---Trelew, de diciembre de 2008.-

--- **Y VISTOS**: El recurso de apelación interpuesto y fundado a fojas 29/36 contra la resolución de fojas 26/28, y ----------

--- **CONSIDERANDO:** ----------

I.- En la oportunidad reglada en el art. 7 de la ley 4.572, el Señor Juez de Primera Instancia declaró la inadmisibilidad del mandamiento de ejecución deducido. ----------

--- Los actores se agraviaron, en lo esencial, sosteniendo que a partir de la reforma de 1994 la antigua doctrina sobre la excepcionalidad del amparo, elaborada en forma pretoriana para moldear los límites de una institución desconocida, debe al menos ser revisada. ----------

--- Sostuvieron que hacer mención a esa “excepcionalidad” bajo la invocación de la existencia de “otras vías aptas”, es aún más audaz en función de que la Constitución calificó al amparo como una vía “rápida y expedita” y la conjunción de esta caracterización con las pautas que establece la Convención Americana de Derechos Humanos, indica que el instituto debe ser eficaz como inmediata herramienta de protección de derechos. ----------

--- Expresaron que la sentencia cuestionada pretende que la vía apta que desplaza la acción de amparo es el pleito laboral entablado contra los responsables laborales del despido, pero no explica en absoluto en qué medida el Juez Laboral tendría imperio sobre el funcionario de la Secretaría de Trabajo, que no es ni podrá ser parte en los juicios laborales. ----------

--- Adujeron que la decisión tomada por el Juez Laboral es razonable desde la perspectiva del objeto de un pleito laboral, por lo que el seguimiento de la indicación de que “ocurre por la vía pertinente” no puede colocarlos en contradicción con una conducta anterior relevante. ----------

--- Afirmaron que difícilmente los derechos subjetivos públicos mencionados en este amparo pudieran haber sido invocados en sede laboral a los fines de obtener una orden de libramiento de los fondos depositados en la cartera laboral.

--- Insistieron en que la causas laborales son contra empresas pesqueras, en tanto que esta es una acción de amparo contra un funcionario que incumple sus deberes. ----------

--- Alegaron que si los depositantes son ajenos a la relación laboral –lo que pone en duda-, pero no reclamaron condición alguna para el libramiento de fondos, no tiene importancia en esta etapa la imputación y el efecto que tenga sobre los procesos laborales en trámite. ----------

--- Manifestaron que la arbitrariedad e ilegalidad resultan claramente manifiestas,

pues el funcionario estatal, obrando al margen de toda motivación o fundamento normativo, retaceó sumas dispuestas para atender en la urgencia a los trabajadores despedidos y admitió que reclama de los trabajadores dos actos igualmente inmorales: que renegaran de su abogado de confianza y que una vez privados de adecuado asesoramiento renegaran del juicio.----------

--- Aseveraron que otro grave error de la sentencia es la afirmación de que la cuestión traída requiere una mayor amplitud de debate y prueba. ----------

--- Transcribieron jurisprudencia según la cual es excepcional el rechazo “in limine” de una acción de amparo. ----------

--- **II.-** No puede dejar de advertirse que el análisis efectuado por el *a quo* mediante el decisorio en crisis lo fue a la luz de lo normado por el art. 7 de la ley 4.572, verificación de la admisibilidad preliminar del amparo que incluye los presupuestos normados en los arts. 1 a 6 de la citada norma, de lo que se deduce que cabe que se controle, además de la concurrencia de los presupuestos procesales, es decir, de los requisitos formales, también, las condiciones de fundamentación o procedencia de la pretensión, para desestimar la demanda en este estadio respecto de estas últimas sólo si la pretensión aparece objetivamente, en el sentido de manifiesta, evidente como improponible.

