

//NERAL ROCA, 18 de diciembre de 2012.

VISTOS Y CONSIDERANDO: Estos autos caratulados "KLEBA NIEVES AMÉRICA c/ PROVINCIA DE RIO NEGRO (MINISTERIO DE FAMILIA) s/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO" (Expte. N° 2CT-21760-09), venidos al acuerdo a fin de resolver la excepción de incompetencia por inhabilitación de jurisdicción y falta de acción contencioso administrativa opuesta por la demandada a fs. 61/75.

A las cuestiones planteadas la Dra. María del Carmen Vicente dijo:

I.- Se inician los presentes actuados por el reclamo laboral que deduce América Nieves Kleba contra la Provincia de Río Negro (Ministerio de Familia), por la suma de \$ 15.959,76 en concepto de diferencias salariales por mayor categoría de escalafón general, más los correspondientes aportes al sistema de seguridad social e indemnización por daño moral en razón del acoso laboral que refiere haber sufrido. Refiere que por Resolución N° 3089/1999 de la Secretaria de Estado de Acción Social fue designada a cargo de la Dirección del Hogar de Ancianos "Dr. Isidro Lobo" de General Roca, siendo en ese momento agente de planta permanente, categoría 10. Y en esa misma resolución se dispuso en su art.2° lo siguiente: "Gestiones el pago de los adicionales previstos por Leyes 1764/83 y 2182/87; en favor de la agente citada precedentemente; en concepto de Función de Dirección (25%); 20% Asignación sobre la categoría y diferencia de categoría 10 a 13 por Complejidad de la Institución. Suspéndase el adicional del 15% por función asistencial y 50% por horarios especial; acorde a lo previsto en las Leyes citadas precedentemente, a partir de la firma de la presente".-

A fs.43 se corre el traslado previsto por el art. 9 de la Ley 3233 a la Comisión de Transacciones Judiciales, obrando a fs. 44 cedula de notificación diligenciada.

A fs. 47 se provee el traslado de la demanda al Sr. Gobernador de la provincia de Río Negro y al Fiscal de Estado.

Se presenta a fs. 61/71 el Dr. Raul E. Bidart en representación de la Fiscalía de Estado, acreditando personería, y oponiendo como defensa la excepción de incompetencia por inhabilitación de jurisdicción y falta de acción contencioso administrativa. Funda su defensa aduciendo que la parte actora no ha agotado la vía administrativa, como requisito previo a la interposición de la demanda judicial. Impidiéndole de esta manera saber incluso si la acción contencioso administrativa ha sido interpuesta en tiempo útil.

Dice que del relato de la demanda se desprenden los siguientes pasos del procedimiento administrativo, a saber:

- 1) Reclamo salarial mediante Telegrama Obrero del 13-05-2008.
- 2) Intimación de "pronto despacho" para que su reclamo sea resuelto en 15 días bajo apercibimiento de considerar el silencio como negativa. Plazo que dice venció el 04-07-2008, contando con 10 días para interponer recurso de revocatoria y recurso jerárquico a partir del 07-07-2008. Plazo administrativo que dice vencía el día 21-07-2008.
- 3) Habiendo interpuesto la actora según su relato el recurso de revocatoria y jerárquico en subsidio el día 23-07-2008, estando ya vencido el plazo, por lo que considera que no agotó en tiempo y forma la vía administrativa-
- 4) Por último, señala que promueve acción contencioso administrativa sin haber concluido el trámite del recurso jerárquico, ya sea por Decreto del Gobernador rechazando el recurso, quedando habilitada la vía a partir de su notificación; o en su defecto, en caso demora del superior jerárquico solicitar "pronto despacho", para acceder a la denegatoria ficta, que agotara la vía administrativa, y habilitara la vía judicial. Marcando el letrado de la Fiscalía que no obra documental por parte de la actora que demuestre el agotamiento de la vía administrativa. Por lo que peticona se decrete la falta de acción contencioso administrativa y la incompetencia de esta Cámara por falta de acción, desestimando la demanda con costas. Cita jurisprudencia de esta Cámara de Trabajo.

