

Empleo Publico Jornada Laboral Compensacion Por Realizacion De Tareas Insalubres

JURISPRUDENCIA

Empleo público. Jornada laboral. Compensación por realización de

tareas insalubres Se confirma el fallo que hizo lugar a la demanda deducida por varios empleados municipales que se desempeñan en el área de terapia intensiva de un hospital público, a fin de que se les reconozca una jornada laboral más extensa por tratarse de tareas insalubres, como específicamente lo dispone la ordenanza municipal 5299/93. En la ciudad de General San Martín, a los 17 días del mes de mayo de 2016 se reúnen en acuerdo ordinario los jueces de la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en San Martín, estableciendo el siguiente orden de votación de acuerdo al sorteo efectuado: Echarri - Saulquin - Bezzi; para dictar sentencia en la causa N° 5046/16, caratulada "PETRUCCELLI ADRIANA NORMA Y OTROS C/ MUNICIPALIDAD DE GENERAL SAN MARTÍN S/ PRETENSÓN INDEMNIZATORIA".

ANTECEDENTES I. A fs. 637/650 y vta., el titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial de San Martín, resolvió: 1) Rechazar la excepción de prescripción interpuesta por la demandada Municipalidad de General San Martín como defensa de fondo, en virtud de lo expuesto en los considerandos.2) Hacer lugar parcialmente a la demanda incoada por los actores contra la Municipalidad de General San Martín reconociéndole por el rubro realización de una jornada más extensa, de conformidad con lo establecido por la Ordenanza N° 5299/93 entre el período 11/2/94 y 01/01/06 a los actores Petrucelli Adriana Norma, Kalejman Helena Judith, Roman Cristina Esther, Ramos Oliver José Antonio, Cornejo Norberto y respecto de Mariani María Cristina, entre el período 21/11/2004 (fecha de ingreso) y 01/01/2006 (Art. 1 Dec. 2596/2005) en relación a Chomyn Juan Carlos entre el período 15/11/2004 (fecha de ingreso) y 01/01/2006 (art. 1 Dec 2596/2005) en base a la liquidación a practicarse, conforme las pautas que se determinan en el artículo 3) de la presente.3) A fin de confeccionar la liquidación a que se alude en el artículo que antecede, tal como se señalara en el considerando 7.1, deberá calcularse de cada uno de los actores, teniendo en cuenta los períodos reconocidos en el artículo 2) el salario diario y una vez obtenido el mismo deberá fijarse el valor hora el cual se deberá incrementar en un 50%. La suma que se reconoce estará dada, sobre la diferencia existente entre el valor hora diario y el valor hora incrementado en un 50% (art. 21 ley 11.757), dicho resultado se multiplicará por dos, suma a la cual deberá aplicársele la tasa de interés que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires por depósitos a treinta días debiendo liquidarse desde la fecha que cada suma ha sido debida hasta la fecha de efectivo pago. (Art 622, del Código Civil, art 7 y 10 Ley 23.928 modificado por la Ley 25.561 y 5° de la Ley 25.561).4) Rechazar parcialmente la demanda impetrada en cuanto a los rubros imposibilidad de obtener una jubilación anticipada y daño moral por las consideraciones expuestas precedentemente. 5) Intimar a la demandada Municipalidad de General San Martín -previo a confeccionarse la liquidación a la que se refiere en los artículos 2 y 3 de la presente - a que acompañe dentro de los diez días de notificada la sentencia, detalle de los haberes mes por mes percibidos por los actores Petrucelli Adriana Norma, Kalejman Helena Judith, Roman Cristina Esther, Ramos Oliver José Antonio, Cornejo Norberto, entre 1994 y enero de 2006, y respecto de Mariani María Cristina desde 21/11/2004 hasta el 01/01/2006 y respecto de Chomyn Juan Carlos desde el 15/11/2004 hasta 01/01/2006, bajo apercibimiento de aplicar astreintes por cada día de retraso, a tal fin líbrese oficio de estilo.6) A efectos del cumplimiento de la presente, la misma deberá serlo en el plazo de SESENTA (60) DIAS contados desde que quede firme el auto de aprobación de la liquidación a practicarse de acuerdo a las pautas establecidas en los considerandos precedentes. (Arts. 63 CCA y 163 de la Constitución Provincial).7) Atento lo resuelto, las costas se imponen a la demandada Municipalidad de General San Martín (Art. 51 inc. 1° del C.C.A. conf. Ley 14.437), difiriendo la regulación de honorarios para la oportunidad establecida en el artículo 51 de la Ley 8.904?. II. Contra dicha resolución, la parte demandada interpuso recurso de apelación (ver fs. 1480/1483 y vta.) y ordenado que fuera -por el a quo- el traslado del mismo a las partes por el término de 10 días (ver fs. 1484), la actora procedió a contestarlo (según surge de fs. 1485/1490 y vta.). III. Elevadas las actuaciones a esta sede, a fs. 1494, las mismas fueron recibidas ?cfr. constancia de fs. 1494 vta.- pasando los autos a resolver (ver fs. 1495). IV. A fs. 1496/1497, el tribunal declaró concedido el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 1480/1483 y vta., contra la sentencia definitiva dictada en la causa. Asimismo, las partes fueron debidamente notificadas (cfr. fs. 1498/1499, 1500/1501, 1502/1503, 1504/1505, 1506/1507, 1508/1509, 1510/1511, 1512/1513 y vta.). En tales condiciones, el tribunal estableció la siguiente cuestión a decidir: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? VOTACIÓN A la cuestión planteada, el Señor Juez Hugo Jorge Echarri dijo: 1°) Para resolver del modo indicado en el punto I anterior, el Sr. Juez a quo relacionó los antecedentes fácticos y procesales del caso. En primer lugar, realizó una síntesis del expediente administrativo N° 4051-895-S/2004 e indicó el marco normativo aplicable. Luego analizó lo relativo a la excepción de prescripción impetrada por