--- Es este el caso, por lo que se confirmará la sentencia apelada, aunque por fundamentos diversos a los dados en ella. Para así decidirse, no puede dejar de considerarse con sumo detenimiento la norma que regla a nivel de grada constitucional la pretensión traída a esta Sala. Ella no es otra que el art. 58 de la Constitución Provincial que establece que “*Cuando una norma imponga a un funcionario o autoridad pública un deber expresamente determinado, todo aquél en cuyo interés debe ejecutarse el acto o que sufra perjuicio material, moral o político, por falta del cumplimiento del deber, puede demandar ante el juez competente su ejecución inmediata y el juez, previa comprobación sumaria de la obligación legal y del derecho del reclamante, dirige al funcionario o autoridad pública un mandamiento de ejecución*”.----------

--- Analizada la causa con detenimiento surge que todo lo actuado en la instancia anterior, parece haber prescindido de la consideración y adecuada interpretación de dicha manda. Ni los litigantes ni el juez de grado han hecho en autos aplicación aceptable de ella. Los primeros, por cuanto no han cumplido en su demanda con los presupuestos para la aplicación de ella y el último, por cuanto no ha extraído en su resolución las consecuencias que necesariamente debían extraerse de los hechos de la causa a la luz de tal norma.----------

--- En palabras llanas, la norma establece sus propios presupuestos de

aplicación; algunos los determina en forma expresa y otros surgen implícita – pero indudablemente- de ella. Los presupuestos expresos son: ----------

1) que existe una norma que imponga a un funcionario o autoridad pública un deber expresamente determinado, ----------

2) que quien ejercite el derecho sea aquél en cuyo interés debe ejecutarse el acto o que sufra perjuicio material, moral o político, por falta del cumplimiento del deber; ----------

3) que se demande ante el juez competente su ejecución inmediata; ----------

4) que el juez, antes de dirigir al funcionario o autoridad pública el mandamiento de ejecución, compruebe previamente en forma sumaria la obligación legal y el derecho del reclamante.----------

--- De tales presupuestos expresos surgen implícitos otros. Ellos son: ----------

a) que quien ejercite la acción destinada a obtener un andamiento de ejecución indique cuál es el deber incumplido por el funcionario; --------

b) que quien ejercite dicha acción indique con claridad cuál es la norma que imponía al funcionario o autoridad pública el ejercicio de ese deber; ----------

c) que quien ejercite dicha acción indique claramente además cual es el perjuicio material, moral o político, que le ocasiona la falta de cumplimiento del deber por el funcionario; ----------

d) que se compruebe previamente en forma sumaria y sin lugar a duda alguna la obligación legal y el derecho del reclamante.----------

--- Los presupuestos implícitos de aplicabilidad del art. 58 de la Constitución y de procedibilidad de la acción que se analiza se relacionan inescindiblemente tanto con esta norma como con la naturaleza del instituto que se busca aplicar y con el carácter no ordinaria y expedita de la tutela perseguida.----------

--- Piénsese que mediante el mandamiento de ejecución el juez ordena a un funcionario que actúe, con lo cual debe el magistrado contar con los elementos de juicio necesario para tomar una medida que un funcionario se negó a tomar. Ello muestra la necesidad de que el juez no tome este tipo de decisiones sobre la base conjeturas o intuiciones sino sobre la base de datos fehacientes e indiscutibles, que eviten que la discrecionalidad del funcionario sea reemplazada por la del juez. ----------

--- En el mismo sentido, correctamente ha resuelto la Corte Suprema que los jueces no están facultados para sustituir el criterio del órgano competente en materias sujetas a su apreciación de oportunidad y conveniencia (CSJN, 8/11/84, “Perrone, Juan A. y otros”, La Ley 1985-A, 457 y ED 113- 114).----------

--- En pareja senda, también se ha resuelto que “sobre la base de la división de poderes, cuando el juez controla el ejercicio de la discrecionalidad no reproduce en

forma exacta el proceso lógico desarrollado por la Administración. El control jurídico recae sobre una decisión administrativa ya dictada. Consecuentemente, si existió un margen discrecional de libre apreciación a cargo de la Administración, no incumbe al juez revalorar y ponderar una elección ya realizada por ésta, pues ello implicaría administrar, sustituir al órgano administrativo competente y vulnerar la división de poderes. El control judicial implica fiscalizar una ponderación y una elección ya realizada, por lo que debe respetar el poder exclusivo de valoración otorgado a la Administración, y sólo controlar cuando se sobrepasen los límites del mismo" (Sup. Trib. Just. Santiago del Estero, 8/6/06, "Jiménez, Francisco Cribelli V. Gobierno de la Provincia", en Jubas sum. Z0010170).----------