Contesta demanda en subsidio, ofrece prueba, y solicita el rechazo de la acción con costas.

A fs. 74 se ordena correr vista a la Agente Fiscal en turno, la que es contestada a fs. 75 por la Dra. María Teresa Giuffrida, manifestando que le corresponde intervenir a los Fiscales de Cámara en las declinatorias de jurisdicción y en las cuestiones de competencia y recusación de los Jueces de las Cámaras Civil, Comercial y Minería Laboral y Criminal, esto conforme art. 16 inc.f de la Ley de Ministerios Públicos N° 4199. Cita casos en que los Fiscales de Cámara así lo han dictaminado.

Se dispone a fs. 76 el pase de los AUTOS al ACUERDO para resolver. Siendo extraído de autos por Interlocutorio de fs. 78 atento la necesidad de contar con un dictamen Fiscal.

A fs. 84 se presenta el Fiscal de Cámara Dr. Edgardo Rodríguez Trejo, solicitando una documentación que dice menciona la parte para poder resolver. Pedido que fue proveído

a fs. 85, intimando a la parte demandada que consigne correctamente la documentación que menciona a fs.65. Providencia contra la cual el letrado de la demandada interpone revocatoria, donde explica el error en que incurre el Fiscal considerando relatos de la demanda, que son cita jurisprudencial donde se menciona documentación que no se corresponde a este caso.

Con esta aclaración incluida en la revocatoria se ordena nuevamente el pase a Fiscalía, la que solicita a fs. 91 vta, que previo a dictaminar el Tribunal resuelva la reposición planteada. Recurso que es resuelto a fs. 95, revocando la providencia ataca por la demandada, y ordenando nueva vista a Fiscalía de la Cámara III.-

Vista que es contestada a fs. 97, la que en lo pertinente el Fiscal Dr. Rodriguez Trejo, adhiere tanto a la excepción de previo y especial pronunciamiento como al antecedente jurisprudencial citado por el Dr. Bidart, sosteniendo que este Tribunal Laboral, no resulta competente hasta tanto se agote la vía administrativa previa.

Se ordenó a fs.98 el pase de los AUTOS al ACUERDO para resolver.

II.- Puestos en tales condiciones a decidir, de las constancias de la causa surge que la actora deduce su primer reclamo mediante Telegrama Laboral de fecha 13/05/2008 dirigido a la Subsecretaria de Asistencia y Promoción Familiar de fs. 4, sin respuesta intima el 11/06/2008 con "carácter de pronto despacho" a la Subsecretaria a fin de que resuelva su petición en el plazo de Quince (15) días (TCL de fs. 5).

Acreditando haber interpuesto recurso de revocatoria y subsidiariamente recurso jerárquico con Telegrama Obrero de fs. 6 de fecha 23/07/2008.

Siendo este el último paso de presentación en la via administrativa, que acredita en esta acción judicial, sin acreditar haber agotado la vía del recurso ante el Gobernador, superior jerárquico del Ministerio de Familia, obteniendo el decreto que rechazara su pedido de reajuste escalafonario, y recién a partir de ser notificada de tal acto, le quedaría expedita la acción procesal judicial que eventualmente habilitaría este proceso, o en su defecto, requerir pronto despacho para acceder a la denegatoria ficta y finalmente agotar la vía administrativa. La accionante no aporta documental ni datos que informen al Tribunal sobre el expediente administrativo abierto a efectos de su reclamo, en el que eventualmente debió tener resolución, o en su caso silencio de la administración.

El planteo pone al Tribunal en situación de ingresar en el análisis preliminar de los presupuestos de viabilidad de su intervención en la cuestión de fondo, bajo el particular marco procedimental que rige la acción contencioso administrativa.

