000005/2009

Trelew, febrero de 2009

“G. , A. A. c/ PROVINCIA DEL CHUBUT s/ Amparo” (Expte. 05 –Año 2009).-

En la ciudad de Trelew, a los días de enero del año dos mil nueve, se reúne la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones de esta ciudad, con la Presidencia del Dr. Aldo Luis De Cunto y presencia del Sr. Juez del Cuerpo Dr. Carlos Dante Ferrari, para celebrar Acuerdo y dictar sentencia definitiva en los autos caratulados:” **G. , A. A. c/ PROVINCIA DEL CHUBUT s/ Amparo” (Expte. 05 –Año 2009)** venidos en apelación a esta Alzada. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?. Y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs.88.----------

--- **A LA PRIMERA CUESTIÓN,** el Dr. Ferrari dijo: ---------- I.A fs. 72/76 la parte demandada interpuso recurso de apelación respecto del fallo definitivo dictado en autos a fs. 64/67 vta., por el cual se acogiera la acción de amparo promovida por A. A. G. contra la Provincia del Chubut, condenando a la accionada, a que una vez firme la presente y por intermedio del organismo competente se proceda a promover en ascenso al amparista al grado inmediato superior de revista con efectos retroactivos al 01/01/09, en tanto se encuentre apto reglamentariamente. Todo ello con imposición de costas a la perdidosa.---------- A fs. 73 se concede el recurso de apelación interpuesto, fundado a tenor de la pieza obrante a fs. 72/76. Tras un somero relato de los antecedentes, la recurrente refiere que en su contestación de demanda planteó dos cuestiones diferentes: una relativa a la falta de habilitación de la instancia judicial por el no agotamiento de la instancia administrativa, y otra respecto del fondo del asunto discutido en autos. Respecto de la primera se dijo que el actor había deducido la demanda impropiamente, ya que antes había optado por instar y mantener abiertas las instancias administrativas las que se encuentran en trámite. Señala tal como lo refería el mismo actor y lo acreditaba con copia del reclamo interpuesto contra la Nota Nº 173/08 DRH-B1 (PS) emitida por la Junta de Calificaciones, luego de habérsele notificado la misma, el actor interpuso con fecha 15/11/2008 formal reclamo contra ella y que a la fecha de interposición del amparo dicho reclamo estaba sustanciándose. Agregó que al no obtenerse aún resolución de su recurso interpuesto, no se puede conocer si se obtendrá acogimiento favorable al mismo, por lo que hallándose abierta la instancia administrativa y sin agotar la misma, la instancia judicial no se hallaba habilitada. En cuanto a la cuestión de fondo, relata que la *a quo* partió de su análisis considerando

que para el período 2006/2007, pese a haber resultado apto para las funciones de grado, el amparista no fue propuesto para el ascenso por registrar una causa administrativa (preventivo 16/05 DAI) y que la situación se repitió en noviembre del año 2008, cuando nuevamente se le anticipa al amparista que –en principio– (lo aclara el juez) no será propuesto para el ascenso. Al respecto considera equivocado el razonamiento de la jueza, por cuanto, ni la nota 173/08 que ataca el actor ni la comunicación interadministrativa agregada como hecho nuevo, así como el acta de reunión de la Junta de Calificaciones del período 2007/2008 resultan actos administrativos que decidan o resuelvan una situación de un agente como para calificarlas como lo hace la Juez, de que quebrantan en forma manifiesta y palmaria la formativa provincial y que con ello se cumple con el recaudo de ilegalidad manifiesta y palmaria la formativa provincial o que turban groseramente algún derecho constitucional. Afirma que son sólo actos o comunicaciones de la administración sin la entidad que le otorga la sentenciante de actos administrativos violatorios de derechos constitucionales. Asevera que sólo un acto administrativo en sentido estricto puede, por su entidad, y una vez notificado al agente, modificar su situación jurídica, pero no las simples comunicaciones interadministrativas como las que ataca el amparista. Sin perjuicio de ello –agrega– los derechos que pudieren haber sido interpretados como lesionados por dichas actuaciones, tienen su tratamiento y solución en la instancia administrativa que se mantiene abierta. Pide, en síntesis, se haga lugar al recurso intentado, revocándose el decisorio en lo que es materia de agravios.---------- ---------- II. **La “falta de habilitación de instancia”:** ---------- ---------- Bajo este rótulo, la parte demandada opuso como primer artículo defensivo que el actor entabló esta demanda judicial sin haber agotado previamente la instancia administrativa pendiente y en curso de resolución. Al respecto, puedo adelantar desde ya desfavorable opinión respecto de esta queja. Es que la existencia de un recurso administrativo pendiente de resolución no obsta a la procedencia formal del reclamo cuando se ha verificado la amenaza de una lesión grave a derechos y garantías de rango constitucional cuya reparación no debe ser demorada.---------- En tal sentido, como bien lo ha citado la *a quo* al decidir el resguardo opuesto por la demandada, ya esta sala ha tenido ocasión de expresar que el Art. 54 de la Constitución Provincial solamente condiciona el amparo a la inexistencia de otra vía cuando ella sea pronta y eficaz, sin distinguir entre vías judiciales o de otra naturaleza, mientras que el Art. 43 de la Carta Magna Nacional se refiere específicamente a otra vía judicial más idónea. En consecuencia, ni la norma constitucional ni la Ley 4572 exigen este trámite previo que, por ende, no es inevitable como se lo arguye en la queja. La admisibilidad de la acción de amparo no queda obstruida por la existencia de recursos o trámites administrativos o por agotamiento de los mismos (confr., CNFed. Cont. Adm., Sala 2da., 19/8/99, L.L., 1999-E-624). Al ser el amparo admisible siempre que no exista

