecto la resolución 0460/02, por ser la misma nula de nulidad absoluta por cuanto ignora su actual condición de integrante del Sindicato Municipal, no objetando las razones alegadas por el Municipio en la Resolución 0460/2002, sin cumplir con los medios impugnativos que la Ordenanza 6418/97 le acuerda.

Pero más allá de ello surge del legajo personal N° 1899, la resolución N° 0460/02 donde se dispone su cesantía, con fundamento en el art. 95 inc. a del EEPM, como causal las faltas sin justificación convalidada por la Autoridad de aplicación durante 5 días continuos o diez discontinuos en el año calendario.

Y en el legajo consta a fs. 234 las inasistencias sin justificar de la Sra. T., en abril de 2002, las que superan lo previsto para todo el año y que se encuentra avalado por las constancias de fs. 247, 244, 240, 238, 239, 236.

Ello justifica la decisión adoptada, pues sin desconocer los trastornos de salud y los hechos que surgen del expediente penal acompañado, y la operación que se realizara y que la obligaba a guardar reposo desde el 17 de abril al 26 de abril del año 2002, advierto que las circunstancias que originaron el expte penal acaecieron en 2001 y los días de reposo a los que se refiere la documental de fs. 433 no fueron merituados a fin de tomar la decisión.

Asimismo, debe recordarse que se trata de un acto emanado de la administración pública, los que gozan prima facie de una presunción de legalidad, por cuanto la demostración de su arbitrariedad o ilegalidad debe desarrollarse con la mayor precisión y claridad posible, valiéndose de razones fundadas y de pruebas contundentes que evidencien claramente la veracidad de lo invocado.

En consecuencia, considero que sin perjuicio que la actora solicitara la diferencia de remuneración por categoría 23 durante dos años (fs. 110 y 11), atento a que la Sra. Juez decidió que la categoría 23 la ostentaba desde febrero de 1999, hasta mayo de 2002 y tal decisión arribó firme a la alzada, corresponde estar a lo que la Juez de la instancia de grado decidiera al respecto, punto II) a) de los considerandos y punto 1) del fallo con relación a lo decidido en el presente considerando.

Costas y honorarios deben adecuarse. De

acuerdo lo resuelto y que ambas partes resultaron perdidosas y ganadoras en alguno de las pretensiones, las impongo por el orden causado en ambas instancias.

Los honorarios, que los difiero para el momento del acuerdo, corresponde sean fijados en porcentuales y teniendo en consideración el resultado obtenido, la posibilidad que las pretensiones prosperen, el trabajo profesional y demás pautas de los arts. 5, 6, 7, 8, 9, 46 último párrafo, y 13 de la ley de aranceles.

A la segunda cuestión la Sra. Juez de Cámara Marta Susana Reynoso de Roberts dijo:

1) Rechazar el planteo de incompetencia de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia.

2) Admitir el agravio relacionado a la tutela sindical, de acuerdo al considerando respectivo.

3) En consecuencia y no resultando objeto de agravio, la categoría y fecha desde dónde y hasta cuándo debe computarse la categoría otorgada por la Sra. Juez a la actora, condeno a la MCR a abonar a la Sra. M. I. T. la suma que resulte de la liquidación a practicar por el perito contador actuante en la etapa de ejecución de sentencia, respecto a ese ítem y de un todo de acuerdo con lo resuelto por la Sra. Juez en el punto 1) de la sentencia.

4) Imponer las costas por su orden y diferir la regulación de los honorarios para el acuerdo.

A la primera cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Viene a mi conocimiento el presente pleito por apelación deducida por la parte actora a fs. 763, los letrados de la actora por la regulación de sus

honorarios fs. 764, por la demandada a fs. 765, desistiendo la actora del recurso a fs. 769, contra la sentencia definitiva nro. 17/2011 del Juzgado Laboral nro. 1 de la jurisdicción.

La sentencia definitiva venida en crisis hizo lugar a la demanda y condenó a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia a abonar a la Sra. M. I. T. la suma que emerja de la liquidación a practicarse, con más los intereses. Impuso las costas al municipio y reguló los honorarios de los profesionales actuantes.

A fs. 770/791 obra agregada el memorial de agravios de la parte demandada.

Se queja de la incompetencia del Juzgado laboral para resolver la incorrecta valoración de la tutela sindical de la actora.

Como tercer agravio: la cuestión sindical fue resuelta en el expte. 1970/2003.

Los agravios de la demandada fueron contestados a fs. 793/800vta.

No efectuaré el detalle de las quejas de la demandada por haber sido desplegado en los fundamentos de los votos de quienes me precedieron.

Iniciaré el tratamiento de los agravios recordando que esta sala B que integro en oportunidades anteriores dijo, siguiendo criterio del Superior Tribunal de Justicia de nuestra Provincia, en autos del Juzgado de Ejecución N° 1 caratulados: "A., R. c/ MUNICIPALIDAD de COMODORO RIVADAVIA s/ ORDINARIO (Contencioso-Administrativo) s/ INCIDENTE DE COMPETENCIA" (expte. 97/2010 – Sent. Int. 45/2010).