De todo el detalle transcripto se desprende que la actora limitó su accionar a intimar el reconocimiento de lo que consideraba sus derechos vulnerados, plantea la vía recursiva mediante Telegrama Obrero, esto es la interposición de los recursos de revocatoria y jerárquico a los fines de lograr un pronunciamiento final ante la máxima autoridad provincial, pero no acredita haber concluido el procedimiento administrativo, con un acto que cause estado, entendiéndose a aquél como definitivo de la decisión final del procedimiento.

Bajo tales parámetros, no existe modo de admitir que los telegramas obreros enviados por la accionante y la falta de respuesta por parte de la Subsecretaría, que motivaran la vía recursiva, sobre la cual no solicitó pronto despacho, ni tuvo resolución, agotaran la vía procedimental enunciada.

"El procedimiento administrativo, cumple una serie de finalidades: a) producir una etapa conciliatoria anterior al juicio; b) dar a la Administración la posibilidad de revisar el acto y corregir algún error; c) promover el control de legitimidad y conveniencia de los actos de los Organismos inferiores; d) facilitar la tarea tribunalicia al llevar ante los jueces una situación contenciosa ya planteada, y e) permitir una mejor defensa del interés público... Debe ser la propia administración la que primero controle su propio desvío ya que defendiendo el interés público y la legalidad objetiva de su accionar, habrá de proteger además, los intereses particulares..." (Ley Nacional de Procedimiento Administrativo, Tomás Hutchinson, Astrea, edición 1993, ps. 1 y 4). De allí que sea una prerrogativa estatal, el planteo de esta excepción que impediría al Tribunal Contencioso-Administrativo, ingresar en el tratamiento de la cuestión de fondo, hasta que no haya un acto específico de la administración, denegando expresa o tácitamente (por vía de silencio) la petición del particular afectado.

En efecto, al resolver este Tribunal en autos "STRADA VIVIANA BEATRIZ c/ PROVINCIA DE RIO NEGRO (JEFATURA DE POLICÍA DE LA PROVINCIA DE RIO NEGRO) s/ RECLAMO" (Expte. N° 2CT-19744-07, Sentencia Interlocutoria del 10/8/09), se explayó en torno al real fundamento del instituto, asumiéndolo como un presupuesto habilitante de la acción contencioso administrativa, orientado a la determinación del nivel jerárquico al que se debe arribar para que una determinada conducta de la Administración sea susceptible de enjuiciamiento judicial.

Una consecuencia del principio de jerarquía se sostuvo- reflejada en un privilegio dado al Poder Administrador y al que Eduardo García de Entrerría denomina "autotutela en segunda potencia", por cuanto "...supone someter la reacción impugnatoria del

particular que pretende destruir la presunción de legitimidad de los actos o las ejecuciones administrativas a una previa decisión de la Administración, a cuyo efecto se impone la carga de residenciar ante ésta el correspondiente recurso, llamado por ello recurso administrativo ... Bien se comprende que se trata de un privilegio superpuesto (y, a nuestro juicio, no fácilmente justificable) a la autotutela primaria de la Administración, con el cual se le reconoce el privilegio de dirimir por primera vez (aunque no sea técnicamente una primera instancia, de hecho esta vía previa se comporta con contenido no muy diverso) un conflicto ya formalizado entre ella misma y un tercero..." (cfr. "Curso de Derecho Administrativo", 1ra. Edición Argentina, Ed. Thomson Civitas y La Ley, Tomo I, pág.524).

De suerte que los dos objetivos puntuales del recaudo se asientan en la promoción del control de legalidad, legitimidad y conveniencia, que como corolario del mentado principio de jerarquía y a modo de potestad, brinda a los órganos superiores la oportunidad de revisar los criterios y fundamentos que ilustran las decisiones de los órganos inferiores, con el fin de enmendar los errores en que se hubiere incurrido; a la par de producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, que advierta a la Administración sobre la naturaleza y alcances de los derechos o intereses en juego (cfr. Fernando R. García Pullés, "Tratado de lo contencioso administrativo", Editorial Hammurabi, Tomo 1, pág.399).