otro medio más pronto y eficaz (Art. 54, Const. Provincial), tal vía protectoria únicamente podría quedar descartada ante la existencia de aquella vía pronta y eficaz, con mayor aptitud para satisfacer las pretensiones del amparista (confr., S. T. de Corrientes, 28/8/98, L.L., 1999-B-789, 41.299-S), toda vez que la objeción al amparo sólo puede provenir de la comprobación de una vía previa que resulte “pronta y eficaz” para la procura del objetivo buscado (confr., S. T. de Entre Ríos, Sala 1ra. Penal, 26/10/98, L.L. Litoral, 1999-1067 – conf. Expte. 17079 – S.I.C. 50/2001).---------- De tal manera, en vista de que el reclamo realizado en sede administrativa por el amparista no resultó pues la vía pronta y eficaz que prescribe el texto constitucional provincial, su tramitación no impidió la iniciación de este amparo. A mérito de ello, opino que debe desestimarse dicho agravio.---------- III. **El acto administrativo atacado:** ---------- Según se desprende de las constancias de la causa, el amparista, en su carácter de funcionario policial, objetó la decisión administrativa que le fuera comunicada mediante nota N° 173/08 (copia obrante a fs. 9), por la que se resolvió que dicho funcionario no sería propuesto para ascender en el año 2008 en razón de encontrarse encuadrado en el art. 89, inc. d) y art. 92 de la ley 1561 (texto seg. ley 4214).---------- Al cuestionar dicha decisión en sede judicial, el actor señaló que la misma era ilegal, arbitraria, desproporcionada e irrazonable, por cuanto conculcaba derechos fundamentales y garantías constitucionales, causándole graves perjuicios.---------- A la vista de los antecedentes del caso, puedo adelantar desde ya mi total coincidencia con la postura expuesta por el colega preopinante.---------- En efecto, de las constancias agregadas a la causa puede constatarse: 1) que las actuaciones administrativas por las que se le postergó el ascenso se originaron en el año 2005 mediante preventivo Nro. 16/05 DAI (ver fs. 2); 2) que en el año 2007 la Junta Policial de Calificaciones lo declaró “Apto para la función de grado” Con vacante reservada (fs. nota de fs. 8); 3) que según la documental aportada, en noviembre de 2007 se le comunicó que no sería propuesto para el ascenso por registrar una causa administrativa (Nota N° 153/07 – fs. 7) 4) que la situación se repitió en noviembre del año 2008, cuando nuevamente se le anticipa al amparista que –en principio–no será propuesto para el ascenso por los mismos motivos (conf. Nota N° 173/08 – fs. 9); 4) que, en consecuencia, está probado que a tenor de la imputación disciplinaria del año 2005 se postergaron sus alternativas de ascenso durante los dos períodos consecutivos subsiguientes, siempre a causa de las mismas actuaciones sumariales, pese a su aptitud (ver fs. 8).---------- Así las cosas, esta sumaria comprobación pone de manifiesto que la situación encuadra nítidamente dentro de la norma prevista en el art. 89 in fine de la ley 1561 en tanto la misma, aludiendo a la causal prevista en dicho inciso (hallarse bajo sumario administrativo mientras no concluya...”) establece que: “Si la demora obedeciese