--- El mandamiento de ejecución prospera cuando se ha comprobado previamente sin lugar a dudas tanto la existencia de una obligación legal incumplida como el derecho del reclamante.----------

--- El mandamiento de ejecución no es una flor que crezca en terreno sembrado de incertidumbres. En un voto suyo, uno de los Jueces de esta Sala, integrando la Sala B de este Cuerpo sostuvo en un voto respecto del amparo que "Duda y amparo son conceptos incompatibles. El amparo no es una flor que crezca en un terreno sembrado de dudas. Si existe duda sobre la violación de los derechos constitucionales, el amparo no procede, porque éste exige la arbitrariedad o inconstitucionalidad manifiesta, y si hay duda, justamente no hay una violación patente, manifiesta, incontestable. Tampoco procede el amparo si hay duda sobre cuál sería la vía procesal más idónea, justamente porque para que proceda el amparo, el amparista debe haber desvirtuado la presunción constitucional de eficacia del sistema procesal común. Si subsisten dudas es porque no ha logrado desvirtuar esta presunción" (voto del Dr. Marcelo López Mesa, en autos "SAMAME, Eduardo s/ Acción de Amparo" (Expte. N° 22.944), sentencia del 3/9/08, registrada bajo el Nº _163 de 2008 – SIC y publicada en el-Dial, newletter diario del Año XI - Nº 2652, enviado el Jueves, 6 de Noviembre de 2008).----------

--- Similares consideraciones son aplicables a este instituto. Para librar un mandamiento de ejecución debe constatarse con toda seriedad y pulcritud que existía un deber jurídico de obrar en cabeza de un funcionario, que éste podía ejercitar ese deber por sí, que una norma le imponía obrar y el derecho del actor era incontestable.----------

--- Ello, por cuanto si alguno de estos presupuestos no se diera en el caso, el mandamiento de ejecución no podría prosperar. Obsérvese que si alguno de estos presupuestos no se da, se estaría librando un mandamiento de ejecución ordenando a un funcionario actuar, ante una situación no clara, ante un derecho incierto o ante una obligación de actuar cuestionable o dudosa. No parece ser el espíritu de la norma constitucional que analizamos el de hacer que los jueces se inmiscuyan en las cuestiones de los otros poderes y pretendan tomar decisiones no ya respecto de juridicidades dudosas sino decisiones que atañan a oportunidad, mérito y conveniencia.----------

--- Un criterio firme que ha venido sosteniendo la Corte Suprema desde antiguo es el de que “la misión más delicada que compete al Poder Judicial es la de saber mantenerse dentro de la órbita de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes o jurisdicciones, toda vez que es el Judicial el llamado por la ley para sostener la observancia de la Constitución Nacional, por lo que un avance de este poder en desmedro de las facultades de los demás, revestiría la mayor gravedad para la armonía constitucional y el orden público” (CSJN, 7/5/98, “Defensor del Pueblo de la Nación c. P.E.N.”, La Ley 1998-C, 556; ídem, 17/12/97, “Rodríguez, Jorge en: Nieva, Alejandro y otros c. Poder Ejecutivo Nacional”, La Ley 1997-F, 884; ídem, 26/3/96, “B., N. H.”, La Ley 1996-C, 538 y DJ 1996-2, 425; Cámara Federal de Apelaciones de Córdoba, sala B, 28/10/97, “González de Delgado, Cristina y otros c. Universidad Nac. de Córdoba”, LLC 1998, 261, entre cientos de igual tenor).----------

--- El librar un mandamiento de ejecución sin que se den los ocho presupuestos que analizamos supra implicaría vulnerar este criterio inveterado de la Corte Suprema. Ello, pues ordenar a un funcionario que actué sin la concurrencia de los cuatro presupuestos expresos del art. 58 C.P., para lo cual es necesario que estén presentes también los cuatro implícitos, implicaría que el Poder Judicial se inmiscuyese en el ámbito de l Poder Ejecutivo, ordenando a éste que tome medidas cuya regularidad y conveniencia no están acreditadas en autos.----------.