la Municipalidad demandada como defensa de fondo y puntualizó que la prescripción conecta el derecho con el tiempo, pues el instituto de la prescripción no es más que un medio de adquirir un derecho o de liberarse de una obligación por el transcurso del tiempo. Explicó que no se trata de la extinción de las obligaciones, ni de la liberación total del deudor, sino de la extinción de la acción para exigir su cumplimiento y que la prescripción liberatoria es una excepción para repeler una acción por el solo hecho de quien la entabla ha dejado durante un lapso de intentarla. Exteriorizó que por lo tanto y de acuerdo a lo preceptuado por el art. 3949 del Código Civil, para que la prescripción se produzca deben darse dos elementos esenciales, a saber: a) la inacción del titular y b) el transcurso de un período de tiempo con esa inactividad. Detalló lo postulado por ambas partes, en cuanto a que al contestar el traslado de excepción de prescripción, los actores refieren que dicha defensa se efectúa sin justificar adecuadamente su pretensión; asimismo, indican que la accionada funda su planteo en lo dispuesto en el art. 4027 inc 3º del Código Civil y que incurre en errores conceptuales aduciendo que son diferencias salariales, cuando pretenden la reparación de los perjuicios por el horario en exceso que debieron cumplir ya que el municipio no ha cumplido con la obligación de incluirlos en tareas insalubres; además entienden que la demandada pretende incluir la prescripción que prevé la norma referida supra sin recordar que tratándose de cuestiones de derecho administrativo debe aplicarse el plazo más largo, es decir a la prescripción decenal, entendiendo que dado la índole del derecho reclamado el derecho nacería a partir del reconocimiento o denegatoria a su petición. En tanto la parte demandada entiende que corresponde el plazo quinquenal establecido en el art. 4027 inc. 3 del CC, por lo que de aplicarse dicho artículo la acción se hallaría prescripta, entendiendo que dado la índole del derecho reclamado el derecho nacería a partir del reconocimiento o denegatoria a su petición. Entendió que admitida formalmente la prescripción como defensa de fondo, corresponde analizar cuál es el plazo de la misma y consecuentemente, si ella debe prosperar en la presente. Expresó, en tal sentido, que el tema del plazo de prescripción en materia de empleo público es controvertido y divide a la doctrina y la jurisprudencia, en tanto que mientras para algunos juristas resulta de aplicación el plazo decenal contemplado en el artículo 4023 del Código Civil, para otros resulta pertinente la aplicación del plazo quinquenal previsto en el inciso 3 del art. 4027 del mismo cuerpo legal. Puntualizó que quienes sostienen la aplicación del plazo decenal de prescripción lo hacen en el entendimiento de que en lo que hace a los créditos nacidos de una relación laboral, debe estarse a la solución más favorable a la subsistencia de la acción, y a favor del corte más extenso, en coherencia con la doctrina invariable de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, que sostuvo, desde antiguo, que la prescripción debe ser analizada con criterio sumamente restrictivo, y que toda inquietud en torno al plazo debe ser resuelta aplicando el término más dilatado; y que en cambio, quienes sostienen la aplicación del plazo quinquenal contemplado en el artículo 4027 inciso 3 del Código Civil entienden que el enunciado genérico del artículo 4023 del Código Civil comprende aquellos supuestos no previstos en el ordenamiento jurídico, exponiendo éstos que para el supuesto de reclamos como el de autos, los pagos deben efectivizarse a plazos y en forma periódica, por lo que concluyen que la norma de aplicación sería el artículo 4027 inciso 3 CC, precepto comprensivo de los supuestos de atrasos en "...todo lo que debe pagarse por años, o por plazos periódicos más cortos?". Señaló la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en la materia, conforme la cual, ante la ausencia en el derecho administrativo local de un plazo de prescripción que comprenda a las acciones en las que se reclaman haberes devengados en el marco de una relación de empleo público, debe estarse a lo dispuesto en el Código Civil (art. 16 CC y 171 Constitución de la Provincia) y que acorde con éste, la prescripción decenal del art. 4023 es aplicable a toda clase de acciones prescriptibles que no estén sujetas a plazo diverso. Remarcó que considera que -en materia de empleo público- resulta de aplicación el plazo decenal prescripto en el artículo 4023 del Código Civil por cuanto entiende que por el carácter social de los derechos que tal materia entraña, debe soslayarse cualquier interpretación desfavorable de la norma aplicable a la situación en los que se encuentran los destinatarios de las resoluciones judiciales. Resaltó, asimismo, que la reforma constitucional del año 1994 incorpora a la Constitución de la Provincia de Buenos Aires un principio destinado a quienes están encargados de aplicar e interpretar el derecho en materia laboral y de seguridad social, por lo que regirán los principios de justicia social, y en caso de duda, la interpretación a favor del trabajador. Indicó que el art. 39 de la Constitución provincial en su apartado 3 dice: "En materia laboral y de seguridad social regirán los principios de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, progresividad y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador?"; y que compartiendo la doctrina mayoritaria de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto a que en materia de empleo público debe aplicarse el plazo decenal de prescripción previsto en el artículo 4023 del Código Civil, corresponde que se expida sobre su aplicación al caso. Puntualizó que el artículo citado establece un plazo genérico de prescripción de la acción, así reza: "Toda acción personal por deuda exigible se prescribe por diez años, salvo disposición especial....?", considerando que de la nota a dicho artículo, surge que "todas las acciones que no sean reales, o más bien, toda prescripción liberatoria, se cumple a los diez años...". Destacó que tal artículo fija un plazo genérico de prescripción desde el momento mismo en que la acción se hallaba expedita, fijando un plazo diferente -de cinco años- para el caso de obligaciones pagaderas a plazos periódicos (art. 4027 inciso 3º CC). Aclaró que la obligación

prescribe en el instante mismo en que se cumple el plazo fijado por la ley (art. 4017 CC); es decir, que si a la inacción de la parte se suma el transcurso de los plazos previstos por la ley, se produce la prescripción liberatoria que consiste en una excepción para repeler una acción (art. 3949 CC). Concluyó que cuando el curso de la prescripción ha transcurrido íntegramente, una situación suspensiva posterior no impedirá de ninguna manera que se haga valer la prescripción ya operada; y que ello halla su fundamento esencialmente en la seguridad jurídica, en tanto se pretende que el plazo de prescripción no quede abierto indefinidamente. Recalcó que el plazo previsto en el artículo 4023 es un momento mismo que el reclamo se torna exigible; y que ello es así pues el legislador aclaró que este plazo será de aplicación "salvo disposición especial", estableciendo acto seguido casos en los cuales dispone para determinadas acciones el plazo de prescripción. Recordó que de las constancias aportadas por las partes, surge que los actores reclaman los daños y perjuicios como consecuencia de la falta de cumplimiento en tiempo y forma, de las disposiciones de la Ordenanza Municipal 5299/93 que consideraba insalubres las actividades que desarrollaban las mismas (servicios de terapia intensiva) y por lo que les correspondía reducción de la jornada laboral y la realización de aportes diferenciados, a fin de poder obtener una jubilación anticipada conforme las previsiones del Decreto Ley 9650/80. Indicó que tomando como plazo de prescripción decenal entiende que el mismo comienza a correr desde que cada crédito existe y puede ser exigido, es decir, la prescripción corre de modo independiente en relación a cada crédito mensual que se va haciendo exigible. Subrayó que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires tiene dicho que es principio general en esta materia que la prescripción comienza a correr desde que el crédito existe y puede ser exigido; y que en sentido inverso, la prescripción no transcurre cuando los derechos o las acciones aún no han tenido nacimiento. Consideró que por consecuencia, el plazo de prescripción comienza a contarse desde que la acción nace; y que como derivación de ello, estima que la acción contencioso administrativa intentada, no se encuentra prescripta, toda vez que de las pruebas colectadas en autos surge que los actores iniciaron el reclamo administrativo en febrero de 1994 a fin de que sean incluidos en el régimen de tareas insalubres, situación que perduró más allá del amparo por mora que incoaron a fin de que se resuelva su pretensión, recién en oportunidad del dictado del Decreto N° 2596/05, por lo que implica que su derecho a reclamar se encontraba vigente a la fecha de inicio de las presentes actuaciones. Citó jurisprudencia del presente Tribunal e indicó que -repassadas que fueran las actuaciones administrativas y el expediente judicial sobre amparo por mora iniciado por los actores en este Juzgado- corresponde el análisis de la pretensión incoada por las mismas -reparación de daños y perjuicios-, expresando que la misma debe prosperar. Hizo mención a la normativa citada en las actuaciones, tales como la Ordenanza Municipal N° 5299/93 que en su artículo primero establece que "se consideran servicios insalubres en base a lo asesorado por la Comisión Permanente de Higiene Ambiental y Seguridad en el Trabajo de este Municipio, las distintas áreas municipales de salud detalladas a continuación:...C- Servicios de Terapia Intensiva..."; y que seguidamente su artículo segundo prescribe "el personal que se desempeña en los Servicios citados en el Artículo 1° de la presente Ordenanza, percibirá la remuneración correspondiente al régimen horario semanal establecido para cada clase, pero cumplirá sus tareas con un porcentaje de un cuarto (1/4) de jornada de reducción horaria". Continuó el relato detallando que el artículo cuarto de la misma norma dispone que "el Departamento Ejecutivo comunicará y tramitará ante el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires la inclusión de las áreas municipales arriba detalladas en la categoría de servicios insalubres a los efectos previstos por las legislaciones previsionales (Ley 9650 inc. f y g y sus Decretos reglamentarios)?: Resaltó, posteriormente, lo establecido en el artículo 26 del Decreto Ley 9650/1980 que dispone: "Facúltese al Poder Ejecutivo para establecer límites de edad y servicios diferenciales en el caso de tareas insalubres...En tales casos los límites de edad y de servicios no podrán reducirse en más de diez años con relación a los exigidos por el inciso a) del artículo anterior"; y por último, que el Decreto N° 2596 del 09/12/05, determina en su art. 1°: "Todo personal profesional incluido en la carrera profesional de la salud (ord. 5971/95) que posee asignada una carga horaria de 36 horas semanales de labor, cumpliendo funciones en los Servicios de Diagnóstico por imágenes, Anatomía Patológica, Terapia Intensiva, Neonatología, Laboratorio, Hemoterapia, a partir del 01/01/2006 gozarán de reducción de su carga horaria del 25 %?". Exteriorizó que los actores son dependientes del Municipio de General San Martín, cumpliendo tareas en el Servicio de Terapia intensiva del Hospital Municipal Dr. Diego E. Thompson -dependiente de la accionada- como médicos; y que corresponde entonces determinar si la Municipalidad de General San Martín dio cumplimiento respecto de los accionantes con las disposiciones de la Ordenanza en cuestión. Explicó que la citada normativa fue sancionada con fecha 27 de septiembre de 1993 y promulgada el 24/11/93, disponiendo considerar servicios insalubres distintas áreas municipales por las características de las tareas desarrolladas en las mismas, entre las cuales se encuentra incluido el Servicio de Terapia intensiva; y que de la lectura del texto de la misma surgiría "a su entender- prima facie, que nos encontramos en presencia de una norma operativa, entendiéndose por tal aquella que contiene descripciones lo suficientemente concretas de determinados supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Resaltó que una norma es entonces operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente sin la necesidad de otras instituciones; y que a diferencia de éstas, las normas programáticas son aquellas que no son autoaplicativas en razón de requerir reglas