exclusivamente a la instrucción, o a la falta de resolución de la Jefatura, no podrá demorarse el ascenso del empleado por más de un período".----------
---------- Como ya lo expresara en una causa reciente de similares características (autos "M. , F. c/PROVINCIA DEL Chubut – POLICÍA DE LA PROV. DEL CHUBUT s/ACCIÓN DE AMPARO"- Expte. 4 – Año 2009 – S.D.C. 1/2009), resulta evidente que dicha salvedad legal ha tenido por objeto evitar una prolongación irrazonable o arbitraria en la tramitación de los sumarios administrativos, ya que de otro modo, la pendencia prolongada y sin justificación de dichas tramitaciones podrían ocasionarse graves perjuicios personales y patrimoniales al agente afectado.---------- Con esto en claro, la crítica ensayada por la demandada se aprecia inconsistente, ya que de ningún modo consigue refutar el razonamiento lógico desarrollado por la sentenciante, basado en las comprobaciones fácticas que acabo de reseñar y en la clara regla sentada por el art. 89 –última parte- de la ley 1561. La negativa a acordar el ascenso, sea cual fuere la forma que se adopte para materializarla, constituye en forma inequívoca una decisión administrativa y no una simple "actuación interadministrativa", y en tanto dicha resolución contraría la norma que prohíbe demorar las promociones con base en la misma causa por más de un período, se configura con ello la amenaza inminente de una virtual violación grave a los derechos y garantías del postulante (arts. 43, C.N., 54, Const. Prov. y 3, Ley 4572), justificando el progreso de la acción de amparo incoada, que a mi criterio debe confirmarse en todo cuanto ha sido materia de agravios en esta sede, con costas a la parte recurrente (art. 17, Ley 4572).---------- IV. Como corolario de lo anteriormente expresado, corresponde confirmar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de agravio, con costas a la demandada vencida (conf. arts. 17 de la ley 4572 y 68 del CPCC).---------- En cuanto a la regulación de los honorarios profesionales por las actuaciones realizadas en esta sede, teniendo en cuenta la extensión, calidad, eficacia de las tareas cumplidas y resultado respectivamente obtenidos (arts. 6, 14, 47 y conc., Dec. Ley 2.200), opino que deben fijarse los estipendios del letrado apoderado del actor, Dr. G. L. en un 28% de lo regulado al mismo en la sentencia de origen, y los del letrado apoderado de la demandada Dr. A. F. V. P. en un 25% también sobre lo que se le regulara en la primera instancia, en ambos con más el IVA correspondiente (conf. arts. 6, 7, 14 y 47 del arancel, leyes 23349 y 23871).----------
------ Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------
A LA PRIMERA CUESTIÓN , el Dr. De Cunto dijo:---------- Atento la claridad de la reseña que efectuara el Dr. Ferrari, tanto de la sentencia de origen de fs. 64/67 vta., como de los agravios que vertiera la demandada a fs. 72/76, en homenaje a la brevedad me remito a la misma, adentrándome directamente en el tratamiento de las quejas de a apelante.---------- I.- La recurrente deduce básicamente dos quejas, una relativa a la habilitación de la instancia judicial y la otro referida al fondo de la

cuestión.---------- 1) El primero se relaciona con su planteo, en la instancia originaria, de falta de habilitación de la instancia, señalando que la jueza de grado malinterpretó su defensa ya que no planteó el requisito del reclamo administrativo previo previsto en la ley 920, sino que lo esgrimido por su parte consistió en que no se encuentra habilitada la instancia judicial del amparo por cuanto el actor mantiene abierta la vía administrativa con la cual puede obtener satisfacción a su pretensión.---------- En primer lugar he de destacar que, por estos mismos argumentos, la demandada bien pudo interponer, oportunamente, el recurso de apelación previsto en el art. 11 de la ley 4572 contra la resolución dictada a fs. 19 de acuerdo a lo normado por el art. 7 de la misma ley. Sin perjuicio de ello cabe recordar que la presente acción de amparo fue promovida con el objeto de atacar el acto administrativo comunicado mediante la Nota Nº 173/08 (ver escrito de demanda a fs. 13, pto. II, 1er. párrafo y fs. 09). Por su parte la recurrente considera que dicha pretensión es susceptible de obtener satisfacción a través de la vía administrativa que el actor mantiene “viva” mediante el recurso que contra la mentada nota dedujo el mismo según surge de las constancias de fs. 10/12. Al respecto es de resaltar que si bien el actor tiene pendiente de decisión el recurso administrativo mentado, ello no es óbice para que interponga la presente acción de amparo.---------- Con anterioridad ya me expedí sobre esta cuestión, si bien en minoría, en un antecedente de esta Sala (conf. CANE, Sala “B”, SIC Nº 99/08, del 23/05/08, in re: “M., C. A. c/ Provincia del Chubut s/ acción de amparo”, Expte. Nº: 22.743/08). En dicha oportunidad razoné en el sentido que de conformidad con lo dispuesto por el art. 3 de la ley 4572, toda persona puede interponer acción de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra cualquier decisión, acto, hecho u omisión de una autoridad pública o de particulares que en forma actual o inminente restrinja, altere, amenace o lesione con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta derechos o garantías reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución Nacional, la Constitución Provincia, un Tratado o una ley, con excepción de la libertad corporal en la que corresponde la interposición del hábeas corpus. Morello y Vallefín han criticado la postura sostenida por el más alto Tribunal Federal “según la cual el amparo sólo procedería en caso de no existir otros procedimientos ordinarios, administrativos o judiciales que permitieran obtener el mismo efecto” (CSJN, Fallos 301:489) debido a que actualmente resulta muy difícil encontrar equivalentes jurisdiccionales que opaquen o pospongan el juego del amparo (Augusto M. Morello, Carlos A. Vallefín, “El amparo. Régimen procesal”, LEP, 4ta. Ed., pág. 220).---------- Si esta crítica se realiza respecto del requisito de la inexistencia de medio judicial más idóneo, *a fortiori* , debe considerarse respecto de las vías administrativas cuya idoneidad no ha sido prevista como condición de admisibilidad del amparo de acuerdo al art. 3 de la ley 4572. En el mismo orden de ideas se ha entendido que con anterioridad a la reforma constitucional de 1994 tenía plena vigencia

