

Empleo Publico Agotamiento De La Via Administrativa Caracteres Acto De Nombramiento

JURISPRUDENCIA

Empleo público. Agotamiento de la vía administrativa. Caracteres.

Acto de nombramiento Se declara improcedente el recurso contencioso administrativo contra una Comuna de la provincia de Santa Fe, tendente a obtener el cobro de la suma de pesos en concepto de indemnización sustitutiva en caso de incumplimiento de la entrega de certificación de servicios y remuneraciones y que se disponga la inclusión del actor en el escalafón correspondiente, quien alegaba prestar servicios en negro para dicho ente.

En la ciudad de Santa Fe, a los 2 días del mes de febrero del año dos mil dieciséis, se reunió la Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 1, integrada al efecto por los doctores Alfredo Gabriel Palacios y Aidilio Fabiano, con la presidencia del titular doctor Federico José Lisa, a fin de dictar sentencia en los autos caratulados "VERA, Adrián Hernán contra COMUNA DE PILAR sobre RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO" (Expte. C.C.A.1 n° 178, año 2012). Se resolvió someter a decisión las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿es admisible el recurso interpuesto?; SEGUNDA: en su caso, ¿es procedente?; TERCERA: en consecuencia, ¿qué resolución corresponde dictar?. Asimismo se emitieron los votos en el orden que realizaron el estudio de la causa, o sea doctores Lisa, Palacios y Fabiano.

A la primera cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Lisa dijo: I.1. El señor Adrián Hernán Vera interpone recurso contencioso administrativo contra la Comuna de Pilar, tendente a obtener el cobro de la suma de pesos cien mil ciento setenta y seis (\$ 100.176) con más lo que corresponda en concepto de indemnización sustitutiva en caso de incumplimiento de la entrega de certificación de servicios y remuneraciones; con más los intereses desde que son debidos, desde la mora y hasta el efectivo pago; y a que se disponga su inclusión en el escalafón correspondiente; con costas.

Argumenta en torno a los recaudos formales del presente recurso y relata que fue convocado a fines de marzo de 2009 por el entonces Presidente comunal, señor Mario Schimpf, para trabajar en la Comuna; que las tareas que se le habían encomendado eran diversas: limpieza de calles y lugares públicos -para lo cual utilizaba herramientas de la Comuna-; cortaba y juntaba pastos, levantaba botellas y demás cosas de plástico, hacía hormigón para el asfalto; es decir -indica- tareas acordes a un empleado de Maestranza de la Comuna; y que además, realizó durante dos meses recolección de residuos.

Dice que la jornada laboral era de 7 a 13 hrs., pero si las tareas no se terminaban se quedaba después de hora a finalizarlas; que durante los meses de noviembre y diciembre de 2011 trabajó los días martes, jueves y domingos en la recolección de residuos desde las 22 hasta las 5 horas y los días lunes, miércoles y viernes en otras tareas en el horario de 7 a 13 hrs. Aduce que dicha relación laboral nunca fue inscripta ni formalizada; que no formó parte de la planta de personal de la Comuna, que tampoco firmó contrato de ningún tipo; que era un "trabajador en negro"; que nunca se lo designó por medio de acto administrativo correspondiente.

Expresa que "no regularizar la situación de sus empleados es reprochable para cualquier empleador y mucho más cuando es el Estado (nacional, provincial, municipal o una comuna)"; que no gozaba de ningún beneficio de la seguridad social, no tenía obra social ni aportes jubilatorios; que no gozaba de vacaciones pagas ni contaba con una aseguradora que cubra los posibles accidentes o enfermedades que podía sufrir; y que en muy pocas oportunidades se le proveyó ropa de trabajo. Sostiene que el único beneficio que tenía era una "remuneración" que se le abonaba quincenalmente; que por cada quincena se le pagaba aproximadamente la suma de \$ 763; que nunca tuvo aumento de sueldo desde que comenzó a trabajar; que sólo cuando trabajó en la recolección de residuos -es decir durante los meses de noviembre y diciembre de 2011- se le abonó la suma mensual de \$ 300 por actividad insalubre; que, resumiendo, ganaba \$ 1.500 por mes aproximadamente.