complementarias para entrar en funcionamiento. Expuso que del expediente administrativo, se desprende que los actores ante la falta de adecuación al régimen de insalubridad, debieron dar inicio al mismo, dando por cierto sus dichos en cuanto al extravío de dichas actuaciones y su posterior reconstrucción de acuerdo a lo ordenado en fecha 31 de marzo de 2004 por el señor Secretario de Salud. Entendió, entonces que no se observó en el caso lo dispuesto en la Ordenanza 5299/93 y recordó que el artículo 108 del Ordenanza municipal 5971/95 de la Carrera Profesional de la Salud establece que "...las autoridades municipales serán responsables de que se tomen las medidas requeridas para la protección de la salud, teniendo en cuenta leyes, decretos y demás reglamentaciones legales en vigencia...?". Estimó que sobre lo actuado con los accionantes, surge una clara conducta omisiva por parte de la administración como organismo de aplicación de la norma en cuestión, considerando que el planteo efectuado por los actores en el libelo inaugural es el correcto, ya que "a su entender- encuadran su pretensión por el resarcimiento por los daños y perjuicios que les ocasionó la no aplicación de la Ordenanza N° 5299/93 y no en la anulación del decreto que los encasilla, toda vez que el mismo acto les reconoce la aplicación de la norma referida, es decir los beneficia, no reconociéndose su inclusión en el citado régimen que ante su operatividad, debió aplicarse desde la fecha de sus reclamos 11/2/94, por lo que desestimó la impugnación de dicho acto como pretende la demandada en su escrito de responde, a fin de que se le reconozca las horas trabajadas en exceso al corresponderle una jornada laboral reducida, sumado a los aportes jubilatorios diferenciados que le hubieran correspondido. Razonó que el "thema decidendum" de la litis queda resumido en cuanto a la pretensión a la responsabilidad que le cupo a la Municipalidad demandada por su omisión de no incluir a los actores desde la fecha de su reclamo en el régimen encontrándose acreditado que el área donde trabajaban los mismos se encuentra dentro de los declarados insalubres (Ordenanza N° 5299/93), y que no existiendo eximente alguno sobre dicho accionar, deberá determinarse la indemnización que corresponde reconocerles por dicha actitud. Indicó que corresponde fijar el quantum indemnizatorio teniendo presente que los actores reclaman, por una realización de una jornada más extensa (horas suplementarias artículo 21 del ley 11.757), imposibilidad de obtener una jubilación anticipada (\$ 30.000) y daño moral (\$ 70.000), y analizó los rubros separadamente, indicando que "con respecto a la realización de una jornada más extensa- entienden las accionantes que la demandada se enriqueció indebidamente con sus trabajos, tarea que no fue recompensada con el pago de adicional alguno y que merece la reparación de la misma, considerando que trabajaron exactamente el 25% más de lo debido y que a los fines de poder determinar la compensación, es necesario recurrir a lo establecido en el art. 21, actual 74 de la ley 11757. Recordó que por su parte, la municipalidad demandada entiende que en ningún momento los actores realizaron horas ni tareas extraordinarias y que siempre cumplieron su horario de trabajo dentro del horario general establecido para la Administración Pública General. Consideró, así, que resulta de aplicación lo previsto en el Estatuto del Empleado Municipal (Ley 11757) que en su artículo 13 establece que "El personal con estabilidad revistará conforme las previsiones de los escalafones que el departamento ejecutivo disponga según lo preceptuado en la presente ley, no pudiendo la jornada laboral normal ser inferior a seis horas diarias, ni superior a nueve horas diarias. No obstante cuando la índole de las actividades lo requiera el departamento ejecutivo podrá instruir otros regímenes horarios y de francos compensatorios"; y además, que el artículo 21 de la norma referida dispone: "El agente que deba cumplir tareas que exceden el máximo de la jornada laboral normal establecida en el artículo 13 del presente régimen, en días laborales, será retribuido conforme a un incremento del 50% por cada hora que exceda la misma...?". Concluyó que en este orden de ideas y en virtud de lo establecido en la Ordenanza 5299/93, donde se determina que el personal que se desempeña en los Servicios declarados insalubres (servicio de terapia intensiva) percibirá la remuneración correspondiente al régimen horario semanal establecido para cada clase -Ver artículo 13 del estatuto de empleo municipal señalado precedentemente- pero cumplirán sus tareas con un porcentaje de un cuarto de jornada de la reducción horaria, entiendo que asiste razón a los actores en cuanto laboraron mayor cantidad de horas de las que le correspondía conforme a las tareas y lugar en que cumplían las mismas. Tuvo en cuenta para llegar a tal conclusión, que la Ordenanza municipal declara insalubre el área donde trabajan los accionantes desde el año 1993, razón por la cual, dicha norma tuvo como finalidad la protección de la salud de los actores, por lo que laborar una jornada superior a la establecida debe compensarse. Remarcó que -a los efectos de determinar la suma indemnizatoria a reconocerse por tal concepto- los actores no han ofrecido probanzas que permitan la realización de la liquidación que intentan valer y solamente ofrecieron a tal fin la prueba instrumental -recibos de sueldo uno por cada actor- y los cálculos por ellas efectuados en el escrito de demanda, estos últimos impugnados por la demandada en su escrito de responde. Recordó al respecto los principios procesales referidos a la carga de la prueba e indicó que sin perjuicio de ello -dentro de las facultades que le acuerda el artículo 165 del CPCC, el 50 inc. 6 y 77 del CPCA- establece las bases a los efectos de practicarse la liquidación por el monto a reconocerse. Analizó las sumas mensuales percibidas por los actores y expuso que conforme surge del art. 1 del decreto N° 2596/05, debe calcularse el salario diario y una vez obtenido el mismo deberá fijarse el valor hora el cual se deberá incrementar en un 50% y que la suma entonces a reconocerse estará dada, teniendo en cuenta que se le retribuyó seis horas de trabajo hasta la fecha del Decreto N° 2596/05, para evitar así un enriquecimiento sin causa a favor de los accionantes, sobre la diferencia existente entre el valor hora diario y el valor