la ley 16986 -en el orden nacional- por lo que no se reconocía la viabilidad de la acción de amparo cuando existían otros recursos o remedios judiciales o administrativos que protegieran al derecho constitucional afectado. Pero, luego de la reforma mencionada, con el actual texto del art. 43 de la C.N. se ha considerado que a diferencia de lo que acaece en los procesos administrativos dicha norma reafirmó la autonomía del amparo respecto de los demás cauces procesales comunes, distanciándolo aún más del sistema general de reclamos y recursos administrativos, sin perjuicio de señalar que se encuentra constitucionalmente subordinado a la ausencia de otro medio *judicial* más idóneo y que por lo tanto sólo será el medio apropiado si no existen otros procesos que aseguren una útil y efectiva tutela judicial (conf. Salgado-Verdaguer: “Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad”, Ed. Astrea, 2da. Ed., pág. 128/132).------- En este sentido, el hecho de que esté viva la vía administrativa no resulta óbice para promover la presente acción de amparo. En consecuencia, por todo lo considerado, no existe obstáculo alguno para la habilitación de la presente instancia judicial, por lo que acuerdo con el vocal prevotante en la desestimación del agravio.----------
---------- 2) En cuanto al segundo agravio relativo al fondo del asunto decidido habré de expresar en primer lugar que los argumentos vertidos como fundamentos del mismo resultan rayanos en la deserción. Es que debe recordarse que la crítica concreta exigida por el art. 265 del CPCC (conf. remisión del art. 16 de la ley 4572) se refiere a la precisión de la impugnación, señalándose el agravio; lo de razonada alude a los fundamentos, bases y sustanciaciones del recurso (conf. CN. Civ., Sala H, 5/3/91, Rep. JA, 1991-819, nº 39). Debe desplegarse un razonamiento coherente que demuestre a la vez el desacierto del razonamiento contenido en la sentencia que se impugna (conf. CN. Civ., Sala D, 12/9/79, ED, 86-442).----------
---------- Al respecto la sentenciante de la instancia de origen fue precisa en señalar que el actor fue postergado en el período 2006/2007 para el ascenso respectivo, repitiéndose la misma situación en noviembre de 2008 (ver fs. 66 vta., pto. II, 1er. párrafo). Es así que seguidamente expuso su razonamiento explicando los motivos por los cuales entendió que se configuraba el requisito de ilegalidad manifiesta. A tal fin discurrió de la siguiente manera: *“La situación descripta no sólo no ha sido o negada por la demandada, ni en cuanto a los tiempos ni en cuanto a las causas por las cuales no se ha concretado el ascenso del amparista, por lo que corresponde tener por reconocido que en ambos casos se trata del preventivo (16/05 DAI). Agregada, como hecho nuevo lo decidido por la Junta de Calificaciones (ver fs. 48) y como medida para mejor proveer, copia del acta de reunión de la Junta de Calificaciones (ver fs. 54 y sgtes) incorporada a expediente similar por la demandada, se desprende que efectivamente el amparista si bien ha sido declarado apto para las funciones de grado y se ha reconocido su reclamo en el sentido de que no puede postergarse nuevamente su ascenso por la reconocida demora en la instrucción sumarial, paradójicamente no se*