A fin de resolver la cuestión de competencia venida en tratamiento, cabe señalar que en diferentes pronunciamientos el Superior Tribunal de

Justicia, siguiendo enseñanzas de la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que para determinar la competencia, debe atenderse de modo principal a la exposición de los hechos que el actor hace en la demandada y después, en la medida en que se adecue a ello, el derecho que invoca como fundamento de su pretensión, así como la naturaleza jurídica de la relación existente entre las partes (Interlocutorias Nro. 59 y 60/SCA/03; 5, 35, 39, 48/SCA/05; 2/SCA/06, S D.7/SRE/09 entre otras). Resultando criterio determinante el derecho aplicable, pues "el juez debe decidir sobre la competencia con abstracción del régimen normativo alegado" (CNFed. En pleno, in re "B....", LL 1978-C-5 cit. por el Dr. Caneo en S.D Nro. 7/SRE/09 del S.T.J.Ch).

También ha dicho que el verdadero fundamento de la competencia se halla dado por la norma objetiva que de manera preponderante ha de utilizarse para dirimir la contienda, teniendo en cuenta la descripción que de los hechos se efectúa para encuadrar la pretensión, determinando "prima facie" en qué esfera del derecho se desenvuelve la situación jurídica, en la medida necesaria para dirimir el conflicto, considerando las consecuencias jurídicas en la concreta situación a definir por medio de la sentencia, y sin que ello implique avanzar en un juicio definitivo sobre cuál ha de ser, en última instancia el régimen legal aplicable (cf. SI N° 84/95, 96/95, 7/SCA/98, 10/SCA/99, 48/SCA/2005).

Dicho esto voy a determinar que se pidió en la demanda, teniendo en cuenta que la demanda es una carga procesal de importancia extrema. Fija la acción articulada, la cosa demandada y los hechos en que se

funde (ver Fassi-Maurino "Cód. Proc…", t.3, pág. 105, ed. Astrea-2000). La demanda contiene el objeto inmediato de la pretensión formulada, la clase de pronunciamiento judicial que se persigue.

De la lectura de fs. 102/113 en el objeto dice que hubo violación a la ley sindical 23551, reclama indemnizaciones, su reimplantamiento en el cargo público que ocupaba, reconociendo que el municipio local no consideraba que la actora ocupaba cargo en el gremio que los aglutina, e incluso con una medida cautelar rechazada en primera y segunda instancia.

Del relato de los hechos analiza su relación de empleo público con el municipio demandado cuestionando además de un supuesto mal encuadre en el escalafón, el acto administrativo de cesantía. Cerrando su petición en las indemnizaciones derivadas del amparo sindical y diferencias salariales a las que aludió cuando detalló su tarea y su categoría.

A la luz de este extracto de la pretensión efectuado que existe un desdoblamiento del objeto y así fue abordado por la sentenciante de grado en el fallo venido en crisis (fs. 750vta.) se estableció que la Sra. T. estaba mal encuadrada en relación a la tarea realizada. Seguidamente se decidió en dicha resolución judicial que estaba al momento de la cesantía bajo la tutela sindical.

Por ello, a mi modo de ver existen dos pretensiones, el amparo sindical y la protección dada la tutela que la ley prevé y la revisión del acto administrativo dispositivo de la cesantía pero la primera esta subsumida en la segunda sin que sea factible una escisión.

En cuanto al primer punto no desconozco que reiterada y constante jurisprudencia ha entendido que no existe distinción respecto de la tutela sindical, que comprende a todos los trabajadores, incluidos los empleados públicos y que las contiendas que se susciten en torno a su aplicación son competentes los jueces laborales.-

La regulación de la Ley 23551 es absolutamente independiente de la de los regímenes locales y obviamente se superponen en los casos que se suscitan en relación a los empleados públicos que ocupan a su vez cargos en las organizaciones sindicales que los nuclean, pero de ello no se sigue que esta Corte, por tener atribuida competencia originaria y exclusiva sobre la materia contencioso administrativa deba entender en las demandas promovidas por estos en ejercicio de garantías que le han sido reconocidas por el hecho de ser dirigentes sindicales y no por la situación jurídica que ocupan frente a la administración en virtud de la relación de empleo público que a ella los liga ("Cunsnir, Roberto y otro c/ Municipalidad de Morón s/ Dif. y desp. - cuestión de comp. art. 6° C.C.A." - SCBA - B 55008 I - 6-4-1993 - citar: elDial.com – W60C8).

Pero en la especie en los requerimientos la parte actora, invocando el art. 52 de la Ley 23551 como fundamento causativo de la nulidad de cesantía y, por ende, determinante de las indemnizaciones que pretende no muta la naturaleza administrativa del acto de igual índole.

