



**ACUERDO N° 80.** En la ciudad de Neuquén, capital de la Provincia del mismo nombre, a los días veintiséis del mes de junio del año dos mil diecisiete, se reúne en Acuerdo la Sala Procesal-Administrativa del Tribunal Superior de Justicia, integrada por los **Doctores RICARDO TOMAS KOHON** y **OSCAR E. MASSEI**, con la intervención de la titular de la Secretaría de Demandas Originarias, **Doctora Luisa A. Bermúdez**, para dictar sentencia definitiva en los autos caratulados: **"MILLAIN CELIA C/ PROVINCIA DEL NEUQUÉN Y ENTE PROVINCIAL DE TERMAS DEL NEUQUÉN S/ ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA"**, **EXPTE. N° 3772/2012**, en trámite ante la mencionada Secretaría y, conforme al orden de votación oportunamente fijado, el **Doctor OSCAR E. MASSEI** dijo: **I.-** A fs. 31/46 se presenta la Sra. Celia Millain, por apoderado, y promueve demanda contra la Provincia del Neuquén y el Ente Provincial de Termas del Neuquén (E.Pro.Te.N.). Solicita se revoque el Decreto N° 899/12, por contener los vicios previstos en los arts. 67 inc. a) y r), y 68 inc. a) de la Ley 1284; y la Resolución N° 114/11 del Presidente del EPROTEN, de fecha 09/08/11.

En consecuencia, requiere que se ordene al ente demandado que proceda a abonarle compensación por subrogancia de categoría idéntica a la de los demás agentes que se encuentran a cargo de sectores (FUA), con retroactividad al 12/05/06; todo en virtud de haber sido designada responsable o jefe de mayordomía, y haber realizado dichas tareas.

Invoca que el 12/05/11 solicitó ser recategorizada a FUA, y que se le abonara la subrogancia.

Continúa sosteniendo que, a través de la Res. N° 114/11 del EPROTEN, se rechazó "in totum" su reclamo, por lo que interpuso un recurso contra ella, sobre la parte que desestimó su pretensión de pago de subrogancia, y consintió la denegatoria del pedido de recategorización.

Argumenta que, por Decreto PEP N° 899/12, se trató dicho remedio impugnativo, y se expidió nuevamente de manera



errónea sobre esa última cuestión. Alega que su rechazo había sido consentido, pero que no lo hizo sobre la subrogancia que, en esencia, constituía el único objeto del recurso administrativo.

Reprocha que el Poder Ejecutivo no hubiera advertido el error del Presidente del EPOTEN quien, al desestimar su reclamo, confundió la necesidad de existencia de un decreto o acto de nombramiento en una función de mayor jerarquía, con el hecho de la prestación de un servicio efectivo a favor de la administración.

Así, señala que la exigencia de un acto de designación hace a la procedencia o improcedencia de la recategorización, pero que la compensación por subrogancia depende únicamente de que los servicios o tareas se hubieran realizado.

Del mismo modo, critica que se omitiera analizar la vulneración del principio de igual remuneración por igual tarea y la no aplicación del principio constitucional "pro justitia socialis".

En tal sentido, considera que el Decreto PEP N° 899/12 se encuentra en discordancia con la cuestión de hecho reglada por las normas (exige recaudo de designación cuando no se reclama categoría sino subrogancia), contiene fundamentación aparente (porque rechaza el reclamo por compensación por subrogancia invocando ausencia de reclamo de categorización), vulnera el derecho de defensa (al omitir pronunciarse sobre la prueba ofrecida) y no decide sobre todas las cuestiones propuestas en el curso del procedimiento, incurriendo en los vicios arriba denunciados.

Detalla los requisitos de admisibilidad, los que considera cumplimentados.

Cita jurisprudencia. Ofrece prueba, funda en derecho, hace reserva del caso federal y formula el petitório de su pretensión.



**II.-** A fs. 60, mediante RI N° 592/13, se declara la admisión del proceso. La actora opta por el procedimiento ordinario (fs. 65) y se corre traslado de la demanda.

**III.-** A fs. 76/80vta. contesta la Provincia del Neuquén, oponiendo, en primer término, defensa de falta de legitimación pasiva.