Ahora bien, a diferencia de su par nacional (arg.art.32 de la ley 19.549), la regulación del procedimiento administrativo en la Provincia de Río Negro -la ley 2938- carece de disposiciones expresas en relación con las situaciones que permiten obviar el previo tránsito de una pretensión por la instancia administrativa.

Empero, de tal ausencia jamás podría derivar el carácter ineludible de la exigencia, con prohibición para el Juez de decidir qué supuestos ameritan hacer excepción, pues ello irrogaría desconocer el deber de decidir los pleitos a la luz de las mandas constitucionales superiores a los preceptos reglamentarios.

Concretamente en lo que hace al caso, el principio constitucional de tutela judicial efectiva, positivamente plasmado en el Pacto de San José de Costa Rica y con ello en la Constitución Nacional (arg.art.75 inc.22), el cual lleva ínsito el principio "pro actione" y que conforme es criterio contundente de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, "...exige que el acceso a la justicia no se convierta en un desagradable juego de confusiones en desmedro de los particulares..." (cfr. Informe 105/99 en el caso 10.194, "Palacios, Narciso Argentina", emitido el 29/9/99, publicado en LL, 2000-F,

p.594).

En otras palabras, sin dejar de lado que el agotamiento de la instancia administrativa, del que los recursos administrativos son instrumento, importa el tránsito por las instancias establecidas hasta la emisión de la voluntad de la administración por parte del órgano al que el legislador atribuye la función de dictar el denominado “acto que causa estado”, como presupuesto para habilitar la intervención judicial, nada impide al Judicante decretarlo innecesario, siempre que a su criterio las particularidades del caso así lo ameriten.

Más aun -como también se sostuvo en "Strada, Viviana"-, si se atiende a que la consecuencia directa de los preceptos apuntados es la consideración por la doctrina moderna del proceso contencioso administrativo, como aquél que al igual que cualquier tipo de proceso- tiene por objeto una pretensión y como su destino su satisfacción si es legítimamente procedente. Vale decir, un concepto amplio de la revisión judicial, que por cierto supera la antigua concepción que lo circunscribía a la impugnación de los actos ilegítimos (juicio al acto), de ahí que el acto administrativo no es el objeto del proceso, sino que “...solo constituye en un determinado tipo de controversia contencioso administrativa un presupuesto de aquélla...” (cfr. Pablo E. Perrino, “La tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa”, publicado en la Revista de Derecho Público, editada por Rubinzal-Culzoni, año 2003-I, Proceso administrativo-I, págs.257/294.).

En el caso no se dan particularidades que habiliten al juzgador a apartarse de la exigencia de agotar la vía administrativa previa, pues no estamos ante un reclamo salarial puro, sino ante una diferencia de haberes que quedó prevista en la resolución que la designa, rubros de los cuales eventualmente podría tener respuesta de la administración, o bien se le informara sobre la gestión de los rubros escalafonarios reclamados, los que de acuerdo con la Resolución de fs. 3, estaban a cargo del Departamento de Liquidaciones y Sueldos, Presupuesto; Delegación Contable; Dirección de Organización y Recursos Humanos y la Subsecretaría de Asistencia y Promoción Familiar, y no exclusivamente a cargo de esta última, donde dirigió su reclamo.

Si la accionante promueve una acción directa, sin pasar o al menos concluir el iter del procedimiento administrativo, corre el riesgo del planteo de la prerrogativa estatal sea nacional, provincial o municipal de exigir que se agote la vía señalada, lo que es un resorte exclusivo de la administración, esto es, el estado puede o no excepcionarse, pero

si lo hace y no hubo reclamo administrativo o hubo y no se agotó, corresponde al Tribunal que entiende en la cuestión, apartarse declarándose incompetente, por la condición o prerrogativa o privilegio estatal.

De las constancias arriadas a este expediente, constatamos que a fs. 6 se interpone Recurso Jerárquico por el silencio de la administración ante su planteo de reajuste de haberes, sin respuesta, omite solicitar Pronto Despacho ante el Señor Gobernador de la Provincia a los fines del agotamiento de la vía administrativa. (Conf. Art. 18 de la Ley 2938).