--- Dentro de esa línea de razonamiento, no puede soslayarse que en el caso los apelantes, ni en su demanda –lo que ya bastaría- ni en su expresión de agravios, no invocaron ni cuál era el deber jurídico incumplido por el funcionario demandada ni, menos, identificaron la norma de la que éste surge prístinamente. ----------

--- Los actores apelantes han abundado en sus dos presentaciones sustanciales en la causa –demanda y agravios- en los trazos gruesos, en las alegaciones ampulosas de ilegalidad, pero al momento de definir cuál es concretamente la conducta ilegal del funcionario demandado se limitan a decir que el mismo ha actuado “con prescindencia absoluta de cualquier motivación o justificación administrativa”. Luego al pasar mencionan como una condición ilegal, arbitraria e ilegítima, la de desistir de la acción judicial entablada, calificándola de increíble. Y llegado el turno de explicitar cuál es la norma legal de la que surge la obligación incumplida, mencionan los actores la ley 3270 y todas las normativas referentes a los funcionarios públicos y “por supuesto, la Constitución Nacional y Provincial”. Transcriben luego el art. 58 de la Constitución –sin reparar en su texto, aparentemente- y luego terminan su presentación con una serie de frases de parecido nivel de generalización a las reseñadas anteriormente.----------

-- Analizando el art. 58 de la Constitución Provincial, el instituto que esta norma recepta y el espíritu de la norma, surge claro, patente, que la obligación incumplida a que se refiere el art. 58 Const. Pcial. no puede ser una obligación tan genérica como la de fundar un rechazo en la vía administrativa. De admitirse ello, se estaría favoreciendo una litigiosidad infinita contra el Estado, pues cualquier litigante a quien no le parezca

suficiente la fundamentación de una resolución denegatoria podría presentarse en sede judicial a requerir por la vía de un instituto tan o más excepcional que el amparo, que se obligue a un funcionario a fundar una resolución.----------

--- Claramente se trata de un exceso, que no puede convalidarse. Los administrados tienen la posibilidad de cuestionar la actuación del funcionario ejecutivo por la vía de los recursos habilitados por el procedimiento administrativo. Y llegado a la cúspide del Poder Ejecutivo, agotada la vía, pueden ejercitar las acciones judiciales a que se crean con derecho. Pero pretender ejercitar una vía como la del mandamiento de ejecución para obtener que un funcionario de tercera línea del Poder Ejecutivo funde una resolución debe tomarse como una ocurrencia, la que no puede ser receptada en esta instancia. En especial, cuando la pretensión colisiona contra la doctrina legal del Máximo Tribunal provincial en la materia. ----------

--- Es dable recordar que el Superior Tribunal de Justicia de esta Provincia en el caso “G., E. L. del V. c/ Municipalidad de Trelew y/o quien resulte responsable s/Acción de Amparo" (Expte. N° 17.850-G-2000), sentencia del 28/12/2001, consideró como presupuesto inexcusable de la acción de amparo (aplicable a este caso por conducto de lo dispuesto por el art. 18 de la Ley 4572) que el amparista logre destruir la presunción constitucional de eficacia del sistema procesal común.--------- Los actores de autos ni han desvirtuado dicha presunción, ni han intentado siquiera demostrar que las vías impugnatorias corrientes no protegían sus derechos satisfactoriamente.----------

--- Tampoco debe hacerse a un lado la generalización e imprecisión en la cita del derecho invocado por los aquí apelantes, la que es palmaria y manifiesta.----------