Entiende que la acción debió ser entablada únicamente contra el EPROTEN por ser un ente autárquico y descentralizado de la administración pública provincial, conforme el art. 1° de la Ley 1762, con personería jurídica para estar en juicio como actor o demandado, y facultado para administrar o disponer su patrimonio, es decir, una persona jurídica nítidamente diferenciable de la Provincia del Neuquén.

Asimismo, destaca que la actora tenía una relación jurídica con el EPROTEN, derivada de un contrato de empleo público y, eventualmente, el único obligado a abonar las diferencias salariales por la subrogancia reclamada, sería éste último, en su condición de empleador. A tal efecto, cita jurisprudencia.

Seguidamente, y de manera subsidiaria, contesta demanda. Niega y rechaza, por imperativo legal, todos y cada uno de los hechos esgrimidos, la aplicación del derecho invocada y la documental acompañada en la demanda, que no fueran objeto de expreso reconocimiento.

Describe la actividad reclamatoria e impugnatoria en instancia administrativa.

Argumenta que la jurisprudencia citada en la demanda, no puede aplicarse porque refiere a supuestos diferentes. En este punto, aduna que en los casos citados, el cargo ejercido por subrogancia, existía más allá de que el desempeño hubiera sido hecho, por nombramiento expreso. Pero que, en autos, además de no reconocerse el efectivo desempeño de funciones diferentes a las correspondientes al cargo y



categoría de la actora, el cargo de jefe de mayordomía no estaba contemplado en la estructura del Ente.

Evidencia, que el Presidente del EPROTEN carece de facultades para crear cargos.

En cuanto a los antecedentes administrativos, destaca que la Res. EPROTEN N° 114/11 y el Decreto PEP N° 899/12, desestimaron la pretensión de la agente Celia Millain por las siguientes razones: la estructura orgánica funcional del ente demandado no contemplaba el cargo (con su respectiva partida presupuestaria) que la actora declara haber desempeñado, lo que impide reconocerle una compensación dineraria por subrogancia; que el memorándum de Presidencia del EPROTEN de fecha 12/09/01 (señalado en el recurso administrativo de la actora) mediante el cual se le habría comunicado al personal de mayordomía que la nombrada se encontraba a cargo de ese sector, fue una mera comunicación de organización interna del organismo, que no reúne los requisitos para ser considerado un acto de designación; y, que no era atribución del Presidente de ese cuerpo, designar personal (art. 12 de la Ley 1762).

Indica que esos argumentos justifican el rechazo de la demanda impetrada. Finalmente, ofrece prueba y formula petitorio.

**IV.-** Mediante providencia del 22/05/14 se corre traslado a la actora de la defensa opuesta y de la contestación de demanda de la Provincia del Neuquén. No obstante, aquella no contesta.

A fs. 152/3vta. contesta demanda el EPROTEN. Por imperativo procesal, niega todos y cada uno de los hechos afirmados en el escrito inicial, que no fueran objeto de reconocimiento expreso.

A continuación, informa que la Sra. Millain integra la planta permanente del EPROTEN, prestando tareas en la



localidad de Loncopué, en el ámbito de cafetería, y con categoría de revista FUD.

Argumenta que nunca ejerció funciones políticas en el organismo, ni de tipo jerárquicas (tales como Director, Jefe de Departamento, o Asesor), sino que siempre prestó servicios acordes a su categoría de revista.

Sostiene que no se dieron ni se dan los extremos fácticos y legales necesarios para acordarle el pago de la subrogancia reclamada.

Así, resalta que jamás existió el cargo de responsable o jefe de mayordomía debidamente creado con una partida presupuestaria asignada, que estuviera contemplado formalmente en un organigrama vigente y, por ello, resulta imposible que la actora hubiera ejercido funciones correspondientes a un cargo inexistente.

A fin de acreditar tales extremos, adjunta copia de las normas que aprobaron las estructuras orgánicas del sector.

Enfatiza que no existe acto de nombramiento en cargo de responsable o jefe de mayordomía, como tampoco en cargo o función jerárquica superior.