hora incrementado en un 50% (art. 21 del estatuto del empleado municipal), multiplicando dicho resultado por dos, teniendo en cuenta que las horas laboradas diarias eran seis cuando debieron realizar por la Ordenanza N° 5299/93 cuatro horas, es decir, que trabajaron en exceso dos horas diarias. Por último, detalló que a dicho resultado debe aplicársele la tasa de interés que pague el Banco de la Provincia de Buenos Aires por depósitos a treinta días debiendo liquidarse desde la fecha que cada suma ha sido debida hasta la fecha de efectivo pago, intimando -previo a confeccionarse la liquidación pertinente- a que la demandada acompañe dentro de los diez días de notificada la sentencia, detalle de los haberes mes por mes de los actores Petruccelli Adriana Norma, Kalejman Helena Judith, Roman Cristina Esther, Ramos Oliver José Antonio, Cornejo Norberto, -desde la fecha del reclamo en sede administrativa 11/02/94- y hasta el 01/01/2006 (art. 1 Dec 2596/05), para Mariani María Cristina desde el 21/11/2004 -fecha ingreso- y hasta el 1/01/06 fecha de reconocimiento, y para Chomyn Juan Carlos desde el 15/11/2004 -fecha de ingreso- y hasta el 01/01/2006, conforme surge del art. 1 del decreto N° 2596/05, bajo apercibimiento de aplicar astreintes por cada día de retraso. Relató, en cuanto a la imposibilidad de obtener una jubilación anticipada, que los actores manifiestan que la falta de aportes previsionales diferenciados que les hubiere permitido obtener una jubilación hasta con diez años de anterioridad de acuerdo a lo establecido en el art. 26 del decreto 9650/80, debería compensarse por dicha postergación injustificada la suma de \$30.000; y que la demandada impugna dicho rubro, pues entiende que los actores solicitan la reparación de un posible daño en lo futuro como sería jubilarse al cumplir la edad reducida con aportes reducidos, son aleatorias. Puntualizó que el artículo 26 de la Ley 9650/80 establece: "Facúltese al Poder Ejecutivo para establecer límites de edad y servicios diferenciales en el caso de tareas insalubres, determinantes de vejez o agotamiento prematuro. En tales casos los límites de edad y de servicios no podrán reducirse en más de diez años con relación a los exigidos por el inciso a) del artículo anterior." Razonó sobre este punto, que no existe un perjuicio actual para los actores y que de producirse el mismo, sería al momento que los mismos tengan la edad requerida para acceder al beneficio jubilatorio, sumado al reconocimiento por parte del ente previsional de las prerrogativas a las que se refiere la norma aludida precedentemente, por lo cual, entendió que deviene abstracto toda consideración sobre el mismo, y que por ello, tal rubro no prospera. Reseñó el Informe emitido en fecha 22 de junio de 2006, por la Dirección de Liquidación de Haberes de la Municipalidad de General San Martín, dirigido a la Dirección General de Recursos Humanos, mediante el cual se deja constancia que con los aportes del mes de Mayo/2006, se implementó el concepto de "Aporte Jubilatorio" para el IPS, correspondiente al 16% de aporte por insalubridad a los agentes incluidos en el Decreto N° 2041/05 (art. 3°); y que luego se realizó consulta al IPS para modificar las Declaraciones Juradas según lo solicitado por Decreto, dejándose constancia que se ha cumplimentado dicho descuento a los actores. Consideró, entonces, que el agravio en análisis no puede prosperar por cuanto entiende que si bien los actores sustentan el agravio sobre la base de lo establecido en el aludido artículo 26 del Decreto Ley 9650/80, destacando que -por el mismo- "se podrán jubilar hasta diez años antes de edad y de servicios las personas tengan aportes en concepto de insalubres", lo cierto es que tales alegaciones carecen de sustento, en tanto el daño invocado resulta hipotético. Citó jurisprudencia en tal sentido, del Alto Tribunal Provincial y del presente Tribunal, en cuanto a que uno de los requisitos para que el daño sea resarcible radica en que sea cierto, esto es, no meramente hipotético o conjetural sino real y efectivo. En otras palabras, que de no mediar su producción la condición de la víctima sería mejor de lo que es a consecuencia del mismo. Expuso sobre el rubro Daño Moral que los actores peticionan por tal concepto, la suma de \$70.000 para cada uno de ellos, ante el incumplimiento de la ordenanza referida ut supra, durante más de diez años, pese a los constantes reclamos de las mismas que incluso los llevó a promover una acción judicial tendiente al cumplimiento de la norma por ello entienden que debe ser reparado el perjuicio sufrido. También consideran que debe repararse la situación de amedrentamiento y persecución que recibieron de parte de los superiores como consecuencia de la promoción de la acción de amparo por mora, como así la exposición continua y prolongada a un ambiente y tareas consideradas insalubres poniendo en riesgo su salud y vida. Recordó que dicho rubro indemnizatorio, sabido es, resarce el detrimento o lesión en los sentimientos, en las íntimas afecciones de una persona; y que tiene lugar cuando se infiere un gravamen apreciable a ellas o, en general, cuando se agravia un bien extrapatrimonial o derecho de la persona digno de tutela jurídica. Entendió en base a ello, que para reconocer la procedencia del reclamo por daño moral, debe concurrir, aparte del daño patrimonial en sí mismo, un interés ajeno a lo económico -de índole espiritual- que sea objetivamente reconocible y jurídicamente relevante, y que a su juicio, no concurren tales extremos en la causa de acuerdo a los antecedentes reseñados. Aseveró, además, que no existiendo pericia psicológica, declaraciones testimoniales, ni demás elementos probatorios -más que meras alegaciones- que acrediten el estado de angustia invocado por los actores, no corresponde hacer lugar al agravio planteado y desestimar el recurso también sobre este aspecto. Citó jurisprudencia del presente Tribunal, considerando improcedente tal partida indemnizatoria, estimando, también, que la misma debe rechazarse e imponiendo las costas a la demandada Municipalidad de General San Martín. 2°) Descriptos los antecedentes del presente caso y expuestos los fundamentos, corresponde analizar la presentación recursiva efectuada a fs. 1480/1483 y vta., por la parte demandada -de acuerdo a lo resuelto en la admisibilidad de fs. 1496/1497. Advierto, en primer