También dijo la CSJN: "Posteriormente en la causa "Bóveda" (Fallos: 326:2325) la Corte nacional reafirmó esta línea jurisprudencial al sostener -con

cita de diversos antecedentes de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo- que la Ley 23551 es aplicable "aún en el marco de la relación de empleo público" resolviendo la suspensión de las sanciones de apercibimiento y multa impuestas a un empleado judicial que acreditó su condición de delegado gremial "hasta tanto se resuelva la exclusión de la tutela sindical que lo ampara" (ver citar: elDial.com - AA2A88TRIBUNAL SUPERIOR - 27/04/2000).

Situación esta que no se dio en la especie. Por cuanto la Sra. T. no acreditó su condición de gremialista, ni tampoco existió un reclamo por reinstalación ni ninguna de las acciones previstas en dicha normativa legal, más aún habiendo sido rechazada su petición anterior, sin que implique desconocer el estrecho marco cognoscitivo en autos "T. c/ Municipalidad", expte. 1506/2002 acompañado como prueba la provisionalidad de la decisión.

En tal sentido se ha dicho "La demanda, que en el caso se trata, una controversia suscitada con motivo de la extinción unilateral de una relación jurídica de empleo público que, según el actor, sería ilegítima por no haberse observado las prescripciones del artículo 52 de la Ley 23551. El actor no reclama la reinstalación en su situación de dependiente de la entidad en la que prestaba servicio, acudiendo al proceso sumarísimo que a tal efecto estatuye el precitado dispositivo legal, segundo parágrafo, para hacer efectivo in natura el restablecimiento en el goce de la libertad sindical que tal proceso garantiza, supuesto este último que, por el contrario, sí se configuraba en autos "Sana, Bartolomé y otro vs. Caja Popular de Ahorros de la Provincia s/ acción de amparo"

(elDial.com - BB3D31 STJ de la provincia de Tucumán).

No es menos importante señalar con especial énfasis que los abocamientos a los cuales ha hecho lugar tanto la Corte Suprema de la Nación (fallos 326:2325, 325:1420) como máximos tribunales provinciales, a los correspondientes a la justicia laboral, han dejado sentado que el actor acreditó la condición de gremialista, es decir no era ello el punto de discusión, como en la especie que, remarco, no fue acreditada la misma, sino invocada luego de una fallida decisión de esta misma Alzada en su contra.

Los términos de la acción que ha sido articulada en el escrito de inicio como acto jurídico constitutivo de las pretensiones demandadas es de indudable índole administrativa y en razón de esa materia es competencia, de considerarse habilitada la instancia de esta Cámara de Apelaciones con competencia contenciosa administrativa y no el juzgado laboral.

A todo lo cual agrego que es de aplicación lo dispuesto en el art. 2 de la LCT, art. 131 Ley 3098.

El recurso de apelación comprende el de nulidad por defectos de la sentencia. Ante la posibilidad de interponer recurso de apelación contra la sentencia definitiva (art. 242 inc. 1) CPCB, al unísono se abre la vía del de nulidad. El recurso de nulidad opera contra las resoluciones por: a) defectos de forma, que hacen al lugar y al tiempo en que fueron dictadas, a la forma propiamente dicha y los que afectan el decisorio en cuanto a la resolución judicial considerada como instrumento público; b) defectos de estructura, son los que refieren a la ausencia en el fallo de los elementos que le son particulares y

exclusivos, que le dan su apariencia exterior de acto jurisdiccional, tal la ausencia de fundamentos en la sentencia o plazo para su cumplimiento; y c) defectos de calidad, son aquellos que anulan la resolución porque carece de los fundamentales para configurar un acto jurisdiccional, es el caso de una sentencia dictada por un juez incompetente, en que el vicio no es purgable o no se encuentra consentido (CSPcia. de Bs.As.- 1-11-2007, elDial.com - W19196).

Al dictarse una resolución por juez incompetente corresponde se declare de oficio la nulidad de la misma (elDial.com - AZ279).

"Considerando que la competencia en razón de la materia, es de orden público y por ende indisponible para las partes, entiendo que en autos no sólo debería declararse la nulidad de las sentencias por las razones antes desarrolladas, sino también por la incompetencia de los jueces que las dictaron" (citar: elDial.com - AA3B0A).

Por último señalo que la competencia en razón de la materia es determinada exclusivamente por la ley; ella no depende de la voluntad de las partes… Dado el carácter inderogable y de orden público que caracteriza a la competencia "ratio materiae" hace que resulte indisponible por voluntad de los particulares. Sobre tales principios, uniformemente, se ha decidido la procedencia oficiosa de la incompetencia cuando es absoluta (ver Fenochietto, "Cód. Proc….", t.1, pág. 35 ed. Astrea).

Dictada la precedente nulidad, que quedó habilitada por la interposición del recurso de apelación de la demandada, por imposición procesal ha de pronunciarse el Tribunal (art. 253 CProc. DJ art.

255), que expresamente la normativa lo determina frente a cualquier causa motivante de dicha sanción.

Toda vez que esta Cámara es competente en la materia (del fuero) contencioso administrativa, no existe impedimento para expedirme cumplimentada la manda procesal.