resuelve su ascenso. De tal forma que surge con total claridad que la demandada ha quebrantado en forma manifiesta y palmaria lo dispuesto por el art. 89 inc. d) de la ley 1561, modificado por la ley 4124, que sólo permite postergar el ascenso en un solo período cuando la demora en la tramitación del sumario administrativo obedece exclusivamente a la instrucción sumarial o a la falta de resolución de Jefatura" (ver fs. 66 vta., 2do. a 4to. párrafo).---------- Frente al razonamiento expuesto por la juzgadora, la quejosa se limitó a señalar que, tanto la nota 173/08 como el acta de la reunión de la Junta de Calificaciones del período 2007/08 no resultan actos administrativos que decidan o resuelvan una situación del agente como para ser consideradas ilegales, siendo meros actos de comunicaciones de la administración sin la entidad que les otorga la jueza (ver fs. 75 vta., 3er. párrafo). Lo expuesto no pasa de ser una simple afirmación sin explicar acabadamente por qué la jueza se equivocó al exponer que la postergación del actor para el ascenso respectivo por un segundo período consecutivo -sin que se le iniciara un nuevo sumario que se añadiera al precedente tenido en cuenta para la anterior postergación- resultaba violatoria del art. 89 inc. d) de la ley 1561 (t.o. según ley 4124). Amén de lo expresado hasta aquí es de manifestar que la nota Nº 173/08 (ver fs. 09), ante lo expuesto en el acta de reunión de la Junta de Calificaciones respectiva (ver fs. 54), lejos de ser una mera comunicación -como lo interpreta la accionada- importa un acto que lesiona, o al menos amenaza (conf. arts. 43 de la Const. Nacional, 54 de la Const. Provincial y 3 de la ley 4572) derechos del actor, por cuanto importa una nueva postergación para su promoción laboral en el grado inmediato superior, lo que se ratifica con la nota obrante a fs. 48.---------- El resto de los argumentos brindados al sostener este agravio se vinculan nuevamente a la eventual satisfacción de los intereses del actor a través de la vía administrativa (ver fs. 75 vta. "in fine"), lo que ya fuera objeto de tratamiento con resultado negativo al examinar el primer agravio. En síntesis, por todo lo razonado habré de concordar en que se rechace también este segundo agravio.---- II.- En consecuencia de lo anteriormente expresado, corresponde confirmar la sentencia apelada en todo cuanto ha sido materia de agravio, con costas a la demandada vencida (conf. arts. 17 de la ley 4572 y 68 del CPCC).---------- Respecto de la regulación de honorarios por los trabajos realizados ante esta sede, en atención a la extensión y mérito de los mismos, así como al resultado del pleito, los del letrado apoderado del actor, Dr. G. L. se establecen en un 28% de lo regulado al mismo en la sentencia de origen, y los del letrado apoderado de la demandada Dr. A. F. V. P. en un 25% también sobre lo que se le regulara en la primera instancia, en ambos con más el IVA correspondiente (conf. arts. 6, 7, 14 y 47 del arancel, leyes 23349 y 23871).----- Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. Ferrari expresó: ---------- En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por tanto:------

---------- I) CONFIRMAR el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de agravio.-------- II) Imponer las costas de esta sede a la demandada vencida (conf. arts. 17 de la ley 4572 y 68 del CPCC). III) Regular los honorarios, por la actuación en esta Alzada, de los Dres. G. L. y A. F. V. P. , en un 28% y 25% respectivamente, sobre lo regulado en la anterior instancia con más el IVA correspondiente.----------

Así lo voto.---------- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó:---------- El pronunciamiento que corresponde dictar es el propuesto por el Dr. Ferrari, fiel expresión del acuerdo alcanzado.---------- Así lo voto.----------

--- Con lo que se dio por terminado el acuerdo, dejándose constancia que la presente se dicta por dos miembros del Tribunal, pasándose a dictar: ----------

----------**SENTENCIA**---------- **Y VISTO:** Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Sala “A” de la Cámara de Apelaciones con asiento en la Ciudad de Trelew, **RESUELVE:** ---------- I) CONFIRMAR el fallo apelado en todo cuanto ha sido materia de agravio.-------- II) Imponer las costas de esta sede a la demandada vencida (conf. arts. 17 de la ley 4572 y 68 del CPCC). III) Regular los honorarios, por la actuación en esta Alzada, de los Dres. G. L. y A. F. V. P. , en un 28% y 25% respectivamente, sobre lo regulado en la anterior instancia con más el IVA correspondiente.----------

Regístrese, notifíquese y devuélvase.----------

Registrada bajo el nro. del año 2009.- SDL.- Conste.-