Niega la aplicación de la jurisprudencia citada por la actora, en base a los mismos argumentos esgrimidos por la Provincia del Neuquén.

En consecuencia, entiende que debe rechazarse la acción procesal administrativa interpuesta.

Ofrece prueba y formula petitorio.

**V.-** A fs. 160 se abre la causa a prueba. Una vez producida, se ordena la clausura de la etapa y se ponen los autos a disposición de las partes para formular alegatos.

**VI.-** A fs. 241/247 dictamina el Fiscal General, quien propicia hacer lugar a la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la Provincia y rechazar la demanda interpuesta por la Sra. Millain.



**VII.-** En función de las pretensiones de las partes, corresponde analizar, en primer lugar, la defensa de falta de legitimación pasiva opuesta por la Provincia del Neuquén.

En ese orden, corresponde señalar que mediante la excepción de falta de legitimación para obrar, lo que se controvierte es la existencia de legitimatio ad causam. Esto es, que quien demanda o aquél contra quien se demanda, no reviste la condición de persona idónea o habilitada por la ley para discutir el objeto sobre el que versa el litigio.

La legitimación se presenta, entonces, como un presupuesto procesal: el proceso debe desarrollarse respecto de sujetos, los cuales, con relación a la pretensión, deben ser útilmente los destinatarios de la tutela jurisdiccional.

Por lo tanto, para que el pronunciamiento sea válido debe surgir latente la calidad de obligado del demandado.

Ahora bien, de los términos de la demanda se desprende que se pretende la nulidad de la Resolución N° 114/11 del EPROTEN y del Decreto N° 899/12.

Más allá de que el Decreto es emanado por el Poder Ejecutivo Provincial, en razón de ser la última instancia administrativa para el agotamiento de la instancia, la actividad se concentra en torno a un ente descentralizado.

En tal sentido, el pedido de compensación por subrogancia de categoría es reclamado originariamente a las autoridades del EPROTEN, quienes deniegan el planteo mediante la Resolución N° 114/11, objeto de demanda.

Desde esta perspectiva, se advierte que la actividad administrativa que se impugna, es propia del ente autárquico, de conformidad con la norma de su creación.

En efecto, la Ley 1762 dispone en su artículo 1° "Créase el Ente Provincial de Termas del Neuquén (E.Pro.Te.N), organismo descentralizado del área del Ministerio de Economía, por cuyo intermedio actuará en sus relaciones jerárquicas con



el Poder Ejecutivo. En su calidad de ente autárquico de la Administración Pública Provincial, tendrá competencia y capacidad para realizar todos los actos administrativos y negocios jurídicos que sean necesarios para el desarrollo de sus fines y el ejercicio de sus facultades como personas jurídicas de derecho público, con encuadre en las normas legales de la Nación y de la Provincia".

Luego, en su Artículo 12, fija como atribuciones del Presidente del Directorio: e) Entender en todos los actos de administración general; g) Disponer investigaciones administrativas e instrucción de sumarios administrativos; y, h) Nombrar, remover y aplicar sanciones disciplinarias al personal del Ente, de acuerdo a la legislación vigente en la materia.

Seguidamente, fija como atribuciones del Directorio, en el Artículo 13: a) Reglamentar la organización y funcionamiento interno del Ente; y e) Disponer y administrar los fondos propios y los que asigne al Ente la Ley de Presupuesto o leyes especiales.

En este aspecto, debe tenerse presente que el artículo 155 de la Constitución Provincial establece que las entidades descentralizadas pueden ser demandadas judicialmente de manera directa; la circunstancia de que el Poder Ejecutivo intervenga a través del control que realiza conforme las atribuciones conferidas en la Constitución de la Provincia (art. 214 incs. 1º y 17º) no es obstáculo para ello, en tanto tal actividad no desplaza la legitimación del ente autárquico y sólo se limita a un contralor jerárquico institucional (cfr. arts. 28, 29 y 190 de la Ley 1284; R.I. Nros. 5938/07, 7082/09 y 553/11, entre otras).

De esta forma, la intervención en sede administrativa que le cupo al Gobernador provincial fue sólo a los fines de agotar la vía administrativa y dictar un acto definitivo que causa estado, para iniciar la acción.