Por todo lo cual me pronuncio.

1.- En primer término me expido respecto de la invocación de la actora Sra. M. I. T. respecto de la tutela sindical, seguiré criterio en este punto del STJ "El artículo 49 de la ley 23.551 requiere para dar lugar a la garantía de estabilidad gremial, que la comunicación al empleador de la designación se formule en forma escrita, a diferencia de las anteriores disposiciones legales sobre la materia que admitían las formas escrita o fehaciente. La debida designación es, ciertamente, el presupuesto necesario de la misma comunicación; pero en tanto que esta no exista, aquella, por sí sola, no es constitutiva del derecho a la estabilidad sindical. La exclusividad de la forma escrita como medio de prueba significa, obviamente, que no basta probar por otros medios -testigos, presunciones, por ejemplo- que el empleador ha tenido conocimiento de la designación. Por otra parte, lo que hay que probar no es que el empleador haya tenido conocimiento de la designación, sino el acto de haberle sido comunicada - "comunicación"-. Y tal acto está dirigido a persona determinada o, como se puede decir, es un acto recepticio (Trib.: Cámara de Apelaciones - Sala B – Trelew -elDial.com - BCF32).

La absolución de posiciones de la actora, así como las declaraciones testimonial de fs. 283/284 da cuenta que la notificación por escrito a la

municipalidad de demandada se extravío en un incendio, las afirmaciones del testigo de fs. 258vta. no superan la exigencia contenida en la ley por lo cual considero que la Sra. T. no se encontraba amparada por la tutela sindical, rechazando tal pretensión.

Para mayor fundamento cito: "resulta inobjetable el fallo que rechaza el reclamo de indemnización especial por violación de la estabilidad gremial, si no llegó a la esfera jurídica del empleador con anterioridad al despido del trabajador la comunicación fehaciente de la designación de éste en calidad de representante sindical.

"No se ha acreditado el recaudo exigido por el art. 49 inc. "b" de la ley sindical 23.551. La decisión se encuentra encuadrada en los principios que informan la doctrina legal, según el texto expreso del art. 49 de la ley de organizaciones sindicales N° 23551, el cual precepta que, para surtir efecto la garantía establecida (para los casos de los arts. 40, 48 y 50 del mismo cuerpo normativo) se requiere que el nombramiento se haya efectuado cumpliendo con los requisitos legales y que fuera comunicado fehacientemente al principal la calidad de dirigente gremial del demandante. Que tal conocimiento llegue a la órbita del principal constituye la carga probatoria que la ley pone en cabeza del trabajador para tener derecho a dicha "tutela" y en caso de violación, a la indemnización sustitutiva. Tal notificación por imperio legal es constitutiva del derecho a la estabilidad que el ordenamiento sindical garantiza. El goce del derecho a la estabilidad debe ser evaluado con el rigorismo que exige todo caso de excepción"

"La exclusividad de la forma escrita

como medio de prueba significa, obviamente, que no basta probar por otros medios (testigos, presunciones, por ejemplo) que el empleador ha tenido conocimiento de la designación... lo que hay que probar no es que el empleador haya tenido conocimiento de la designación, sino el acto de haberle sido comunicada (comunicación) y tal acto está dirigido a persona determinada o, como se puede decir, es un acto recepticio. La ley entonces descarta todo otro tipo de notificación no escrita" (elDial.com - AA648B).-

Me pronuncio al respecto reafirmando la postura que no acreditada la situación de tutela gremial por la accionante, el procedimiento se estructura en cuanto a los reclamos sobre la decisión de cesantía acto administrativo y la revisión de la situación en la categoría acordada por el escalafón y las diferencias de remuneración.

2.- La accionante a fs. 102vta. relata que fue cesanteada por 0460/2002 por el Sr. Intendente municipal, relata la forma en que fuera notificada, y que se desempeñaba como Directora del CEPTUR y que en oportunidades anteriores había solicitado la revisión de su situación escalafonaria (fs. 103vta.).-

Su reclamo no se limitó a la revisión del acto administrativo que disponía su cesantía, sino que en el relato que efectúa hace saber que desarrollabas tareas de mayor jerarquía de la cual no fue encasillada conforme el escalafón vigente para el personal del municipio, reclamando la diferencia de haberes.-

En apretada síntesis dijo, que por Resolución 3189/95 se le otorgó la categoría 18 del escalafón, revocado por Resolución 3389/95, lo que fue

cuestionado por la accionante sin resultado favorable.

Que por Resolución nro. 1305/01 se designó a otra persona como Coordinadora del Centro de Exposiciones e Información Turística, mientras que la actora se encontraba de licencia por diversas cuestiones personales, familiares y de salud que relató. El 17 de agosto del 2001 fue trasladada por 180 días a la Dirección de Cultura. Concluye que se decidió la cesantía cuando se encontraba de licencia médica.

Demanda a fs. 110, además de las indemnizaciones por su condición gremial, ya tratada, dos años de diferencias salariales por la tarea de mayor jerarquía en que desplegó su debito laboral.

