“M., F- c/ PROVINCIA- del Chubut s/ acción de amparo” (Expte. Nº 04/09).-

En la ciudad de Trelew, a los días de enero del año dos mil nueve, se reúne la Sala “B” 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: **“M,, F,c/ PROVINCIA DEL CHUBUT s/ Acción de Amparo” (Expte.nro. 4 año 2009)** venidos en apelación a esta Alzada. Los Sres. Magistrados resolvieron plantear las siguientes cuestiones: PRIMERA: ¿ es justa la sentencia apelada? y SEGUNDA: ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar? Y expedirse en el orden resultante del sorteo practicado a fs. 85.---------- **A LA PRIMERA CUESTIÓN** , el Dr. De Cunto dijo: ----------

Vienen estas actuaciones a conocimiento de la Alzada con motivo del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada a fs. 69/72 en contra del pronunciamiento definitivo dictado en autos a fs. 61/64 vta., por el cual se hace lugar a la acción de amparo promovida por F. M. contra la Provincia del Chubut, y condenando, en consecuencia, a la accionada, a que una vez firme la presente y por intermedio del organismo competente proceda a promover en ascenso al amparista al grado inmediato superior de revista en tanto se encuentre apto reglamentariamente. Todo ello con imposición de costas. A fs. 73 se concede el recurso de apelación interpuesto.----------

--- I.- Dicho lo anterior procedo a efectuar el relato de los agravios y del memorial presentado por el actor a fs. 77/82 vta.----------

--- 1) La demandada efectúa un relato de los antecedentes, reseñando que en su contestación de demanda planteó dos cuestiones diferentes: una referida a la falta de habilitación de la instancia judicial por el no agotamiento de la instancia administrativa, y otra relativa al fondo del asunto discutido. Respecto de la primera se dijo que el actor había optado por instar y mantener abiertas las instancias administrativas las que se encuentran en trámite. Señala que de acuerdo a la Nota Nº 130/08 emitida por el Director de Asuntos Legales del Ministerio de Gobierno y Justicia Provincial, dicha asesoría tomó intervención en los expedientes Nº 891/07 JP, que contiene el preventivo 18/05, así como en el Nº 757/07 JP continente del preventivo 12/06. Señaló que ambos preventivos se encuentran concluidos mas el amparista interpuso recursos administrativos, habiéndose tramitado y rechazado algunos y otros están con proyectos de

resolución. Es así que al no estar agotada la instancia administrativa y siendo ella idónea para la eventual satisfacción de sus pretensiones, el actor no debió interponer la acción aquí examinada, dado que la instancia judicial no se encontraba habilitada. En cuanto a la cuestión de fondo se dijo que resultaba cierto que el actor se vio involucrado en hechos que generaron dos actuaciones administrativas distintas iniciadas mediante los preventivos 18/05 y 12/06. Es así que el actor no fue propuesto para el ascenso por el período 2005-2006 por registrar causa administrativa. Y lo mismo aconteció para el año siguiente ya que la causa seguía en trámite y se sumaba el preventivo 12/06. Expresa que dichas causas fueron resueltas por la Policía aplicándose sanciones al agente, las que fueron recurridas por el mismo. Agrega que para el año 2008, amén de los actos que resolvieron los preventivos y que fueron recurridos, no existió el dictado de un acto administrativo posterior que haya lesionado un derecho o garantía del amparista, sino que sólo hubo una actuación administrativa plasmada en una nota emitida por la Dirección de Recursos Humanos de la Policía donde se dio a conocer que “en principio” M. no sería propuesto para el ascenso por registrar causas administrativas en trámite. Se entendió que no hay acto que en forma actual o inminente amenace, vulnere o restrinja con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derecho o garantía algunos del amparista.----------

--- En el capítulo de los agravios, y respecto a la cuestión de la habilitación de la instancia judicial, considera que la “a quo” se equivoca porque su parte no planteó que el amparista no cumpliera con el requisito del reclamo administrativo previo previsto por la ley 920, sino algo distinto. Lo que se argumentó es que la demanda había sido deducida impropiamente en tanto se había optado voluntariamente por mantener abierta la vía administrativa pertinente que resolvería sus cuestiones, por lo que no podía instar paralelamente una acción excepcionalísima como el amparo. Es decir que su defensa no se basó en el requisito del reclamo administrativo previo, sino en la falta de habilitación de la instancia judicial en razón de estar abiertas y en trámite las vías procesales administrativas mantenidas por la actora e idóneas para resolver sus pretensiones. Cita jurisprudencia.----------