Tiene dicho este Tribunal que: "El Estado provincial no puede estar en juicio en calidad de demandado cuando la cuestión reclamada reconoce su génesis en la actividad administrativa de una entidad autárquica, toda vez que es ésta la que debe asumir legitimación procesal pasiva a raíz de demandas originadas en actos propios de la misma, todo lo que encuentra sustento en el dispositivo constitucional del art. 254 -hoy 155-, esto es la demandabilidad directa de los entes autárquicos, (...) éste [el reclamo] debe dirigirse al ente autárquico, por mandato constitucional, reitero, porque es quien ha generado el hecho causante del supuesto agravio. Tal circunstancia encuentra apoyo también en el dispositivo del art. 47 inc. "b", de la Ley 1305, que define el caso de una demanda instaurada contra un ente descentralizado. Y ya se ha visto que éstos tienen capacidad para estar en juicio, con legitimación activa o pasiva" (cfr. entre otros, TS RSI 80-83 I 13-5-83 Carátula: "Ravagni de Guevara Ilda Iris c/Provincia del Neuquén s/Acción Procesal Administrativa").

Por ello, frente a la pretensión esbozada en la demanda, la Provincia del Neuquén carece de legitimación pasiva para ser demandada en estas actuaciones y, en consecuencia, corresponde admitir la defensa opuesta en tal sentido, y rechazar la demanda a su respecto, con costas a la actora.

**VIII.-** Despejado este punto, cabe entrar de lleno a analizar la cuestión planteada, respecto del derecho de la accionante a cobrar compensación por subrogancia, en categoría similar a la que perciben los agentes a cargo de sectores, con retroactividad al 12/05/06.

Ello, en virtud de las tareas de responsable o jefa del Departamento Mayordomía, que la Sra. Millain refiere haber desempeñado.

**VIII.1.-** En relación con las subrogancias, el art. 44 de la Ley 2265 establece que: "*Los agentes que cumplan*





*reemplazos transitorios en cargos superiores correspondientes al agrupamiento personal superior y/o autoridades superiores o cargos equivalentes de otros escalafones, tendrán derecho a percibir un suplemento por "Subrogancia" consistente en la diferencia de la asignación de su categoría y adicionales particulares y la que le correspondería por el cargo que desempeña interinamente, cuando concurran las siguientes circunstancias: A - Que el cargo a subrogar sea de conducción y no haya sido acordado por resolución interna del organismo. B - Que el cargo se halle vacante o que su titular esté ausente con licencia extraordinaria, suspensión reglamentaria, incapacidad, adscripción, enfermedad o cambio eventual de funciones. C - Que hayan transcurrida como mínimo noventa (90) días corridos en el cumplimiento de las funciones superiores encomendadas. D - Que la designación legal de subrogancia fije el término de la misma a través de resolución dictada por los señores ministros o secretarios de Estado para el personal de la Administración Central, y por los titulares respectivos en el caso de los organismos descentralizados".*

Y finaliza el art. citado advirtiendo que: "Los agentes que sustituyen temporalmente funciones o cargos de mayor jerarquía no adquirirán derecho permanente para el cargo que subroguen ni para ser promovidos al mismo."

**VIII.2.-** Bajo tales premisas, la actora invoca la prestación de las tareas referidas, en las dependencias que el ente posee en la localidad de Loncopue.

Sostiene la legalidad de la subrogancia, principalmente en base al comunicado efectuado por el Presidente del EPROTEN al personal, mediante Memorándum de fecha 12/09/01.

De las constancias agregadas a autos, surge copia simple del Memorándum, a fs. 4 del Expte. 4370-002743/11 y fs. 4 de autos. Su lectura es parcial, ya que aparece recortado en su margen derecha.



Así, en principio suscripto por el Presidente del EPROTEN, y destinado al personal de mayordomía, comunica que "a partir del día cargo del mencionado sector la Sra. MILLAIN Celia" (sic). La firma, al pie, se encuentra fotocopiada hasta la mitad, careciendo de una gráfica y sello completos.