Devino sin discusión el carácter de empleada pública de la actora, centrándose el tema de debate en el acto administrativo que dispuso dejar cesante a la Sra. T. y las tareas realizada de mayor jerarquía y el pago de las diferencias.

El Sr. Ministro Dr. Royer ha dicho "En mi voto, en S.D. N° 5/SCA/97 así lo decía: "... Las consecuencias emergentes de la declaración de nulidad de los actos administrativos constituyen el objeto y la razón de la existencia de la acción contencioso administrativa de plena jurisdicción, y hacen indivisible la pretensión, que por voluntad del actor y por el medio adecuado a tal fin, fue acumulada a la principal, de materialidad manifiestamente administrativa". Siguiendo a M.M. DIEZ añadía... "Todas las pretensiones que no sean incompatibles entre sí, y se deduzcan en relación con un mismo acto o disposición podrán ser acumulables en un proceso administrativo... cuando ello acontece resulta configurado un proceso acumulativo al que cabe definir como aquél que sirve a

la satisfacción de dos o más pretensiones...justificado en razones de economía procesal,... y en la seguridad jurídica que tiene en mira la necesidad de evitar la posibilidad de pronunciamientos contradictorios a que puede conducir la sustanciación de pretensiones conexas... La acumulación objetiva sucesiva... se da cuando una pretensión es interpuesta con la condición de que previamente sea acogida otra que actúa como presupuesto de ella…" "Tal la pretensión de plena jurisdicción …típica de condena, que si bien importa acumulación de la de nulidad y de la de reparación, no supone dos jurisdicciones distintas ni dos procesos distintos, y será un mismo Tribunal el que interviene... pretensión que se instaura en lo que se llama el "proceso administrativo de plena jurisdicción", medio específico con que el Poder Público cuenta para actuar la protección de los administrados". Criterio que recientemente se ha reiterado en S.I. N° 61 ("P..."). GONZÁLEZ PÉREZ completa su análisis exponiendo que aquella clasificación se refiere a otros tipos de pretensiones: el de las declarativas o de cognición, que a su vez se diferencian de las de ejecución o ejecutivas, constituyendo esta una distinción esencial de que hay que partir. En las primeras, se solicita al órgano jurisdiccional una declaración de voluntad –una sentencia- frente al demandado y dan lugar a un proceso declarativo o de cognición que termina normalmente con la declaración de voluntad en la que se actúa la pretensión de la parte si a juicio del órgano jurisdiccional es conforme a Derecho, o se niega a actuarla en caso contrario. Estas pretensiones declarativas o de cognición las divide en tres tipos

fundamentales: declarativas en sentido estricto, constitutivas y de condena, en razón de la declaración de voluntad que se solicita del órgano jurisdiccional. Esta última clasificación de las pretensiones resulta ajustada a la de los procesos que efectúa el mismo autor y se extiende a las sentencias.

Así, en el proceso administrativo declarativo, la pretensión deducida puede limitarse a solicitar una declaración que no producirá otro efecto en la realidad jurídico- material que el reconocimiento de algo existente. El supuesto típico –nos dice el autor- es el de la pretensión de que se declare la ilegitimidad de una disposición general, o bien de acto administrativo nulo de pleno derecho, porque se considera que en tal caso el acto "nació viciado" y la sentencia entonces al declararlo no modifica la realidad. En este caso –dice- la sentencia estimatoria no tendrá otro alcance que la declaración de nulidad de pleno derecho.- Se corresponde así este tipo de proceso, con la acción de nulidad o recurso de ilegitimidad.

Acoto aquí que el Cuerpo sigue a HUTCHINSON, que estima que no hay distinción entre acto nulo y anulable porque el nulo de pleno derecho igualmente existió y produjo efectos que deben revertirse (S.D. N° 6/SCA/02, 5/SCA/03) entendiendo que la sentencia siempre producirá modificaciones en la realidad existente, y por ende no será mere declarativa. En el proceso administrativo constitutivo, continúa GONZÁLEZ PÉREZ, la pretensión deducida puede no limitarse a solicitar una declaración de nulidad, sino que puede pedirse además, el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación jurídica.-

En tal caso, la sentencia estimatoria producirá efectos en la realidad jurídica material (Tomo I – pág. 69).

Por último, en el proceso administrativo de condena, la pretensión deducida puede concretarse en la petición de que se obligue al demandado a una prestación de dar, hacer o no hacer. La tutela judicial efectiva puede exigir algo más que una simple declaración o que el nacimiento, la modificación o la extinción de una relación jurídica. Y la sentencia dará lugar a la ejecución forzada (pág. 65/66) ("D. S. P., I. c/ MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA s/ Ejecución de Sentencia" (expte. N° 15.936-Año 2.006)" (Expte. N° 20.851-D-2.007), Sentencia del 9-12/2007 contencioso Administrativo).