Explica que la forma de pago era por medio de la Asociación Mutual de Ayuda entre Asociados y Adherentes del Club Atlético Pilar; que no tiene en su poder recibos de sueldo ni facturas extendidos por los empleados ni la Mutual; que sólo se autorizaba a que se le entregue la suma de dinero a los trabajadores por medio de dicha entidad; y que las solicitudes solían ser firmadas por el Presidente Comunal y la Secretaria señora Silvia L. Hergenreder.

Advierte que, a pesar de ello, si llegaba a faltar por cuestiones médicas, se le descontaba la suma de \$ 130 en concepto de presentismo; siendo que "en caso de enfermedad corresponde licencia". Dice que un sueldo de maestranza o mantenimiento (sección en la que podría encuadrarse su trabajo) ronda en los \$ 4.000 mensuales; que luego de más de dos años y medio de trabajo, el 29.12.2011 fue convocado junto a otros compañeros por el señor José Ochoa, su capataz, quien les comunicó que iban a ser dejados sin trabajo; que no se les dio otra explicación, y que no se les pagó más nada desde allí; por lo que -entiende- se consolidó un despido arbitrario que torna procedente este reclamo. Sostiene que la relación que existía entre él y la Comuna de Pilar era una relación laboral con subordinación técnica, jurídica y económica; que quien se beneficiaba con su trabajo era la Comuna del Pilar; que no era empleado público propiamente dicho pero que la realidad fáctica decía otra cosa; que no se lo puede dejar desamparado; que el presente caso es compatible con la naturaleza y modalidad de la ley laboral (art. 2 L.C.T.), y que debe