Como se traduce, el texto carece de una parte importante, que impide conocer la expresa intención de la autoridad administrativa.

Posteriormente, en el Expte. administrativo precitado, consta a fs. 06, una copia simple del Sr. Fernando Cayunao (sin identificación de cargo, sello, membrete, empresa, o sector), de una entrega de mercadería, dirigida a la Sra. Jefa de Mayordomía, "Doña CELIA MALLAIN" (sic).

Esa es toda la referencia a la Jefatura de Mayordomía aportada a la causa, sin que obren otros datos tendientes a acreditar la efectiva prestación de los servicios en calidad de Jefe, o "a cargo" del área de Mayordomía.

**VIII.3.-** Por su parte, la administración demandada explica los argumentos por los cuales no procede el abono de la subrogancia, desde el comienzo de la vía reclamatoria.

Así, de la lectura de las actuaciones agregadas, se advierte que el EPROTEN rechaza la pretensión administrativa mediante Res. N° 114/11, argumentando que el cargo que la actora manifestaba haber ocupado no se encontraba previsto en la estructura orgánica del Ente y, por consiguiente, carecía de previsión presupuestaria, tanto al momento del reclamo como al año 2006.

Así, la Administración, manifiesta que el pago por subrogancia exige la previa designación del agente en un cargo de mayor responsabilidad o jerarquía. En el caso de la Sra. Millain, ello no había sucedido, por no existir el *cargo de Jefe de Departamento -o Área- de Mayordomía*.



En idéntico sentido, en el 15° considerando de la Res. N° 114/11, resaltó que la designación correspondiente a tales cargos, corresponde al Gobernador de la Provincia.

Continúa sosteniendo que no consta decreto que acredite el desempeño de la Sra. Millain en las funciones mencionadas.

Posteriormente, a través del Decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 899/12 (fs. 44/44vta.), reitera los argumentos ya vertidos en la Resolución y sostiene que el Memorándum invocado como prueba de designación a cargo del área de mayordomía, constituye una mera comunicación de organización interna y no reúne los requisitos para ser considerado un acto administrativo de designación, propiamente.

De igual manera, argumenta que el Presidente del Ente no está facultado para designar personal, en virtud de lo dispuesto en el art. 12 de la Ley 1762.

**VIII.4.-** Va de suyo que, en instancia administrativa, la actora recurre únicamente en relación al rechazo del pago por subrogancia.

A tal efecto, enfatiza en la confusión de la administración entre la necesidad de un decreto de nombramiento en la función, con el hecho de la prestación de un servicio en favor de la administración.

Bajo este vértice, entiende que es posible el rechazo del petitorio de nombramiento, mas no del pago de compensación por subrogancia, ya que esta última solo depende de la efectiva prestación de las funciones superiores a la categoría de revista del agente, las que considera acreditadas mediante el Memorándum del 12/09/01, ya citado.

De este modo, interpreta que la falta de pago de la subrogación, importa un enriquecimiento sin causa de la administración, a costa de su empobrecimiento.



Ofrece, como prueba informativa, los legajos de los agentes Claudia Bogarin, Damián Roa y Raúl Bravo, a quienes -manifiesta- se reconoció el abono de la subrogancia, frente al cumplimiento de funciones de mayor jerarquía.

Invoca que dicho personal, que ejerce funciones de responsabilidad -ya sea a cargo de áreas o sectores-, posee una categoría mayor a la suya, o se le abona la subrogancia por categoría.

Así, apoyada en el principio de igual remuneración por igual tarea, solicita ante la autoridad administrativa, el otorgamiento de la categoría FUA con retroactividad al 12/05/06 y, subsidiariamente, el abono de la compensación por subrogancia de categoría.

Ahora bien, frente a esta postura, es dable señalar que los agentes referidos tenían designaciones como Jefes de Departamento, debidamente establecidos en los organigramas del EPROTEN.

Por ello, no resulta de aplicación el principio invocado, atento las diferencias sustanciales de hecho entre la situación de la Sra. Millain y los demás agentes invocados.