Ha quedado limitado, sin lugar a dudas, el reclamo de la accionante, lo cual insta la revisión previa de los presupuestos de admisibilidad de la pretensión.

En tal sentido y siguiendo también al máximo tribunal de la Provincia, digo: La habilitación de la instancia, no ha sido planteada en la instancia de grado. "Conectando, esta exigencia con la legitimación activa (se refiere a la habilitación de la instancia), "aun cuando no opuesta, siempre cabe el análisis de oficio de su existencia", por cuanto la conformación regular de la traba de la litis, que se vincula con la estructuración adecuada de la relación jurídica procesal, es uno de los presupuestos básicos del proceso. De allí que, cuestionada la satisfacción de los recaudos que permitían acceder al actor al proceso, ésta es la previa tramitación de la vía administrativa –definición propia de la falta de habilitación de instancia perteneciente al ámbito del

derecho administrativo-, ello implica en definitiva una negación de su legitimación para obrar y tratándose de un requisito esencial del derecho de acción implicado en la comprobación del cumplimiento de presupuestos procesales requeridos por la ley, condición de admisibilidad intrínseca de la acción o pretensión podía caber entrar en el juzgamiento de la acción o fundabilidad de lo pretendido, cf. Morello Sosa Berizonce, "Códigos Procesales", ed. Platense, 2da. edición t.I, pág. 221. Ello, estimo, siempre en la medida en que la falta de legitimación que la ausencia de este presupuesto apoya, haya sido planteada por el Estado demandado, admitiendo la doctrina de la renunciabilidad... Del mismo modo que este cuerpo ya lo advirtiera en otras oportunidades, es notoria la dificultad en tipificar esta defensa. El fundamento sustento de aquella, es la omisión de acreditar la finalización del procedimiento administrativo en sede administrativa, materia propia de la "falta de habilitación de la instancia". Sin embargo si de cuestionar la legitimación para obrar se trata, más allá del "nomen" la misma resulta idónea porque en definitiva se controvierte la ausencia de un requisito procesal de admisibilidad, examinable en la oportunidad de la sentencia definitiva con carácter previo al examen de fundabilidad, o bien con tratamiento como defensa de previo y especial pronunciamiento de ser manifiesta por razones de ahorro procesal… la reclamación administrativa previa –en el marco de cualquier acción de las previstas por el ordenamiento legal- es un requisito, un recaudo más, que se establece para habilitar la jurisdicción, y admitir un pronunciamiento sobre el fondo de las cuestiones

debatidas –o a debatir- por las partes en un proceso. Sobre su sentido, propósito o finalidad, en el sublite no se ha discutido. En este orden habré de decidir que el ejercicio de derecho de acción de pretensión según la concepción a la que se adhiera, es de los relativos, sujetos a las leyes que reglamentan su ejercicio. Todo ordenamiento ritual prescribe recaudos que deben cumplirse para el acceso a la jurisdicción, muchos que nadie osaría discutir. Desde el pago de las Tasas de justicia -de lo que dicho sea de paso las leyes también eximen al Estado- como de ciertas condiciones de capacidad, legitimación y hasta actuaciones previas, algunas de las cuales no solo hacen a la admisibilidad, sino a la propia fundabilidad de las pretensiones" (autos "H. G., N. c/ Pcia. del Chubut y otros s/ sumario", expte.17.103-H-999).

Cuestionados los actos administrativos de cesantía, traslado de lugar de trabajo, funciones desarrollas, y condena al pago de diferencias salariales, implican la revisión en el marco de la ley XVI nro. 46 arts. 135 y concordantes (antes 3098) y tanto de la exposición en el libelo de inicio como en las demás constancias de autos, no surge el cumplimiento de reclamo administrativo previo que habilite esta instancia, impidiendo el acceso a esta vía por incumplimiento de los recaudos exigidos en la normativa vigente, independientemente de los nombres utilizados ambas constituyen una defensa de falta de acción. Por tales motivos, la falta de habilitación de la instancia conducen al rechazo de la demanda.

3.- Carece de virtualidad jurídica expedirse respecto de la apelación de honorarios de los letrados de la parte actora.

Las costas se imponen por principio objetivo de la derrota a la actora vencida (art. 69 del CPCCCh). Difiero la regulación de los honorarios de los letrados actuantes al momento del Acuerdo.

A la segunda cuestión la Dra. García Blanco dijo:

Propongo:

1.- Declarar la nulidad de la sentencia definitiva nro. 17/2011 del Juzgado Laboral nro. 1 de la jurisdicción y dictarse nuevo pronunciamiento, conforme los considerandos respectivos.

2.- Rechazar la demanda incoada por M. I. T. contra la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, según considerandos respectivos.

3.- Declarar carente de virtualidad jurídica expedirse sobre la apelación honorarios de los letrados de la actora por bajos.

4.- Imponer las costas a la actora y diferir la regulación de los honorarios de los profesionales actuantes a momento del Acuerdo, según considerando respectivo.