lugar, que la demandada se agravia en cuanto el a quo rechaza la prescripción opuesta por dicha parte. Relata que el magistrado de grado expresó que "entiende que la acción contencioso administrativa intentada, no se encuentra prescripta, toda vez que de las pruebas colectadas en autos surge que los actores iniciaron el reclamo administrativo en febrero de 1994...? recién en oportunidad del dictado del Decreto N° 2596/05, por lo que implica que su derecho a reclamar se encontraba vigente a la fecha de inicio de las presentes actuaciones. Expresa que se agravia dicha parte, toda vez que los actores se notificaron del decreto de reencasillamiento N° 2041/05 con fecha 23/09/2005, conforme luce a fs. 70 vta. del Expte. 895-8-2004 y que consienten el dictado de dicha norma ya que no deducen ningún recurso administrativo a fin de obtener la anulación de dicho acto (art. 12 inc. 1 Ley 12008). Relata que los actores manifiestan que hicieron un reclamo administrativo que "consistió en la reparación de los daños y perjuicios padecidos, sin hacer mención a la impugnación del acto administrativo que los reencasilla? y que por ello el acto se encuentra consentido. Remite, seguidamente, a lo ya expuesto en la demanda, es necesario destacar que se ha volcado una serie de fallos de Suprema Corte de Buenos Aires que establece que no procede la indemnización por daños y perjuicios si se funda en un hecho jurídico consecuente de un acto administrativo válido por ausencia de impugnación. Afirma que como bien señala el a quo el plazo de prescripción en materia de empleo público es controvertido, y divide la doctrina y la jurisprudencia, pero que no debe soslayarse que rige una nueva normativa del Código Civil y Comercial, que aplica un nuevo paradigma, en tanto "según asevera- el art. 7° del nuevo ordenamiento, bajo el título "Eficacia temporal", dispone que "A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo". Luego, cita doctrina en cuanto a que las consecuencias son las derivaciones o efectos que reconocen su causa eficiente en las relaciones o situaciones jurídicas; y que la palabra "consecuencias" empleada por la ley, se refiere a derivaciones fácticas y no a efectos jurídicos que la nueva ley puede atribuir a hechos pasados. Indica que, por su parte, si las leyes gobiernan el contenido y los efectos de la situación o relación, los que ya han sucedido también deben ser considerados hechos cumplidos y por lo tanto no pueden ser afectados por la nueva ley. Interpreta que en la segunda categoría, hechos en curso, caben las mismas distinciones, y que para la constitución o extinción de la situación, debe diferenciarse entre situaciones jurídicas de formación continua (por ejemplo, la prescripción adquisitiva) y situaciones jurídicas de situación sucesiva, o sea, en escalones o etapas de su formación (por ejemplo, una venta que exige autorización judicial). Expresa que en el caso de estas últimas, cuando se trata de actos entre vivos, los hechos que no han determinado la constitución o extinción de una situación jurídica según la ley en vigor no pueden, por una ley nueva, ser considerados como que han producido esta constitución o extinción, sin que la ley declare la retroactividad. Considera que la ley tiene efectos inmediatos sobre los actos en curso de formación; y explica que si las leyes gobiernan el contenido o los efectos, debe distinguirse entre situaciones legales y convencionales. Continúa, indicando que no discute la aplicación inmediata de 'la ley para los efectos que se produzcan en situaciones que tienen origen ilegal; en cambio, si las relaciones o situaciones tienen origen en actos particulares o convencionales, la regla es que los rige la ley vigente al momento de su constitución. Cita jurisprudencia y enfatiza que la nueva normativa rige en forma inmediata aún para las consecuencias de las relaciones jurídicas existentes, incluso para los consecuencias de los hechos pasados que se sujetarán a la nueva normativa. Expresa que el a quo debió aplicar 2562 del Código Civil y Comercial. Manifiesta, posteriormente, que los actores reclaman el pago de daños y perjuicios sin impugnar el acto administrativo que supuestamente les ocasionó el perjuicio reclamado y que la defensa impetrada por dicha parte está sostenida por la inactividad de las partes quienes han dejado caducar su derecho a accionar. Afirma que el art. 7 del Código Civil y Comercial rige y se aplica a la situación de autos, por su aplicación inmediata; y que por ello la regla de la prescripción que debe aplicarse es la que establece el art. 2562 del Código Civil y Comercial. Reitera, como expresó en la contestación de demanda, que no existe daño actual por el que se deba considerar como ilícito acto alguno de su mandante, como tampoco existe "a su entender- perjuicio a los derechos de los actores. Critica la sentencia toda vez que el Considerando 6 refiere a una norma operativa, aseverando que la norma cuestionada no es operativa desde el momento que es necesaria la intervención del Ministerio de salud de la Provincia de Buenos Aires, a fin de que determine la insalubridad de las tareas, y que por ello no es operativa "per se?". Manifiesta que por ello critica su mandante la sentencia del a quo por cuanto imputa responsabilidad a su mandante por su "omisión" de no incluir a los actores desde la fecha de su reclamo. Ya que si el a quo interpreta que su mandante ha cometido una omisión cuando en realidad dependía la operatividad de la norma de la Resolución Provincial. Se agravia, en segundo lugar, en cuanto manifiesta que los decretos han sido dictados en forma legítima, por lo que no existe posibilidad de generar un daño económico a los actores. Expresa que no hay manera de que los actores hayan padecido un "sacrificio" especial, atento que nada les correspondía en forma legítima. Indica que los actores se encontraban ajenos a lo dispuesto por la Ley 11757 sino incluidos en la Carrera Médica Hospitalaria, y la Ordenanza Municipal 5971, pero más allá que los actores tuvieran en sí un régimen

especial que ya establece una jornada diferente. Esgrime que la ley 11757 establece que las horas extras deben ser acreditadas fehacientemente por quien las invoca, por tratarse de un evento extraordinario y que las jornadas realizadas con anterioridad a la reducción horaria lograda por los actores eran las requeridas para el plantel Municipal. A continuación, reitera que critica que el a quo considera operativa la Ordenanza 5299/93, desde el año 1993. Asimismo, repite lo manifestado al contestar demanda en cuanto a la jurisprudencia aplicable. Concluye su planteo, manifestando que no existe daño actual por el cual se deba considerar como ilícito a acto alguno de su mandante, como que tampoco existe perjuicio a los derechos de los actores que hagan presuponer que su mandante adeude los montos establecidos en la sentencia apelada. 4º) A fs. 1485/1490 y vta., la parte actora contesta el traslado conferido de la presentación recursiva y expresa que dicha parte reclamó daños y perjuicios padecidos como consecuencia del cumplimiento tardío de lo dispuesto en la Ordenanza 5299/93, la cual dispuso en su articulado los servicios municipales considerados insalubres, dentro de los cuales, se encuentra el Servicio de Terapia Intensiva, disponiendo la reducción de la jornada laboral, y consecuentemente con las previsiones del Decreto Ley 9650/80, la realización de aportes previsionales diferenciados, a fin de obtener una jubilación anticipada en atención a la insalubridad reconocida. Esgrime que ante la falta de adecuación al régimen de insalubridad, algunos de los ahora actores iniciaron el expediente N° 2128-V 94 donde se solicitaba el correcto encuadre de sus tareas como insalubres, y viendo que no se resolvía su planteo, se les informó que el expte. se había extraviado, por lo que se vieron obligados a pedir la reconstrucción del mismo, dando origen al expte. 895-S-04. Aduce que ante la falta de respuesta se vio obligada a trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 de San Martín, los autos ?Kalejman, Judith y o/s. c/ Municipalidad de General San Martín s/ amparo por mora?, a fin de que se resuelva nuestro pedido y donde se comprobó la reticencia de la demandada en dar cumplimiento a una obligación legal o a fundamentar la falta de cumplimiento, por lo que se dio lugar al amparo por mora y se ordenó al municipio a que resuelva el expediente administrativo. Puntualiza que ante la orden judicial, a fines del mes de septiembre de 2005, la demandada procedió al dictado del decreto N° 2596/05, en virtud del cual se procedió a efectuar la reducción horaria establecida en el art. 1 de la Ordenanza 5299/93, aunque no se habían efectuado los aportes previsionales diferenciados que permitían la obtención del beneficio jubilatorio en forma anticipada y recién con los sueldos correspondientes al mes de mayo de 2006, procedieron a descontar el aporte jubilatorio diferenciado. Expone que la citada Ordenanza es una norma operativa y debió ser implementada de Oficio, sin necesidad de intimación judicial, que la misma dice que el Ejecutivo comunicará al Gobierno de la Provincia de Buenos Aires la inclusión de las áreas municipales insalubres y nada dice que se deba pedir autorización para efectuar los aportes. Manifiesta que la demandada en su expresión de agravios no es clara por cuanto en su desarrollo mezcla dos reclamos y argumenta en ambos sin determinar dónde se encuentra el daño irreparable que la sentencia de grado le produce. Enfatiza que no medió inacción de su parte, que la acción contencioso administrativa intentada no se encuentra prescripta ?toda vez que los actores iniciaron el reclamo administrativo en febrero de 1994 fin de que sean incluidos en el régimen de tareas insalubres, situación que perduró más allá del amparo por mora que incoaron a efectos de se resuelva su pretensión recién en oportunidad del dictado del Decreto 2596/05, por lo que implica que su derecho a reclamar se encontraba vigente a la fecha de inicio de las actuaciones. Aduce que el planteo de prescripción esgrimido no puede prosperar, por cuanto ni estaba prescripto ni se debe aplicar el art. 2562 CCyC, ya que no se puede intentar valerlo para hechos ocurridos en el pasado y además esta parte entiende que no corresponde aplicarlo a los reclamos originados como consecuencia del empleo público. Relata que en el último párrafo del primer agravio, la demandada menciona que la Ordenanza 5299/83 no es una norma operativa, pero que ello resulta inexacto por cuanto la ordenanza expresa que reconoce el Servicio de Terapia Intensiva, entre otros, como insalubre y que como consecuencia de ello, se reducirá en ¼ de jornada laboral, percibiendo la misma remuneración que a cada uno le corresponde con respecto a su respectiva carga laboral. En su art. 4, según indica, se establece que se comunicará a la Provincia de Buenos Aires la inclusión de los Servicios Insalubres a los fines previsionales. Expone que a partir de mayo de 2006 se comenzaron a efectuar los aportes previsionales diferenciados en concepto de insalubre y que con ello se demuestra que la demandada no puso en práctica lo establecido en la ordenanza citada porque no quiso y no porque debiera cumplir con un requisito previo. Con respecto al segundo agravio, aduce que si bien los decretos fueron dictados en forma legítima, lo cierto es que se generó un daño patrimonial en tanto la reducción horaria y los aportes diferenciados fueron realizados tardíamente y luego de que la actora reclamara administrativa y judicialmente. Manifiesta que corresponde la reparación pecuniaria en la medida en que ha padecido un sacrificio especial sin tener culpa de ello. Remite al art. 108 de la Ordenanza Municipal 5971/95 de la Carrera Profesional de la Salud y esgrime que el daño es concreto y real, por haber trabajado horas de más. Afirma que el estado debe responder por la actividad lícita cuando ella causare un perjuicio y cita jurisprudencia, enfatizando que corresponde que se reparen los daños ocasionados por parte del Municipio por la omisión de no haber cumplido con la normativa vigente sin necesidad de ser intimada para hacerlo. 5º) Ahora bien, preliminarmente y adentrándonos en el recurso de apelación planteado por la Municipalidad de San Martín, corresponde ?por una cuestión de índole metodológica- puntualizar que las disposiciones del