En detalle, la Sra. Claudia Bogarin (FUA) Y Raúl Bravo (FUB), eran Jefes de los Departamentos Tesorería y Legajos, respectivamente, según la designación de los Decretos N° 2457/02 (fs. 10/12 expte. administrativo N° 5000-009686/11); N° 2105/04 (fs. 197/202 de autos) y N° 156/11 (fs. 211/215 de autos).

En cuanto al agente Damián Roa (FUC), era Jefe de Departamento Patrimoniales y Viviendas Oficiales por Decreto N° 2457/02; y posteriormente, Jefe del Departamento Seguridad e Higiene, a partir del Decreto N° 2105/04.

**IX.-** Ahora bien, en función de lo expuesto, cabe afirmar que no existe desarrollo de prueba en favor de los extremos invocados.



En este sentido, no consta designación de la Sra. Millain como responsable, encargada o jefa del departamento o área de mayordomía.

Hasta el 10/12/11, dicho cargo -o equivalente- no se encontraba previsto en la estructura orgánica del EPROTEN, ya que fue creado mediante Decreto PEP N° 156/11, con fecha 22/12/11 (fs. 211/215 de autos), bajo la designación de Departamento Maestranza y Limpieza, y con designación de jefe responsable a la agente Ramona Alejandra Barrera, con categoría FUA (fs. 214).

Hasta entonces, los organigramas establecidos por Decretos N° 457/02 (fs. 10 del Expte. N° 5000-009686/11); N° 2105/04 (fs. 197/202) y N° 13/08 (fs. 15/17), no contienen el cargo de Jefe de Mayordomía o similar.

Así las cosas, el nombramiento de personal, realizado mediante Decreto N° 156/11, fue confirmado mediante el Decreto PEP N° 440/13 (fs. 216/232), aprobatorio a partir del 1/10/12 del encasillamiento provisional de la planta funcional del EPROTEN.

En este acto, se consignó que la agente Celia Millain cumplía funciones de maestranza, aunque sin cargo jerárquico o de responsabilidad.

De igual manera, no ha quedado acreditada la prestación de tareas a cargo del sector de mayordomía, conforme fuera invocado por la actora.

En conclusión, el eje de la pretensión se centra en una base fáctica que no se encuentra acreditada en autos, impidiendo abordar su tratamiento de manera apropiada. Por lo cual, propongo al acuerdo, rechazar la demanda interpuesta contra el Ente Provincial de Termas del Neuquén (EPROTEN).

Con respecto a la imposición de costas, las mismas deberán ser soportadas por la accionante vencida en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 68 del C.P.C. y C. y 78 Ley 1305). **TAL MI VOTO.**



El señor Vocal **Dr. RICARDO TOMAS KOHON** dijo: **I.-** En consideración a las consideraciones de hecho y derecho desarrolladas por el vocal preopinante, adhiero al acogimiento de la acción en los términos señalados en el voto que abre este Acuerdo. **ASÍ VOTO.**

De lo que surge del presente Acuerdo, habiéndose dado intervención al señor Fiscal General, por unanimidad, **SE RESUELVE:** **1°)** Hacer lugar a la defensa de falta de legitimación de la Provincia del Neuquén y rechazar la demanda a su respecto, con costas; **2°)** Rechazar la demanda interpuesta por la Sra. Celia Millain contra el Ente Provincial de Termas del Neuquén (EPROTEN); **3°)** Imponer las costas a la accionante (art. 68 del CPCCyC y 78 de la Ley 1305); **4°)** Regular los honorarios, a los Dres. ... y ... -apoderados de la Provincia del Neuquén-, en la suma de \$1.649,52; al Dr. ..., Fiscal de Estado y patrocinante de la misma parte, en la suma de \$4.123,80; al Dr. ..., apoderado y patrocinante del EPROTEN, la suma de \$11.546,64, según arts. 6, 7, 9, 10, 38 y ccs. de la Ley 1594; **5°)** Regístrese, notifíquese y oportunamente archívese.

Con lo que se dio por finalizado el acto que previa lectura y ratificación firman los Magistrados presentes por ante la Actuaría, que certifica.

Dr. RICARDO TOMAS KOHON - Dr. OSCAR E. MASSEI  
Dra. LUISA A. BERMUDEZ - Secretaria