A la primera cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

La sentencia que proviene del Juzgado Laboral de Primera Instancia de esta Jurisdicción, dictada en fecha 4/3/2011, hace lugar a la demanda interpuesta por la parte actora M. I. T. y condena a la Municipalidad de Comodoro Rivadavia a pagar el monto que resulte de la liquidación que manda a practicar. Impone las costas a la vencida y regula honorarios (fs. 742/758vta.).

Apela la accionante por derecho propio a fs. 763 y por bajos los honorarios la representación

letrada de la misma parte a fs. 764. A fs. 765 recurre la parte demandada. Los recursos se conceden a fs. 766.

Bajo apoderamiento letrado, los agravios de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia siguen a fs. 770/791vta. Primer agravio. Sostiene la incompetencia del Tribunal para resolver, destacando la condición de empleado público de la actora. Señala que si bien inicia la actora en origen un reclamo por violación de la libertad sindical, la demanda se funda en la impugnación de la Resolución Municipal N° 460/02, de evidente naturaleza administrativa, con lo que si bien abunda en la fundamentación, en definitiva el concepto que propugna es la señalada incompetencia, propio de la aplicación del art. 2 LCT que excluye de la normativa a los dependientes de la administración pública. Cita jurisprudencia y sostiene que se viola la garantía del juez natural del art. 18 C.N. Segundo agravio. Entiende que existe una incorrecta valoración de la materia sobre tutela sindical, sin el debido análisis de la resolución municipal, que decide la cesantía por la conducta desplegada por la parte actora, omisiones acreditadas y faltas injustificadas, resultando el fallo arbitrario por no verificarse los supuestos de la normativa Ley 23551. Formula amplia fundamentación al respecto, sosteniendo que ni la actora ni la sentencia demuestra que su parte fue emplazada conforme con las exigencias del art. 49 de la Ley 23551. Tercer agravio. Sostiene por el presente agravio que la cuestión sindical se encontraba resuelta en el expte. N 1970 año 2003 y que si la lógica, la jurisprudencia y la doctrina enseñan que no se pueden obtener dos decisorios en sentidos distintos sobre una misma pretensión, el expte. citado había producido cosa

juzgada y sorprendentemente el Juzgador no lo advierte; que incluso la cuestión se produce con la intervención de la Alzada cuando resolvió el rechazo del recurso de apelación de la Sra. T. con fecha 9/8/2002, en los autos caratulados "T., M. I. c/Municipalidad de de Comodoro Rivadavia s/Medida Cautelar", expte. N° 1506/2002. En inc. d) de fs. 787vta., considera omitida la consideración de presunción de legitimación de los actos de la administración, contenida en la resolución Nro. 0460/02 de fecha 23 de abril de 2002, asimismo, interesado su concepto por haberse dictado una nueva Ordenanza N° 6418/97, consistente en un nuevo Estado y Escalafón del Personal Municipal, incidente las cuestiones sindicales sobre reconocimiento de las entidades sindicales (art. 104 Ord. Mun.) y que en las relaciones del contexto normativo no se desprende que la Sra. T. hubiera estado comprendida en la tutela sindical. Sin perjuicio de la mayor amplitud de los fundamentos, sostiene en definitiva que la actora no demuestra vicios de nulidad de la Resolución N° 460/2002. Reserva el caso federal.

La actora contesta los agravios a fs. 793/801, contraponiendo argumentación a los agravios expuestos. Así, en lo concreto entiende que no existe incompetencia por partir la de la sentenciante del art. 63 de la Ley 23551 que fija la competencia laboral y que por otra parte para determinarse la competencia debe estarse al contenido de la demanda. Cita asimismo jurisprudencia de la S.C. Bs.As. que revoca la sentencia que declaraba la incompetencia laboral porque de la relación contractual exhibida no surgía la notoria existencia de una relación de empleo público como además por la oportunidad que otorga el art. 3 Ley

69 y por efectos de radicación de la causa. Al segundo agravio contrapone que sí hubo comunicación debida de la delegación sindical conforme al art. 49 inc. b) Ley 23551, de la Junta Electora de proclamación de autoridades, que consta en los autos "T., M. I. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ diligencias preliminares", expte. N° 1970 año 2003, la fotocopia del acta de resolución respectiva, como asimismo los informes pertinente del Sindicato y publicaciones correspondientes. Al contestar el tercer agravio considera erróneo que la cuestión resultara fallada, primero porque se trata de una medida cautelar que fuera desestimada, por lo que no causó estado, cita jurisprudencia. Con referencia al cuarto agravio, sostiene en principio una contradicción del argumento pues a la vez de sostener la legitimidad de la resolución, pretende se discuta la validez o nulidad, pero sostiene que de la sola lectura de la Res.460/02, surge la violación a la Ord. 485/76, a poco se advierta las garantías que otorga el art. 26 inc.4°), cuando previene sobre la audiencia de la parte interesada sobre los hechos y circunstancias causantes de la resolución, en tanto sostiene que ni siquiera surge el análisis de los certificados médicos presentados oportunamente. Reserva asimismo el caso federal.