derogado Código Civil (ley 340) son las aplicables al caso, por estar vigentes al momento en que se emitió la Ordenanza 5299/93 cuyo incumplimiento, por parte de la comuna demandada ocasionó los daños cuya reparación reclama la parte actora (doct. art. 7 del C.C.C., ley 26.994; conf. SCBA en causa A. 70.603, "Rolón, Hermelinda contra Municipalidad de La Plata. Pretensión indemnizatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley" del 28/10/15, y este Tribunal "por mayoría- en causa N° 4702 caratulada "Gauna", causa N° 4742 caratulada "González" entre muchas otras). Dicho lo expuesto, no puede receptarse el planteo de la demandada en cuanto a la aplicación del Código Civil y Comercial, en su nuevo ordenamiento, bajo el referenciado título "Eficacia temporal" contenido en el art. 7°. Es que esta Alzada ya se ha pronunciado "frente al sustancial cambio normativo producido con la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de La Nación y la consecuente derogación del anterior cuerpo normativo- (causas N° 2320/2010 caratulada "Iglesias Susana Beatriz c/ Municipalidad de Vicente López s/ Pretensión Indemnizatoria", sentencia del 21 de septiembre de 2015; N° 4870/2015 caratulada "Fernández Norma Viviana c/ Municipalidad de San Miguel s/ Pretensión Indemnizatoria", sentencia del 11 de febrero de 2016; N° 4868/2015 caratulada "Castro Norma Analía y otro/a c/ Provincia de Buenos Aires s/ pretensión indemnizatoria", sentencia del 15 de febrero de 2016, entre otras). En tal sentido, debo recordar que he señalado en dichos antecedentes que tanto el art. 3 del Código Civil de Vélez Sarsfield como el art. 7 del actual Código Civil y Comercial establecen que las leyes se aplicarán a partir de su entrada en vigencia aún a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Es decir, que se consagra la aplicación inmediata de la ley nueva, que rige para los hechos que están in fieri o en curso de desarrollo al tiempo de su sanción. Puntalicé consignando que lo que no podía juzgarse de acuerdo con ella eran las consecuencias ya consumadas de los hechos pasados, que quedaban sujetas a la ley anterior, pues jugaba la noción de consumo jurídico (conf. SCBA C. 101.610, sent. del 30-IX-2009). Sin embargo, no obstante lo sostenido, cabe adherir a la posición sustentada por la S.C.B.A en el caso "Rolón Hermelinda c/ Municipalidad de La Plata s/ Pretensión Indemnizatoria. Recurso Extraordinario de inaplicabilidad de ley" (SCBA LP A 70603 S 28/10/2015), pues el principio de celeridad y economía procesal tornan conveniente aplicar dicha doctrina, sin perjuicio de resguardar la opinión procesal sobre el punto. La mentada doctrina establece que resultan de aplicación a la cuestión a resolver las disposiciones normativas vigentes al momento en que se configuró la ilicitud cuya reparación se reclama. En definitiva, dejo a salvo mi opinión procesal en esta cuestión que, como la mayoría de las inherentes al Derecho, resulta materia opinable, sin que ello implique desconocer la alta autoridad jurídica y jurisdiccional de los Señores Jueces que intervinieron en el caso mencionado. 5.1. Dicho lo expuesto, observo al respecto que -en cuanto a la prescripción opuesta como defensa de fondo- el magistrado trató acabadamente el tema, reconociendo "con respecto al nuevo Código Civil y Comercial- que corresponde resolver conforme los preceptos esgrimidos en el régimen anterior y vigente en el momento del acaecimiento del suceso de marras. Razón por la cual, en la inteligencia de lo descripto, los planteos de la demandada en cuanto a que resulta de aplicación el art. 7 del nuevo ordenamiento normativo del Código Civil y Comercial; y que por ello la regla de la prescripción que debe aplicarse es la que establece el art. 2562 del Código Civil y Comercial no pueden prosperar. Ello, pese al embate enfático que realiza en este punto el recurrente. 6°) Seguidamente, continuando con el análisis de los agravios vertidos por la demandada, advierto que la misma reitera, como expresó en la contestación de demanda, que no existe daño actual por el que se deba considerar como ilícito acto alguno de su mandante, como tampoco existe "a su entender- perjuicio a los derechos de los actores. Asimismo, dicha parte vuelve a expresar que los actores consintieron el decreto de reencasillamiento por lo que "a su entender- no procede la indemnización por daños y perjuicios, en virtud de fundarse en un hecho jurídico consecuente de un acto administrativo válido por ausencia de impugnación y que la defensa impetrada por dicha parte está sostenida por la inactividad de las partes quienes han dejado caducar su derecho a accionar. En adición a lo expuesto, observo que reitera la demandada que no existió la obligación legal de realizar aportes en forma diferenciada ni de abonar tareas ni horas extraordinarias, considerando que no existe daño actual ni perjuicio a los derechos de la parte actora, enfatizando enérgicamente que el a quo debió aplicar el art. 2562 del Código Civil. Al respecto, advierto que los planteos en análisis resultan breves, escuetos y reeditan los argumentos vertidos en la contestación de demanda. Razón por la cual, considero que los mentados planteos junto con la crítica esbozada no pueden admitirse. Ello, en tanto aquéllos fueron oportunamente analizados por el magistrado de grado, tal como se aprecia en el pronunciamiento impugnado, quien tuvo en cuenta las manifestaciones vertidas en esa instancia por el accionante y su contraparte, las constancias obrantes en autos y la normativa aplicable al supuesto bajo análisis, para desplegar un acabado razonamiento que sustentara su decisión de rechazar la excepción de prescripción y de hacer parcialmente lugar a la demanda incoada por los actores contra la Municipalidad de San Martín. En efecto, del cotejo de las reseñas de la sentencia y de la apelación que realizara la demandada "descripta en los párrafos precedentes- puede apreciarse, con claridad, que el representante de la demandada esboza vagos argumentos reiterados en la contestación de demanda obrante a fs. 60/67, que no logran en modo alguno derribar la validez del pronunciamiento del juez a quo. Por otra parte, tampoco resultan contundentes los argumentos de la demandada al alegar que "la norma cuestionada no es operativa desde el