Es esa la razón que impide tener por habilitada esta instancia judicial, debiendo así declararse.

Siendo que de la presentación del letrado de Fiscalía de Estado se desprende que la excepción de incompetencia e inhabilitación de la vía, se acota al reclamo de diferencia salarial, continúe la causa según su estado respecto del daño moral por presunto mobbing laboral reclamado.

El Dr. Diego Jorge Brogгинi dijo: La presente acción de naturaleza contencioso administrativa tramita por dos objetos claramente diferenciados: El primero, la pretensión de cobro de los adicionales previstos por las leyes 1764/83 y 1282/87, en concepto de función de dirección (25%); 20% de asignación sobre la categoría y diferencia de categoría 10 a 13 por complejidad de la institución, cuyo pago, según refiere la actora, se hallaba previsto en el art.2º de la Resolución N° 3089/1999 de la Secretaría de Acción Social por la que se la designó a cargo de la Dirección del Hogar de Ancianos "Rosa Padín", mas nunca se concretó. El segundo, la pretensión de resarcimiento del daño moral generado por la situación de acoso laboral (mobbing) a la que, según refiere, fue sometida a raíz de infundadas denuncias hechas en su contra por su superior jerárquico, respecto de la cual no existe planteo previo alguno.

En tren de justificar la observancia del presupuesto de agotamiento de la instancia administrativa respecto de la primera cuestión, refiere haber efectuado reclamo mediante TCL del 13/5/2008 cursado a la Secretaría de Asistencia y Promoción Familiar (fs.4), sin obtener respuesta por lo que por TCL del 11/6/2008 dedujo pedido de pronto despacho nuevamente con resultado infructuoso (fs.5).

Por lo que en tales condiciones dedujo por TCL 23/7/2008 recurso de revocatoria y jerárquico en subsidio, frente al silencio de la Secretaría en relación con sus pretensiones y solicitando en relación con el último la elevación de las actuaciones al organismo inmediato superior, "...todo a los fines de dar curso a la agotamiento de la vía

administrativa..." (fs.6).

Sostiene cumplido lo último en razón de la total falta de compromiso y responsabilidad por parte de la administración, al producir primero un acto administrativo para luego incumplirlo, sin dejarle otra alternativa que recurrir a la vía judicial según lo prescribe la Ley de Procedimientos Administrativos.

Mientras que la accionada funda la defensa de falta de agotamiento de la vía administrativa que opone en la circunstancia de no contar la accionante con el decreto del Gobernador que rechazara su recurso, pues recién a partir de su notificación queda expedita la acción judicial que eventualmente habilitaría este proceso. O bien en caso de demora en el pronunciamiento del superior jerárquico requerir pronto despacho para acceder a la denegatoria ficta que conforma el mismo presupuesto habilitante.

En tales condiciones, a los fundamentos que ilustran solución de acogimiento de la defensa que propone la colega que me precede en el orden de votación, a la que habré de adherir, añadiré las consideraciones expuestas en la Sentencia Interlocutoria del 4/8/2009, en autos "Villafañe, José Candelario c/ Provincia de Río Negro (Ministerio de Familia) s/ contencioso administrativo" (Expte.Nº 2CT-20.364-08), en el sentido de que "...el silencio administrativo, en cuanto a su naturaleza, no constituye ni es asimilable a un acto, sino que importa una mera ficción legal, invariablemente en beneficio del administrado, al que se le otorga la posibilidad de considerar negado su reclamo frente a la aquiescencia del organismo ante el cual lo formuló, en procura de que tal inacción no resulte obstáculo para la continuidad del ejercicio de la pretensión...".