reconocersele el derecho establecido en el artículo 14 bis de la Constitución nacional contra el despido arbitrario. Subraya que debe aplicarse al presente caso la Ley de Contrato de Trabajo. Reclama distintos rubros laborales: indemnización del artículo 245 de la ley 20.744; indemnización de la ley 25.323; vacaciones no gozadas ni pagadas; S.A.C.; mes sustitutivo de preaviso; y la diferencia entre las remuneraciones percibidas y las que por derecho le correspondía recibir durante el período de 24 meses -período no prescripto- y practica liquidación con una base de remuneración mensual de \$ 4.000 que es la que -entiende-aproximadamente debería haber percibido, sin perjuicio de que quede supeditada en sus números finales a la prueba a producirse. Asimismo, intima a que se le entregue el certificado de trabajo bajo apercibimiento de que si no se hiciere se deberá la indemnización sustitutiva del art. 80, ley 20.744. Solicita, además, que, dada su antigüedad en las funciones y la idoneidad para realizar las que se le encomendaron durante casi tres años, se lo incluya en el escalafón administrativo de la categoría correspondiente para que, ante futuras contrataciones de la Comuna, pueda participar del proceso de selección. Funda su pretensión en derecho; ofrece pruebas; y solicita, en suma, se haga lugar a la recurso, con costas. 2. Declarada la admisibilidad del presente recurso (A. y S. T. 31, pág. 101; f. 30); comparece la demandada (f. 27) y contesta la demanda (fs. 41/42 vto.). En síntesis, niega que exista un "caso" contencioso administrativo debidamente configurado; así como una relación de empleo, y que el actor haya sido convocado para trabajar en la Comuna. Afirma que son falsas las tareas a las que alude el actor, así como que haya estado trabajando "en negro". Recuerda la jurisprudencia de la Corte local y del Alto Tribunal nacional a los fines de "repeler" la pretendida aplicación supletoria de la ley de contrato de trabajo en una relación de empleo público con fundamento en lo dispuesto en el artículo 2 inciso a) de la ley 20.744, que excluye de su ámbito de aplicación a los dependientes de la Administración pública nacional, provincial o municipal. Rechaza todos los rubros que componen la liquidación reclamada; y advierte que se pide la indemnización prevista por la ley 25.323, sin que haya realizado ninguna de las intimaciones que en dicha norma se requieren. Plantea la cuestión constitucional; y solicita, en suma, se rechace el recurso interpuesto; con costas. Abierta la causa a prueba (f. 44) y producida la que consta en el expediente, alegan las partes sobre su mérito (fs. 132/137 vto. y 138/139 vto.). Dictada (f. 142 vto.) y consentida la providencia de autos, se encuentra la presente causa en estado de ser resuelta. 3. De conformidad al artículo 23, inciso a), de la ley 11.330, corresponde emitir pronunciamiento sobre la admisibilidad del recurso. Al respecto -aunque no lo hace expresamente en carácter de obstáculo a la admisibilidad- la demandada plantea que "la actora confunde los medios de su reclamación, ya que primeramente expresa que habría agotado la instancia administrativa habilitante del procedimiento administrativo, pero luego reclama la aplicación de la ley 7234 (f. 8, punto IX, 1 infine)" (f. 42 vto.). Tal como surge de la documental reservada en Secretaría, el actor interpuso el "reclamo administrativo previo-ley 7234", así como "pronto despacho-ley 7234". Más allá de la terminología utilizada por el recurrente, no puede soslayarse que lo requerido en sede administrativa constituye, claramente, un reclamo idéntico al que se analiza en el presente recurso; pretensión que fue, finalmente, denegada en forma presunta por la Administración. Por lo demás, cabe recordar lo señalado por esta Cámara en autos "Noguera" (A. y S. T. 4, pág. 7), entre muchas otras causas, a las que corresponde remitir en lo pertinente, que pese a que la ley 7234 no constituye el instrumento adecuado para anteceder la vía jurisdiccional contenciosa administrativa, no implica sin más la directa inadmisibilidad del recurso, y ello en tanto, como es al caso, se encuentra inexorablemente atado a la falta de un acto expreso de la Administración, ya que -contrariamente a lo que parece entenderse- el hecho de no haberse seleccionado la vía adecuada para ejercer el reclamo, no exime a la Administración de pronunciarse en ese sentido o de encauzar el proceso (criterios deducibles de la C.S.J.N., L.L., T. 1986-C, pág. 117; C.S.J.S.F.: "Fontechiari", A. y S. T. 106, pag. 1). Entender que el modo en que fue realizado el reclamo administrativo y el siguiente pronto despacho, ambos ante la Comisión Comunal de la Comuna de Pilar, privó a la demandada de conocer y adoptar una decisión, constituiría una solución "excesivamente formalista"; máxime, puede agregarse, si se considera que aquélla ante la declaración de admisibilidad por parte de la Presidencia pudo interponer defensa previa en la oportunidad prevista en el artículo 19 de la ley 11.330 (criterio de "Ballart", S. T. 1, pág. 394; "Garzón Guerra", S. T. 2, pág. 142; "Leno", A. y S. T. 2, pág. 62, etcétera), y no lo hizo. Además, y tal como este Tribunal lo ha recordado, entre los fundamentos que inspiran el instituto del agotamiento de la vía, se han destacado los de: permitir una etapa conciliatoria anterior al litigio; impedir que la Administración sea llevada a juicio sin previo aviso; posibilitar el control jerárquico de la oportunidad y legitimidad de las decisiones administrativas ("Frontera", S. T. 4, pág. 110; "Vera", A. y S. T. 16, pág. 52). Pues bien, en las circunstancias del caso, entiendo que, con lo actuado, el recurrente ha cumplido suficientemente con aquellos fundamentos, más allá de la terminología utilizada en los reclamos interpuestos en sede administrativa. En lo demás, no se advierten razones para apartarse del auto obrante a foja 30 (A. y S. T. 31, pág. 101). Así voto. A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Palacios expresó similares fundamentos a los vertidos por el señor Juez de Cámara doctor Lisa y votó en igual sentido. A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Fabiano dijo: Habiendo tomado conocimiento de los autos y existiendo votos totalmente concordantes de dos Jueces, de conformidad al artículo 26 de la ley 10.160 y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia, me abstengo de emitir opinión. A la segunda cuestión el señor Juez de Cámara doctor