momento que es necesaria la intervención del Ministerio de Salud de la Provincia de Buenos Aires, a fin que determine la insalubridad de las tareas? y que se agravia en cuanto el a quo considera que dicha parte ?ha cometido una omisión cuando en realidad dependía la operatividad de la norma de la Resolución Provincial?. En efecto, recordaré que a fs. 74 se encuentra agregada en copia la Ordenanza 5299/93 que establece: ?Se consideran servicios insalubres...Servicios de Terapia Intensiva....el personal que se desempeñe en ese servicio percibirá la remuneración correspondiente al régimen horario semanal establecido para cada clase pero cumplirá tareas con un porcentaje de un cuarto de jornada reducida horaria... El Departamento Ejecutivo comunicará y tramitará ante el Gobierno de la Provincia de Buenos Aires la inclusión de las áreas insalubres a los efectos previstos por las legislaciones previsionales (Ley Provincial N° 9650 inc. f y g)...?. 7°) De allí que la conducta omisiva de la demandada ante la falta de aplicación de la citada Ordenanza N° 5299/93, no puede encontrar eximente alguno sobre su accionar al alegar que ?la norma cuestionada no es operativa desde el momento que es necesaria la intervención del Ministerio de salud de la Provincia de Buenos Aires, a fin de que determine la insalubridad de las tareas?. En efecto, la Ordenanza municipal descripta declara insalubre el área donde trabajan los accionantes desde el año 1993, razón por la cual dicha norma tuvo como finalidad la protección de la salud de los actores, por lo cual, el a quo consideró que laborar una jornada superior a la establecida debe compensarse. Al respecto, se trata de una norma directamente operativa que produce ya con su sola promulgación efectos jurídicos concretos, (cfr. arg. CC0002 LM 68 RSI-8-1 I 01/03/2001, in re ?Marchettini Elsa M. c/Dirección General de Cultura y Educación de la Provincia de Buenos Aires Tribunal Descentralizado de Calificaciones Regional N° 3 de la Matanza s/Amparo?). Es que, establecida que fuera en la Ordenanza citada las tareas desarrolladas por los actores en el área de Terapia Intensiva, los mismos se vieron automáticamente incluidos como agentes prestadores de servicios insalubres. 8°) En tal inteligencia, debo recordar que la interpretación de la ley debe conducir a su armonización con el ordenamiento jurídico restante y con los principios y garantías de la Constitución Nacional y Provincial (cfr. Fallos 209:337; 224:423; 226:688; 262:168; 255:192; 297:142; 301:460). Es que, el orden jerárquico de normas impone una disciplina de pensamiento al intérprete al indicarle un orden de prelación, que no puede desconocerse en la tarea de interpretación (esta Cámara in re ?Fisco c/ Cintolo Hnos.?, expte. 829/06, I. del 26-XII-2006; "Fisco de la Provincia de Buenos Aires c/ Gutiérrez Zulema Aurora s/ apremio?", expte. 1299/2008, I. del 18-VII-2008, entre otros). 9°) Por otra parte, la inconsecuencia o la falta de previsión jamás se suponen en el legislador, sino que se impone preferir la inteligencia que de mejor manera armonice las normas en juego, antes que otra que las haga irreconciliables entre sí (cfr. Fallos 281:146). Es ésta, también, la doctrina de la S.C.J.B.A., que ha sostenido que en atención a la presunción de coherencia que reina en el sistema normativo, la interpretación debe efectuarse de manera que los preceptos armonicen entre sí y no de modo que se produzcan choques, pugnas o exclusiones entre ellos (conf. SCBA, Ac. 46992, sentencia del 15/03/94; 47812, sent. del 31/08/93). 10°) Razón por la cual, mal puede considerar la demandada que asiste razón a su planteo al invocar la falta de operatividad de la norma en cuestión, desatendiéndose de los fundamentos dados en el acabado razonamiento del magistrado de grado. Así, su reproche se aprecia más como una mera disconformidad, que como la crítica concreta y razonada del error en que afirma habría incurrido el juez a quo con respecto a los puntos esgrimidos, incumpliendo de tal manera con la carga procesal que le cabe. 11°) Entiendo pertinente recordar que, de acuerdo a lo señalado por la jurisprudencia y la doctrina en la materia, la expresión de agravios, que persigue el control de justicia de la sentencia por el tribunal de alzada, debe autoabastecerse en el sentido de señalar al tribunal ad quem los errores puntuales y concretos que se imputa a la sentencia recurrida, debiendo tal fundamentación exponerse de manera clara, precisa y concluyente (cfr. CSJN, 22-11-72, Juris. Arg. 1973, VV. 17, p. 368; cfr. Hitters, Juan Carlos, Técnica de los Recursos Ordinarios, p. 455), no bastando con reiterar argumentos ya expuestos en la demanda o su contestación, y que fueran desestimados por el magistrado de la instancia anterior, como tampoco en la formulación de afirmaciones genéricas (cfr. Cám. Nac., Civ., Sala C, 8-8-74, LL, v. 156, p. 615). También ha sido éste, como no podía ser de otra manera, el criterio seguido por esta Cámara. En tal sentido, esta Alzada tiene dicho que la crítica debe ser concreta, lo que supone que la parte debe seleccionar del discurso aquel argumento que constituya la idea dirimente y que forme la base lógica de la decisión. Efectuada la labor de comprensión, incumbe luego a la parte la tarea de demostrar cuál es el punto del desarrollo argumental en que se ha incurrido en un error en sus referencias fácticas o en su interpretación jurídica ?dando las bases del distinto punto de vista- que lleva al desacierto ulterior concretado en la sentencia. Cuando el litigante sólo manifiesta su disconformidad o discrepancia subjetiva con lo decidido, sin demostrar cuales han sido los errores incurridos en la decisión, queda invalidado por falta de instrumental lógico de crítica antes que por la solidez de la decisión que impugna (ver causas n° 456/06 "Delgado, Hipólito c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires s/ amparo", del 14/2/06; n° 483/06, ?Verna & Verna S.A. c/ Estado Provincial s/Amparo?, del 21/03/06; n° 927/07, ?Fisco de la Pcia. de Buenos Aires c/ Spinelli, Domingo Ricardo s/Apremio?, del 22/06/07 y n° 1296/08, ?Chaves, Alejandra Noemí s/ acción de amparo?, del 29/04/08; causa n° 2709/11, caratulada "Fisco de la Pcia. de Bs. As. c/ El Sol Y La Luna S.A. s/ Apremio" del 8/09/11; causa n° 2829/11, caratulada "De Amorrortu, Francisco Javier c/ Municipalidad de Pilar s/ Pretensión Restablecimiento o Reconocimiento de Derechos? del

6/12/11; causa n° 2707/11, caratulada "Club de Veleros Barlovento Asoc. Civil c/ Municipalidad de San Fernando s/ Proceso Sumario de Ilegitimidad" del 2/03/12; causa n° 4665/15, caratulada "Fisco de la Pcia. de Bs. As. c/ Materiales Franco S.A. s/ Apremio Provincial", del 25/06/15, entre otras). Ello así, por cuanto el tribunal de apelación no tiene una función de controlar o revisora, sino que limita su actuación a las alegaciones realizadas por el apelante en el memorial o expresión de agravios. La apelación comienza con dicha pieza, que hace las veces de una demanda. Así, siendo los agravios los que dan la medida de las atribuciones de la alzada, sólo cabe abrir el recurso cuando los mismos sean suficientemente explicitados e intenten demostrar los yerros de la sentencia o auto cuestionado. Si no se cumple con tal crítica concreta y razonada, el recurso debe declararse desierto (art. 246, 260 y 261 del C.P.C.C.) (cfr. CC0102 MP 122680 RSD-225-10 S 17/08/2010, "Conti, Ana María c/Pacheco, Walter s/Daños y perjuicios"; esta Alzada en la citada causa n° 4665/15, "Fisco de la Pcia. de Bs. As. c/ Materiales Franco S.A. s/ Apremio Provincial", del 25/06/15, entre otras).