--- Y no puede olvidarse que no estamos en una acción corriente, en la que el principio iura curia novit sea aplicable y el juez pueda reconducir o encauzar una pretensión formalmente deficiente. En el segmento del proceso en que nos ha colocado la pretensión actora, la adecuada cita legal, la demostración de la insuficiencia del sistema procesal común, la correcta identificación del deber jurídico incumplido por el funcionario demandado, son cargas procesales inexcusables y presupuestos de admisibilidad de la acción, las que en el caso de autos no se han satisfecho adecuadamente por los actores, lo que sella la suerte de su pretensión.----------

--- A los fines previstos por el Constituyente provincial de 1994 y considerando la gravedad e importancia de la decisión que implicaría hacer lugar al mandamiento solicitado, se requiere que el incumplimiento denunciado en cabeza del funcionario demandado sea patente y manifiesto, que él surja de una norma legal o constitucional expresa, precisa en sus alcances y clara en su significación, no bastando al efecto con las menciones genéricas de los apelantes a los arts. 11, 18 inc. 9 , 24 inc. 2, y 44 de la Carta Magna., ni la mención de que la conducta del demandado debería mirarse a la luz de lo normado por el art. 264 primera parte del Código Penal, ni que se denuncie la violación de las pautas de la ley 920 en cuanto ordena motivar aquellas decisiones que limiten derechos subjetivos. ----------

--- Quien pretende obtener que en sede judicial se ordene a un funcionario del Poder Ejecutivo que actúe de una determinada manera, no sólo debe necesariamente demostrar previamente que dicha acción está legalmente establecida de modo indiscutible –no pudiendo surgir dicho deber de una mera conjetura-, sino que además debe indicar cuál es el sustento legal preciso y concreto de su pretensión –pues no puede acudir en este caso al principio “Da mihi factum, dabo tibi ius”, vulgarmente conocido como iura cuira novit- . Al ejercer institutos tan específicos y sensibles como el que nos ocupa, no cabe echar mano de generalizaciones y trazos gruesos, sino que se requiere de precisión al promover la acción y transitar las restantes instancias del proceso.----------

--- Por ello era necesario que los actores indicaran en forma expresa cuál era la norma que fue infringida al omitir el Funcionario Público con competencia en la materia, realizar la conducta que se le endilga omitida indebidamente. Y el deber reputado infringido debe tratarse de un deber específico y no genérico. Debe tratarse de un deber que estuviera a su cargo específicamente y no de un deber tan genérico que pudiera predicarse en cabeza de todos y cualquier funcionario. Porque un juez constitucional –y esta Sala lo es al fallar asuntos como éste- no puede cometer la torpeza de omitir que no puede haber querido el constituyente que remedios excepcionales se utilicen para canalizar pretensiones tan amplias y ambiguas como la que aquí se analiza.----------

-- Es en razón de lo expuesto y dado que la ausencia de los requisitos de admisibilidad aparecen manifiesta, clara y descubierta, esta Sala entiende correcta la decisión del Sr. Juez *a quo* de clausurar el proceso en su mismo umbral declarando la improponibilidad de la demanda, aunque –como se anticipara- por fundamentos diversos a los allí empleados. ----------

--- **III.-** Las costas de Alzada deben imponerse a los apelantes vencidos (art. 17 de la ley 4572). ----------

--- En consideración a la importancia, eficacia y resultado de la labor desarrollada en esta Alzada se regularán los honorarios de los Dres. E. R. H. y H. A. A. -en conjunto- en la cantidad de pesos ciento veinticinco ($ 125) (arts. 6, 7, 10, 14, y concs. del dec-ley 2.200).---------- Por ello, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew; **RESUELVE:** ---------- ---------- 1) Confirmar la resolución apelada de fs. 26/28. ---------- 2) Imponer las costas de Alzada a los apelantes. ----------

--- 3) Regular los honorarios de los Dres. E. R. H. y H. A. A. por sus labores en la segunda instancia en conjunto en la cantidad de pesos ciento veinticinco ($ 125).---------- ---------- Regístrese, notifíquese y remítase.----------

REGISTRADA BAJO EL Nº _____ DE 2008 – SIC – CONSTE.-