Lisa dijo: II.1. Ante todo, corresponde precisar la pretensión del actor. Ello porque, según surge de la lectura de los términos de la demanda, ella se dirige a obtener el cobro de distintos rubros -que encuentran sustento en la ley 20.744- así como de las diferencias entre las remuneraciones percibidas y las que le correspondería recibir, las que -tal como se extrae de una lectura integral del escrito recursivo- lo son en relación al salario que percibe el personal de maestranza (cfr. ap. IV. 2, fs. 6 vto./7); por el período de 24 meses (período no prescripto). Ello surge, además, de la liquidación practicada "con una base de remuneración mensual de \$ 4000" (f. 8 in fine), así como del ofrecimiento de pruebas (f. 47, inc. d.2) en cuanto se dirigen a establecer "cuáles son las funciones que los empleados que revisten en la categoría de maestranza y los de mantenimiento", así como "a cuánto asciende el sueldo de dichos empleados". Por otra parte, solicita que se lo "incluya en el escalafón administrativo de la categoría correspondiente para que ante futuras contrataciones por medio de la Comuna pueda participar del proceso de selección". Dada la confusa redacción, podría entenderse que la pretensión se endereza a que se disponga su ingreso a la planta permanente de la demandada; o a que se lo tenga en cuenta en caso de que la Comuna decida realizar contrataciones de personal en el futuro. 2. Precisado ello, y conforme surge de lo relatado al tratar la cuestión anterior, previo a toda otra consideración, se debe establecer si existió algún vínculo entre el señor Vera y la demandada. En su caso, corresponderá luego desentrañar su naturaleza jurídica. a. En cuanto al primer aspecto, no es dudoso que el actor efectivamente realizó determinadas tareas al servicio de la Comuna de Pilar. En efecto, más allá de la negativa de la demandada, ello surge de la prueba testimonial rendida en autos (fs. 101/102 vto. y 152/vto.), coincidiendo los testigos en que lo vieron trabajando como "changanín", que juntaba residuos y cortaba el pasto, entre otras tareas. No es óbice para ello lo afirmado por la demandada al alegar acerca de que "...sólo lo vieron trabajar en la calle, juntando residuos o cortando el pasto", por lo que "nadie lo ha visto trabajar en la comuna" (f. 139), siendo que -como es sabido- refiere a actividades que, precisamente, son llevadas a cabo en espacios públicos pertenecientes a la Comuna. Asimismo, si bien no existen especificaciones sobre el concepto por el cual el señor Vera retiraba dinero de la "Asociación Mutual de Ayuda entre Asociados y Adherentes del Club Atlético Pilar", debe entenderse que si contaba con autorizaciones de retiro de fondos de una cuenta de ahorro "de titularidad de la Comuna de Pilar, a favor del señor Adrián Vera, durante los años 2010 y 2011" (vid. fs. 110/126 e informe obrante a f. 127), lo fueran en carácter de contraprestación de las tareas llevadas a cabo por el mismo a favor de dicha Comuna. Por otra parte, la demandada se limita a negar que le haya abonado algún tipo de remuneración al actor, pero en ningún momento explica debido a qué circunstancia se lo autorizaba a efectuar retiros de fondos de una cuenta que, como se dijo, era de titularidad de la Comuna. b. Sin embargo, ello no basta para extraer sin más la concurrencia de una relación de empleo público, ni las consecuencias pretendidas por el actor. Es que, como es sabido, para estar frente a una relación de empleo público (sea ella permanente o no permanente) no basta la realización de actividades al servicio del ente público; por el contrario, en la realización de sus cometidos, las Administraciones pueden en ocasiones valerse de los servicios de personas físicas que no necesariamente integran su planta de personal permanente, ni su planta de personal no permanente ("Stoeffel", A. y S. T. 16, pág. 409; "Gauna", A. y S. T. 25, pág. 98; "Plattner", A. y S. T. 36, pág. 154; entre muchos otros). La relación de empleo público (con o sin estabilidad del agente) supone, además de la efectiva prestación de servicios, la concurrencia de otras exigencias esenciales, especialmente formales. En ese sentido, debe liminarmente recordarse que el Estatuto del Personal de Municipalidades y Comunas de la Provincia de Santa Fe (ley 9286) comprende "a todas las personas que, en virtud de acto administrativo emanado de autoridad competente, presten servicios remunerados [...]" (artículo 1; la cursiva no es del texto). A su vez, esta Cámara ha tenido oportunidad de destacar la importancia que tienen las formas en el Derecho Administrativo en general, y en la relación de empleo público en particular ("Bascelli", A. y S. T. 7, pág. 400), expresando -como reiteradamente lo hizo la Corte local- que dicha relación es "esencialmente formal" ("Pereyra", A. y S. T. 93, pág. 1; "Bianco", A. y S. T. 179, 450; de esta Cámara: "Gutiérrez", A. y S. T. 7, pág. 200) y "documentada" (C.S.J.P.: "Torres", A. y S. T. 96, pág. 10; "Silva", A. y S. T. 127, pág. 227; etc.; de esta Cámara: "Gutiérrez", citado), añadiéndose que los mencionados caracteres ("formal" y "documentada") son consecuencia del carácter formal de la función administrativa misma, "en cuyo ejercicio prevalece, en razón de su naturaleza, la forma escrita, y donde las manifestaciones administrativas no expresas, sino tácitas e implícitas, son aceptadas sólo restrictivamente" ("Gutiérrez", citado). Pues bien, una paradigmática manifestación de ese carácter formal y documentado de la relación de empleo público se verifica (conforme surge -según se dijo- del propio Estatuto) en los aspectos vinculados a su constitución y ruptura. Al respecto, el Alto Tribunal local ha desechado la aplicación analógica de las normas de la Ley de Contrato de Trabajo, señalando que -en esos aspectos- "no pueden transferirse sin más los principios que sustentan dicha ley, no sólo por razón de los distintos objetivos o fines que distinguen la actividad de los órganos públicos de los sujetos de derechos en la órbita del ius privado, sino también por imperio de presupuestos elementales de carácter práctico; por ejemplo: la desvirtuación que por esta vía sufriría el régimen de incorporaciones, que no es de 'libertad' irrestricta para la Administración" ("Mulé", A. y S. T. 141, pág. 167). En esa misma línea, recordó haber "interpretado muy restrictivamente aun las normas de derecho público que rigen los mencionados aspectos de