12°) Por tal razón, forzoso es concluir en que dicha parcela del recurso también se encuentra desierto por falta de fundamentación suficiente en los términos del artículo 56 inc. 3° del C.C.A. (cfr. también art. 260 del C.P.C.C., por remisión del art. 77 inc. 1° del C.C.A.).

13°) Continuando el análisis de la presentación recursiva, advierto que la demandada se agravia -en segundo lugar- en cuanto manifiesta: que los decretos han sido dictados en forma legítima (por lo que entiende que no existe posibilidad de generar un daño económico a los actores); que no hay manera de que los actores hayan padecido un "sacrificio" especial; que no existe un daño actual por el cual se deba considerar como ilícito a acto alguno de su mandante ni tampoco perjuicio a los derechos de los actores que hagan presuponer que su mandante adeude los montos establecidos en la sentencia apelada. Ello, enfatizando que la ley 11757 establece que las horas extras deben ser acreditadas fehacientemente por quien las invoca, por tratarse de un evento extraordinario y que las jornadas realizadas con anterioridad a la reducción horaria lograda por los actores eran las requeridas para el plantel Municipal.

14°) En tal contexto, he de recordar que la Constitución Nacional en el art. 14 bis establece los derechos de los trabajadores y en el art. 41 el derecho de todos los habitantes a gozar de un ambiente sano. Por su parte, la Constitución Provincial en su art. 28 también establece el derecho de todos los habitantes de gozar de un ambiente sano y en el art. 39 que: "El trabajo es un derecho y un deber social. 1- En especial se establece: derecho al trabajo, a una retribución justa, a condiciones dignas de trabajo, al bienestar, a la jornada limitada, al descanso semanal, a igual remuneración por igual tarea y al salario mínimo, vital y móvil. A tal fin, la Provincia deberá: fiscalizar el cumplimiento de las obligaciones del empleador y ejercer en forma indelegable el poder de policía en materia laboral; propiciar el pleno empleo, estimulando la creación de nuevas fuentes de trabajo; promover la capacitación y formación de los trabajadores, impulsar la colaboración entre empresarios y trabajadores, y la solución de los conflictos mediante la conciliación, y establecer tribunales especializados para solucionar los conflictos de trabajo. 2- La Provincia reconoce los derechos de asociación y libertad sindical, los convenios colectivos, el derecho de huelga y las garantías al fuero sindical de los representantes gremiales. 3- En materia laboral y de seguridad social regirán los principios de irrenunciabilidad, justicia social, gratuidad de las actuaciones en beneficio del trabajador, primacía de la realidad, indemnidad, progresividad y, en caso de duda, interpretación a favor del trabajador. 4- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 103 inciso 12 de esta Constitución, la Provincia garantiza a los trabajadores estatales el derecho de negociación de sus condiciones de trabajo y la substanciación de los conflictos colectivos entre el Estado provincial y aquellos a través de un organismo imparcial que determine la ley. Todo acto o contrato que contravenga las garantías reconocidas en el presente inciso será nulo". Además, reitero que la citada Ordenanza N° 5299/93 dictada por la Municipalidad de San Martín, dispuso específicamente considerar como servicio insalubre el prestado por el área de Terapia intensiva, donde prestaban servicios los actores, determinando en su art. 2°: "El personal que se desempeña en los Servicios citados en el Artículo 1° de la presente Ordenanza, percibirá la remuneración correspondiente al régimen horario semanal establecido para cada clase, pero cumplirá sus tareas con un porcentaje de un cuarto (1/4) de jornada de reducción horaria". (El destacado es propio).

15°) Sobre dicha base, de las normas supra transcriptas, se desprende que resulta inadmisibles que la demandada adopte una postura en contradicción con actos propios anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces, circunstancia que se observa en la causa. Debe tenerse presente que nuestro máximo tribunal tiene dicho que en virtud de la teoría de los propios actos se torna inadmisibles la pretensión incoada que coloca a la parte en contradicción con su comportamiento anterior, jurídicamente relevante y plenamente eficaz (conf. SCBA LP L 93996 S "Pérez Baglivo, Alberto Daniel c/Supermercados Toledo S.A. s/Despido" del 19/10/2011). Es que, -reitero- si la Ordenanza municipal descripta tuvo como finalidad la protección de la salud de los actores, la jornada laborada superior a la establecida debe compensarse.

16°) Sentado lo expuesto, y en atención a los restantes planteos detallados en el Considerando 13°, diré que sobre la base de las pautas normativas y de interpretación expresadas precedentemente, los mismos no han de prosperar. Y es que "pese a sus esfuerzos argumentativos- la recurrente no ha logrado demostrar la sinrazón del minucioso análisis probatorio realizado en la instancia anterior, por lo que no encuentro razones para apartarme conclusiones obtenidas por el magistrado de grado, con sustento en las probanzas arrojadas en autos. Por todos los fundamentos expuestos, entiendo que no corresponde hacer lugar al agravio en

cuestión. 17º) Por todo lo expuesto, propongo: a) rechazar el recurso de apelación interpuesto por la la demanda y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado en cuanto ha sido materia de agravio; b) Imponer las costas de esta instancia a la demandada en su calidad de vencida (art. 51 inc. 1 in fine ley 12008, texto según ley 14.437); c) diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 decreto ley 8904). ASÍ LO VOTO. A la cuestión planteada, el Señor Juez Jorge Augusto Saulquin dijo: Adhiero al voto que abre el acuerdo, ello, recordando en relación a lo expresado en el Considerando 5º), que ha sido mi postura que las disposiciones del derogado Código Civil (ley 340) son las aplicables al caso, por estar vigentes al momento en que se emitió la Ordenanza 5299/93 cuyo incumplimiento, por parte de la comuna demandada ocasionó los daños cuya reparación reclama la parte actora (doct. art. 7 del C.C.C., ley 26.994; conf. SCBA en causa A. 70.603, "Rolón, Hermelinda contra Municipalidad de La Plata. Pretensión indemnizatoria. Recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley" del 28/10/15, y este Tribunal ?por mayoría- en causa Nº 4687 caratulada "Brocardo?", causa Nº 4702 caratulada "Gauna?", causa Nº 4742 caratulada "González? entre muchas otras). ASÍ LO VOTO. A la cuestión planteada la señora Jueza Ana María Bezzi adhiere al voto del Dr. Saulquin, por idénticos fundamentos. Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente: SENTENCIA En virtud del resultado del acuerdo que antecede, este tribunal RESUELVE: a) rechazar el recurso de apelación interpuesto por la la demanda y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado en cuanto ha sido materia de agravio; b) Imponer las costas de esta instancia a la demandada en su calidad de vencida (art. 51 inc. 1 in fine ley 12008, texto según ley 14.437); c) diferir la regulación de honorarios para su oportunidad (art. 31 decreto ley 8904). Regístrese y notifíquese. Correlaciones Bustos, Mario A. y otros c/Provincia de Córdoba ? recurso de apelación - Tribunal Trib. Sup. Just. Córdoba - 07/08/2013

008411E