Como allí se recordó, ha sido definido como "...una ficción que la ley establece en beneficio del interesado y en virtud del cual se considera ... desestimada (silencio negativo) la solicitud de aquél cuando la Administración incumple el deber que tiene de resolver y se dan los demás requisitos exigidos por la ley...", constituyendo así "...una respuesta de la Administración que la ley presume en determinadas circunstancias frente a la petición deducida por un interesado y que no es sino el reverso indispensable del derecho de petición..." (cfr. Fernando E. Juan Lima, "El silencio administrativo: problemas actuales", en "Procedimiento y proceso administrativo", dirigido por Juan Carlos Cassagne, LexisNexis - Abeledo Perrot, 2005, pág.417).

A punto tal que algún sector de la doctrina "...considera asimismo que la denegatoria por silencio no configura un acto administrativo sino un hecho o una ficción legal, que no expresa ni declara nada, y no puede ser revocada ni anulada, de modo que mal puede constituir un acto administrativo tácito..." (cfr. Fernando R. García Pullés, "Tratado de

lo contencioso administrativo", Hammurabi, 2004, Tomo 1, pág.381).

Sin embargo -se dijo también allí- "...las mentadas consecuencias jurídicas sólo pueden operar en tanto y en cuanto la omisión provenga del organismo que, de haber emitido el acto requerido, lo hubiera hecho dotado de competencia...".

Lo que en el caso, atendiendo a las circunstancias que han dado lugar a la incidencia, equivale a decir del órgano que por su nivel jerárquico dentro del esquema de la administración se halla facultado para emitir el acto con virtualidad para la conclusión de la instancia y la consiguiente habilitación del conocimiento contencioso administrativo judicial.

Concretamente el Gobernador, de conformidad con las disposiciones del art.181 inc.7° de la Constitución de la Provincia de Río Negro, junto con los arts.91, 93 y 97, desde que por el último "...la resolución del recurso previsto en la presente sección, queda agotada la instancia administrativa...".

Tratándose de un esquema que por ser de imposición legal resulta imposible de soslayar, ni aun bajo los criterios de amplitud con los que este Tribunal comulga en pos de no incurrir en una interpretación ritualista de estos presupuestos procesales que conduzca a limitaciones contrarias al texto constitucional, descalificables por dar lugar a situaciones de privación de justicia, tal sostuvimos al resolver en autos "HERNANDEZ, ERNESTO ALBERTO y ALEÑA, ANGEL c/ MUNICIPALIDAD DE GENERAL ROCA s/ RECLAMO" (Expte.N° 2CT-19336-07, Sentencia del 2/7/2009).

De modo que asiste razón a la excepcionante cuando sostiene que en las condiciones dadas era menester que a efectos del agotamiento de la instancia administrativa la actora instara en las condiciones del art.18 de la ley 2938 la resolución del recurso de revocatoria y jerárquico en subsidio deducido por TCL del 23/7/2008, pues sólo en tal caso y frente al silencio conformante de la presunción legal de negativa a la pretensión por parte de la máxima autoridad administrativa, podrían sostenerse habilitadas las condiciones para el conocimiento por esta sede judicial. TAL MI VOTO.

La Dra. Gabriela Gadano adhiere a ambos votos.

En consecuencia y por los motivos expuestos precedentemente, la SALA II de la CAMARA del TRABAJO de la 2ª CIRCUNSCRIPCIÓN JUDICIAL;

RESUELVE: 1.- HACER LUGAR a la excepción de de incompetencia por inhabilitación de jurisdicción y falta de acción contencioso administrativa opuesta a fs. 62/75, respecto de las diferencias salariales reclamadas, por los motivos expuestos en el considerando.

- 2.- Por la incidencia, costas a cargo de la actora perdidosa en proporción al monto del rubro reajuste de haberes, difiriéndose la regulación de honorarios para el momento de dictar sentencia.
- 3.- Por el restante rubro reclamado en autos, una vez firme la presente continúe la causa según su estado.
- 4.- Regístrese y Notifíquese.

DRA.GABRIELA GADANO

Vocal de Trámite- Sala II

DRA. MARIA DEL CARMEN VICENTE DR.DIEGO JORGE BROGGINI

Vocal - Sala II - Vocal -Sala II-

Ante mi:DRA. DANIELA A.C.PERRAMON

-Secretaria-