constitución y ruptura de la relación de empleo público". Y que así lo hizo con fundamento, entre otros, en el carácter -ya mencionado- formal y documentado de la relación de empleo público. La Corte local ha referido a esos caracteres esenciales señalando que "la relación de empleo público es formal y exige la investidura del agente, siendo necesario que se instaure por autoridad competente, con el contenido que le es propio, y en la forma prevista por el derecho objetivo"; que "es necesario que la relación de empleo se constituya con un acto formal previsto para cada una de las categorías de empleo por la ley"; destacando el ya mencionado carácter "esencialmente documentado" de dicha relación ("Bianco", citado). Esos criterios, en su confrontación con los elementos obrantes en la causa, sumado a las propias declaraciones del actor quien expresa que dicha relación laboral nunca fue inscripta ni formalizada; que no formó parte de la planta de personal de la Comuna de Pilar; que tampoco había firmado nunca contrato de ningún tipo; que era un "trabajador en negro"; y que nunca se lo designó por medio del acto administrativo correspondiente (ap.IV.4, f.7), confirman que, sin lugar a dudas, no era, en verdad, empleado público de la Comuna de Pilar. En efecto, al no constar la existencia de contratos, ni, en su caso, la del respectivo acto administrativo de aprobación, así como tampoco recibos de haberes, se autoriza a concluir, a lo sumo -conforme al criterio sentado por la Corte Suprema de Justicia en autos "Gargatagli" (A. y S. T. 156, pág. 202) y "Martorell" (A. y S. T. 156, pág. 237), y receptado por esta Cámara en autos "Rojas" (S. T. 1, pág. 449)-, que la "suma pactada" -la cual, el actor señala en \$ 763 por quincena, a la cual se le sumaba la de \$ 300 por actividad insalubre cuando trabajó en la recolección de residuos (ap. IV. 6, f. 7)- podría considerarse que fue establecida en términos globales, es decir, comprensiva de los distintos rubros que pudieran corresponder -por distintos conceptos- al actor; más allá de la genérica negativa formulada por la demandada al respecto. Por lo tanto, no habiendo logrado acreditar el recurrente que se le adeude suma alguna originada durante el período laborado, la demanda no puede prosperar. Desde luego, ni remotamente concurren las extraordinarias circunstancias consideradas y resueltas por este Tribunal en la causa "Nagel" (A. y S. T. 28, pág. 152). c. Por lo demás, y en relación a la pretensión de que se lo incluya en el "escalafón correspondiente" -en cuanto pudiera entenderse a que se disponga su ingreso a la planta permanente- resulta manifiestamente improcedente, especialmente a la luz de los conocidos criterios jurisprudenciales de esta Cámara, de la Corte local y de la Corte federal. En este orden, la Corte nacional, al juzgar las conocidas causas "Ramos" (Fallos 333:311) y "Sánchez" (Fallos 333:335), ha venido a ratificar su inveterada doctrina en torno a que ni el desempeño de tareas típicas de la actividad permanente de la Administración, ni el mero transcurso del tiempo, alcanzan por sí mismos para modificar situaciones irregulares. En efecto, tal como lo sostuvo esta Cámara en autos "Novalanek" (A. y S. T. 22, pág. 487) y reiteró en autos "Nagel" (citado), "la concurrencia del derecho a la estabilidad fue expresamente desechada por esa Corte en el mencionado caso 'Ramos' (considerando 8)"; con lo que, reitero, la prestación de funciones -incluso propias del personal permanente- por determinados lapsos no alcanza per se para otorgar un ingreso directo a la planta permanente obviando todo tipo de proceso de selección, ni para generar el derecho a la estabilidad, ni, por consiguiente, a la "correspondiente categoría escalafonaria" supuestamente pretendida en el caso. Ello, sin perjuicio de que la oportunidad de dictar un acto administrativo de nombramiento de personal -así como el de su contratación- es una atribución de carácter privativo, como titular de la función administrativa, de la Comisión Comunal, a la que le compete con exclusividad la valoración de su oportunidad o conveniencia. Tal valoración, naturalmente, importa un particular aspecto de la función administrativa que se traduce en juicios de ponderación con ingredientes discrecionales que ingresan en la zona de reserva de la Administración. De todo ello se sigue la improcedencia del recurso interpuesto, lo que, de prosperar este voto, así corresponde declarar. En cuanto a las costas, dado que -atento a las circunstancias del caso- pudo el actor considerar que tenía razón bastante para litigar, se impondrán por su orden. Voto, pues, por la negativa. A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Palacios expresó similares fundamentos a los vertidos por el señor Juez de Cámara doctor Lisa, y votó en igual sentido. A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Fabiano dijo: Conforme el criterio sustentado al tratar la cuestión anterior, me abstengo de emitir opinión. A la tercera cuestión el señor Juez de Cámara doctor Lisa dijo: Atento el resultado obtenido al tratar la cuestión anterior, corresponde rechazar el recurso interpuesto, con costas por su orden. Así voto. A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Palacios dijo que la resolución que correspondía adoptar era la propuesta por el señor Juez de Cámara doctor Lisa, y así votó. A la misma cuestión, el señor Juez de Cámara doctor Fabiano dijo: Conforme el criterio sustentado al tratar las cuestiones anteriores, me abstengo de emitir opinión. En mérito a los fundamentos del acuerdo que antecede, la Cámara de lo Contencioso Administrativo N° 1 -integrada- RESOLVIÓ: Declarar improcedente el recurso interpuesto; con costas. Registrarlo y hacerlo saber. Con lo que concluyó el acto, firmando los señores Jueces de Cámara por ante mí, doy fe. Fdo. PALACIOS. LISA. FA BIANO (art. 26, ley 10.160). DI Mari (Sec)

Nota:

(*) Sumarios elaborados por Juris online

008559E