El caso planteado no resulta nuevo en la jurisprudencia de esta Cámara, la que en su oportunidad, ha resuelto respecto a lo que constituye el primer agravio, la competencia controvertida por la interesada al resolverse la cuestión por un Tribunal Laboral.

El antecedente correspondió a los autos caratulados: "I., M. c/ MUNICIPALIDAD DE COMODORO

RIVADAVIA s/ demanda laboral", expte. N° 12.871/2002, en la que asimismo devenía sentencia dictada en sede laboral, donde la vinculación contractual era de empleo público. La cuestión se resolvió por aplicación de la jurisprudencia del Excmo. Superior Tribunal de Justicia en los autos caratulados: "A. T. C. S.R.L. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ ordinario", expte. N° 16.045-A-1997, porque la misma establecía que el juicio no quedó subsanado por el hecho que las partes y el Órgano consintieran la jurisdicción, ya que la incompetencia en razón de la materia es justamente donde la ley no cede, por ser de orden público e irrenunciable, por lo que la nulidad de la sentencia debía declararse de oficio. Esta nulidad, aunque no se declare la nulidad de los procedimientos anteriores a la sentencia por consentidos y en tanto, los presupuestos lo son de la admisibilidad de la pretensión, "... lo cual podrá verificar la Cámara al momento de sentenciar" (cf. autos cit.: "A. T. C...", ler.voto).

Debe sin embargo dejarse a salvo la hermenéutica del Excmo. S.T.J. respecto al art. 131 "in fine" de la Ley 3098, señalando que la competencia de la Cámara admite una excepción, cual es una opción a favor del administrado en los casos de ejercitarse la acción administrativa de plena jurisdicción (la que se ejercita contra el acto administrativo más la acción civil de restablecimiento de un derecho y/o resarcimiento de daños y perjuicios), la que admite la demanda ordinaria ante la justicia civil, lo que justifica la acción y la consecuente prórroga de jurisdicción (Votos Dres. Martín y Royer).

Frente a lo expuesto, la precedencia de

las actuaciones fundada en la Ley 23551 sostenidas por la parte actora, no han podido excepcionar la intervención de la justicia laboral, ni transformación alguna del vínculo administrativo, naturaleza jurídica sostenida en cualquier hipótesis frente a la competencia de orden público, que reafirmara el Excmo. Tribunal de Justicia en los autos caratulados "A. de M., N. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ Acción Contencioso Administrativa", expte. N° 20.111-A-2005, de fecha 16/12/2005 y "A. T. C. S.R.L. c/ Municipalidad de Comodoro Rivadavia s/ ordinario", expte. N° 16.045-A-1997).

Por lo demás, atento al estado actual del los actuados y concordante con lo que ordenara la jurisprudencia citada, no existiendo dicha opción, corresponde la declaración del competencia de la Sala y el abocamiento en su oportunidad sobre el fondo de la cuestión, para el análisis de los recaudos de admisibilidad que fija el ordenamiento.

Por las razones señaladas y nulidad que se propicia que retrotraen los procedimientos con anterioridad a la sentencia, carece de virtualidad el tratamiento de los restantes agravios ante esta Alzada. Por los fundamentos expuestos las costas se imponen por su orden (art. 69, 2da. parte, Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico), se revocan los honorarios y se difiere la regulación de los mismos para el momento en que se resuelva en forma definitiva la cuestión en debate, oportunidad en la que se valorarán los trabajos efectuados por los profesionales en autos.

En la segunda instancia, por los mismos fundamentos propongo las costas por su orden y el diferimiento para igual momento de los honorarios

profesionales.

A la segunda cuestión el Dr. Nahuelanca dijo:

Voto:

1) Hacer lugar al primer agravio interpuesto por la parte demandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia, contra la sentencia dictada a fs. 742/758vta.

2) Declarar la nulidad de la sentencia aludida dictada por la Sra. Jueza en lo Laboral, por incompetencia, declarando la competencia en contencioso administrativo de esta Cámara con los alcances de los considerandos respectivos.

3) Declarando las costas por su orden y proponiendo las regulaciones de honorarios de una y otra de las instancias de conformidad con el considerando respectivo.

4) Tener presentes las reservas del caso federal.

Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictar, con las disidencias señaladas, la siguiente

SENTENCIA:

1) Hacer lugar al primer agravio interpuesto por la parte demandada Municipalidad de Comodoro Rivadavia contra la sentencia dictada a fs. 742/758vta.

2) Declarar la nulidad de la sentencia aludida dictada por la Sra. Jueza en lo Laboral, por incompetencia, declarando la competencia en contencioso administrativo de esta Cámara con los alcances de los considerandos respectivos.

3) Declarando las costas de ambas

instancias por su orden y difiriendo las regulaciones de honorarios para el momento en que se dicte sentencia definitiva, conforme los considerandos pertinentes.

4) Tener presentes las reservas del caso federal.

5) Regístrese, notifíquese y devuélvase.

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2012
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS