



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

“PUTRINO MONICA ADRIANA Y OTROS CONTRA GCBA SOBRE EMPLEO PUBLICO (NO CESANTIA NI EXONERACION)”, Expte: EXP 8945 / 0

Buenos Aires, 17 agosto de 2004.

VISTOS: Los autos individualizados en el epígrafe, para resolver sobre el recurso de apelación interpuesto (fs. 25) y fundado por los actores (fs. 30/1), contra la resolución que declaró no habilitada la instancia judicial (fs. 22 vta.); y

CONSIDERANDO:

1. Que los actores iniciaron demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires con el objeto de que las asignaciones “no remunerativas y no bonificables” identificadas como rubros 020, 206, 094, y 096, creados por los decretos 4748/90, 4937/91, 5787/91 y 1442/98, se incorporen dentro de su sueldo básico, y que, una vez incluidos, se calcule y liquide la antigüedad y el sueldo anual complementario y se abonen las diferencias salariales desde que comenzaron a percibirlos. Asimismo solicitaron la declaración de inconstitucionalidad de los citados decretos.

Con relación a la habilitación de la instancia, sostuvieron que en virtud de lo dispuesto por el artículo 5º del ordenamiento de forma no era necesario agotar la instancia administrativa.

2. Que el *a quo*, de conformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal, declaró no habilitada la instancia judicial (fs. 22 vta.).

Para así decidir consideró que cuestionándose actos administrativos de alcance general correspondía agotar la instancia administrativa a través del reclamo impropio (art. 3, CCAyT). Mencionó además las finalidades de tal recaudo.

Añadió que los actores no han aportado elementos de juicio o prueba tendiente a acreditar la “*clara conducta de la autoridad administrativa que haga presumir la ineficacia cierta de acudir a dicha instancia*”. Por último, sostuvo que el hecho de que los actos lesivos emanasen de la máxima autoridad de la administración, en modo alguno permitía inferir la ineficacia del reclamo, dada su posibilidad de dejar sin efecto los decretos impugnados.

3. Que disconformes con lo resuelto apelaron los actores, peticionando se declare habilitada la instancia judicial.

Expresaron que en distintas oportunidades la parte demandada rechazó reclamos análogos al presente y citan en su apoyo la disposición 6º, del 20 de junio de 2001, del Director General de Coordinación Legal e Institucional de la Secretaría de Educación, por la cual – según afirman- se instruyó a la Dirección General de Educación

a desestimar - con sustento en lo dictaminado por la Procuración General del Gobierno de la Ciudad en los expedientes 69.612/99 y 53.805/00- los reclamos presentados por docentes con el objeto de que fueran incorporados al sueldo básico las sumas no remunerativas.

4. Que, por su parte, la Sra. Fiscal de Cámara, propició que se confirme la resolución dictada en la instancia anterior, debido a que los actores debieron acreditar oportunamente la ineficacia cierta de agotar la instancia administrativa, y que los antecedentes a los que aluden recién en su apelación no subsanan la citada omisión. Ello por cuanto resulta imposible para esta alzada considerarlos por aplicación de lo dispuesto por los artículos 242 y 247 del ordenamiento de forma.

5. Que encontrándose las actuaciones en estado de ser resueltas, el tribunal, como medida para mejor proveer, solicitó la remisión de distintos instrumentos emanados de órganos de la demandada, que habían sido individualizados en el escrito de apelación.

En función de tal medida fueron agregados en autos el dictamen del 20 de julio de 2000, en que la entonces señora Procuradora General, Dra. Daniela Ugolini, se expidió sobre asignaciones “no remunerativas” individualizadas como rubros 94, 95, 96 y 97. En esa oportunidad el organismo asesor mencionó que el Gobierno de la Ciudad ha establecido suplementos y adicionales de carácter no remunerativo, y que cuenta para ello con una potestad pacíficamente utilizada y adecuada. Se invocó además, el dictado de un dictamen previo en sentido concordante (dictamen 69.612/99, fs. 49/50).

Asimismo a fs. 60/vta se agregó la disposición 6/2001, en la que el Director General de Coordinación Legal e Institucional dispuso remitir dos dictámenes (69.612/99 y 57.805/00) de la Procuración General a la Dirección General de Educación, para que las Direcciones de Área dependientes de ésta que reciban reclamos análogos al debatido en el *sub examine* procedieran a notificar a los reclamantes del contenido de tales dictámenes.

6. Que debido a la agregación de los elementos de juicio descriptos, el tribunal corrió nueva vista fiscal. Ante la excusación de la Señora Fiscal de Cámara, las actuaciones fueron remitidas al Señor Fiscal General Adjunto quien propició el rechazo de la apelación interpuesta.

Dejando a salvo que no cuestionaba concretamente la agregación de documental, atento a que en su criterio no modificaba la solución sugerida, expresó que la actuación de la alzada se halla circunscripta con la concesión del recurso por el juez de primera instancia, lo que constituye los límites de actuación en la apelación propuesta.

Indicó que el recurso concedido en relación constituye un trámite abreviado y limitado, desde el momento en que no se admite la alegación de hechos nuevos, la apertura a prueba ni la agregación de documentos debiendo la cámara resolver inmediatamente.

Agregó que en su criterio, la habilitación de instancia resulta ser la regla de admisibilidad de la acción contencioso administrativa consagrada en el CCAyT, y uno



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

de sus extremos se halla constituido por el agotamiento de la vía administrativa. Añadió que quien pretenda eludirlo so pretexto de hallarse configuradas las causales de excepción debe demostrar *sin margen de dudas* la efectiva verificación de dichas causales.

Sostuvo que la extemporánea invocación de una disposición emanada de un órgano que, por su jerarquía, carecía de competencia para resolver la cuestión planteada, aún cuando refiera a pronunciamientos de la administración consultiva, así como la genérica manifestación de cientos de juicios que confirmarían los dichos de la parte actora, resultan insuficientes para abastecer el recaudo tendiente a tener por configurada la excepción prevista en el artículo 5° del CCAyT, la que solo quedaría demostrada, en su criterio, con la invocación de actos denegatorios emanados de la autoridad competente en idénticos reclamos.

Señaló que el recaudo del agotamiento de la vía administrativa, cuya constitucionalidad no ha sido impugnada en estos autos, “*se halla establecido en resguardo del interés público, como componente de las prerrogativas de poder público instauradas en el marco del régimen exorbitante propio del derecho administrativo*”, y que no puede enervarse so pretexto de perjudicar notoriamente los intereses de los particulares accionantes. Por último indicó que no se ha demostrado que la observancia del recaudo cause un agravio irreparable.

7. Que el reclamo directo contra reglamentos regulado en el artículo 91 de la LPA, es exigido en el artículo 3°, inciso 2° del CCAyT para acceder a la tutela judicial de los derechos e intereses legítimos de los particulares frente a la autoridad pública. Pero debe procurarse que cumpla los fines para los que fue establecido, e impedirse que se constituya en sólo un obstáculo para el acceso a la vía judicial y en causa de mero dispendio temporal.

La razón de su existencia –permitir a la Administración revisar sus criterios sin necesidad de un litigio inútil- impide una interpretación demasiado rígida del recaudo. Así, no es exigible cuando por las manifestaciones de los órganos estatales en numerosos casos relativos a la misma cuestión se pone en evidencia que la Administración ya tienen formada su opinión al respecto y que el reclamo constituye en realidad un procedimiento ineficaz, un verdadero ritualismo inútil (art. 5 CCAyT).

Si los hechos muestran de antemano la imposibilidad de satisfacer sus propósitos, exigir la carga del agotamiento previo sólo implica consagrar un privilegio injustificado a favor de la Administración. Es cierto que siempre existe la posibilidad de que el Gobierno de la Ciudad, frente a distintas objeciones deje sin efecto los decretos atacados o los modifique acogiendo reclamos en su contra, lo relevante es que ello sea probable y no meramente posible en un caso concreto.

8. Que es oportuno recordar que la excepción del “*ritualismo inútil*” ha sido modelada inicialmente por la jurisprudencia de la Corte (Fallos: 210:1242, 215:37; 252:326), luego consagrada en la Ley Nacional de Procedimiento Administrativo 19.549, y si bien fue suprimida por la ley 25.344, ello no impide su vigencia de acuerdo a la jurisprudencia del fuero Federal en la materia (ver CNACAyF, Sala I, “Young, Silvia Norma y otros c. EN (ENTEL RESIDUAL) y otros s/ Proceso de Conocimiento”, Sala II, “Castillo, Caros Abrahan y otros c. Dirección Nacional de Fabricaciones Militares s/ Empleo Público”, 23/10/01, Sala IV, “Vargas Claros Simeón y otros c/ EN-DGFM s/ empleo público”, del 7/08/01, entre gran número de otros casos).

Si bien en la legislación nacional la excepción estaba prevista para la vía de la reclamación previa de los artículos 30 y siguiente de la ley 19.549, la jurisprudencia admitió su procedencia en el marco de las vías recursivas del artículo 24 (ver CACAF, Sala IV, Caplan, Ariel Rolando c/ Telefónica de Argentina S.A. y otros s/ ampar. Proc. Sumarísimo”, del 10/12/96).

El Código Contencioso Administrativo de la Ciudad, con un criterio menos riguroso que el de la legislación nacional vigente al momento de su dictado, sentó una excepción amplia y genérica: “*no es necesario agotar la instancia administrativa cuando mediere una clara conducta de la autoridad administrativa que haga presumir la ineficacia cierta de acudir a dicha instancia*” (art. 5°).

La instancia se agota, en el supuesto de actos de alcance general, por medio de un reclamo (art. 3°, inc. 2 del CCAyT y 91 de la LPA), y en el supuesto de atacarse actos de aplicación, mediante las vías recursivas (art. 3°, inc 3° del CCAyT y 91 de la LPA).

9. Que los recaudos de habilitación de la instancia judicial a los que el Señor Fiscal General Adjunto considera “prerrogativas” de la Administración deben ser razonablemente analizadas en función de los supuestos de hecho que rodean la causa. Y su exigibilidad, así como sus excepciones, deben aplicarse de acuerdo al régimen normativo y no por implicancia del régimen exorbitante.

Ello sentado, y a fin de cumplir dichas premisas, cabe tener en cuenta que el citado artículo 5° prevé para admitir la excepción a la regla del agotamiento que debe existir una clara conducta de la autoridad administrativa.

Otro aspecto es la presunción que debe generar esa conducta. La norma no apunta a una convicción, a una certeza absoluta en cuanto a la esterilidad del reclamo previo, sino a la presunción *iuris tantum* de que intentarlo devendría inútil.

El tercer elemento es la ineficacia cierta del procedimiento.

10. Que en el caso debe tenerse en cuenta que la posición sostenida por los interesados importa alzarse contra una política pública consolidada (política salarial en el ámbito de la relación de empleo). Fueron muchos y variados los casos judiciales iniciados en los últimos años por agentes públicos que pretendían obtener el cobro de sumas de



Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

dinero que consideraban adeudas por la Administración en concepto de diferencias salariales o suplementos o bonificaciones. Nótese que algunos de los decretos mencionados en la demanda se remontan al año 1990.

En ese sentido, quedó demostrado en el expediente que el entonces “Director General de Coordinación Legal e Institucional” invocando la finalidad de evitar un dispendio jurisdiccional inapropiado, y con el objeto de permitir a la Procuración General atender adecuadamente cuestiones prioritarias dispuso que, ante “reclamos de docentes que solicitaran que sean incorporados a su sueldo básico las sumas no remunerativas” debía notificárseles el contenido de dos dictámenes contrarios a tales reclamos (fs. 60 vta.).

11. Que por lo demás, si bien el señor Procurador General Adjunto otorga relevancia a la incompetencia del mencionado órgano para decidir, y a ello agrega la falta de efectos vinculantes de sus manifestaciones, no puede perderse de vista que el artículo 5º del CCAyT exige “*una clara conducta de la autoridad administrativa*”, lo que podría equipararse a la presencia de una declaración o manifestación pública de órganos de la administración, pero nada indica en la norma que deba asimilarse tal conducta a una decisión contraria emanada del órgano competente en una cuestión idéntica a la sometida a debate.

Por lo demás, tal decisión fue realizada con el objeto de que el Director General de Educación comunique la posición contraria del máximo organismo de asesoramiento jurídico del Gobierno a todos los docentes que iniciaran reclamos análogos, lo que permite admitir que los actores tenían razones sólidas para presumir la ineficacia de acudir a la vía administrativa en razón de una clara conducta de las autoridades administrativas en el área docente contrarias a su pretensión.

12. Que no puede olvidarse que si los requisitos procesales y procedimientos son las reglas que permiten el acceso a la justicia, de acuerdo con la *ratio legis* de las normas que las regulan han de interpretarse en sentido más favorable a la decisión de las cuestiones de fondo por el tribunal. Todo cuanto conduzca a la no decisión del tribunal debe ser estrictamente analizado, a fin de no crear por vía interpretativa obstáculos desmedidos al derecho a la tutela judicial efectiva.

En ese sentido no es admisible ver en el principio *pro actione* un ataque al interés público. Menos aún puede alzarse al interés público como un estandarte opuesto al ejercicio de los derechos individuales, y en particular al acceso a la justicia y al control judicial de la actividad administrativa.

En síntesis, la mención al interés público no es suficiente para cerrar o limitar el acceso a la jurisdicción puesto que no se advierten razones de esa índole que impidan analizar las particulares circunstancias fácticas del caso en examen.

Basta agregar que a fin de negar la habilitación de la instancia judicial en una causa debería tratarse no del interés público genérico que obviamente debe perseguir toda la actuación de la Administración, sino de un interés público específico que exigiese remitir la cuestión a los procedimientos administrativos previos.

13. Que por último y en relación a las objeciones formales planteadas por el Ministerio Público Fiscal relativas a las limitaciones emanadas de los artículos 242 y 247 del CCAyT, basta con señalar que lo relativo a la existencia de una política salarial del gobierno contraria a la posición de los actores fue puesto de manifiesto en el escrito de demanda. En ella se aludió a presentaciones de la Asociación de Docentes Independientes de Adultos denunciando el pago de sueldos “en negro” ante la Defensora del Pueblo de la Ciudad, así como también se individualizaron y detallaron las recomendación elaboradas al respecto por la señora Defensora.

Fue también ante el juez de grado que los actores plantearon lo relativo a la inutilidad en el caso de agotar la instancia administrativa.

Además, a criterio del tribunal las limitaciones previstas en los artículos 242 y 247 del CCAyT no inhiben las amplias facultades instructorias previstas en el artículos 29 del CCAyT. La trascendencia de una decisión contraria en materia de habilitación de la instancia, así como el deber puesto en cabeza de los jueces de darle un tratamiento previo aún antes de ser planteado por la demandada, impone un profundo examen que posibilite su pleno convencimiento.

No puede perderse de vista que lo que se decide en la habilitación de la instancia es el acceso a la justicia y no el resultado del pleito o los posibles fundamentos de la sentencia a dictarse (CNFed. Cont. Adm Sala II, 18/7/95 “Calzar S.A. c/ Estado nacional, LL. 1996-A-634). Restringir el alcance del recaudo de la vía administrativa previa no importa tomar partido a favor ni en contra de la posición de los actores ni del Gobierno demandado.

Por las razones expuestas el tribunal **RESUELVE**: hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y revocar la sentencia apelada declarando habilitada la instancia judicial. Regístrese, notifíquese y devuélvase.