--- En cuanto al fondo del asunto decidido, considera equivocado el razonamiento de la jueza, por cuanto, ni la nota 170/08 que ataca el actor ni el acta de reunión de la Junta de Calificaciones del período 2007/08 resultan actos administrativos que decidan o resuelvan una situación de un agente como para calificarlas de infracciones manifiestas y palmarias de la normativa provincial. Entiende que son sólo actos o comunicaciones de la administración sin la

entidad que le otorga la sentenciante. Sin perjuicio de ello, añade, que los derechos que pudieron haber sido interpretados como lesionados, tienen su tratamiento y solución en la instancia administrativa que se mantiene abierta. Finaliza con el petitorio de estilo.----------

--- 2) El actor por su parte esgrime los siguientes argumentos por los cuales considera que debe confirmarse el decisorio. En cuanto a la habilitación de la instancia, refiere que la contraria confunde la naturaleza del reclamo que interpusiera su parte. Explica que el único reclamo administrativo interpuesto fue por el primer período en que su mandante fue excluido de los ascensos dado que contaba con una actuación administrativa sumarial (preventivo 18/05). En el segundo período se mantuvo el recurso administrativo por el preventivo 18/05 pero tampoco se acudió a la justicia pues existía una nueva causal consistente en el preventivo 12/06. Ese último año, continúa refiriendo, al ser notificado del acto administrativo comunicado mediante nota del Departamento de Recursos Humanos, no interpuso reclamo administrativo alguno respecto de la exclusión. Es por ello que entiende que no existe vía administrativa pendiente. Agrega que el recurso de reconsideración y jerárquico en subsidio versa respecto de la sanción impuesta en el preventivo 18/05, es decir, sobre un período distinto del que es objeto de la presente acción de amparo. Cita jurisprudencia respecto a la pendencia de la vía administrativa, expresando que luego de la reforma de 1994, la habilitación de la instancia judicial del amparo dejó de estar obligatoriamente condicionada por la decisión administrativa previa. No obstante ello, expresa que lo que no advierte la contraria es que la pretensión que se articula con la presente acción de amparo, no guarda relación con la cuestión administrativa todavía no resuelta, ya que la ilegitimidad es manifiesta. Destaca que en el acto administrativo que recurre su mandante es considerado apto para la función del grado con una calificación distinguida, pero no propuesto para el ascenso toda vez que registra como causa administrativa pendiente el preventivo 18/05, a pesar de haber fenecido el plazo de la instrucción.----------

--- Seguidamente se refiere a los agravios vertidos por la demandada, reiterando que la misma no advierte que se trata de períodos distintos y que ilegalmente se posterga el ascenso de su poderdante por la misma causal. Repite conceptos referidos a la expiración del plazo de instrucción del preventivo 18/05, correspondiendo aplicar el art. 89, inc. d) de la ley 1561. Asimismo vuelve a manifestar que el único reclamo administrativo interpuesto ante el Sr. Ministro es

el correspondiente al primer período en que fuera excluido de la lista de ascensos y que aún está pendiente. Es así que considera que mal puede pretenderse que en esta circunstancia, cuando la violación de la norma ha sido manifiesta, se obligue al actor a transitar nuevamente la misma vía muerta o a esperar una resolución que recaiga sobre la misma. Cita doctrina administrativista, así como refiere a la normativa constitucional y legal sobre amparo.----------

--- Por último refiere a que resulta ingenuo *-naif-* el planteo de la administración en cuanto a que tanto la nota Nº 170/08 y lo resuelto por la Junta de Calificaciones no son actos administrativos que decidan o resuelvan la situación del amparista, dado que toda declaración de voluntad de la administración que produzca efectos jurídicos respecto de los administrados es un acto administrativo. Efectúa el petitorio de estilo.----------

--- II.- Delimitada la materia sobre la cual habrá de ejercer este Cuerpo la facultad revisora, corresponde el tratamiento de los agravios reseñados.----------

--- 1) La apelante deduce básicamente dos quejas. 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. 25 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 170/08 (ver escrito de demanda a fs. 19, pto. II, 1er. párrafo y fs. 16/17). 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 los recursos que planteó en los expedientes 891/07 JP y 757/07 JP, continentes de los preventivos 18/05 y 12/06 (ver fs. 69 “in fine”). Al respecto es de resaltar que tales recursos son mencionados en el informe de fs. 35 y que el recurso deducido en el primero de los expedientes administrativos se compadece con el obrante en copia a fs. 11/12 vta., por lo que fuera deducido el 12/11/07. Esto revela que mal podría referirse a la nota aquí atacada -la Nº 170/08-, ya que la

misma fue notificada al actor el 25/11/08 (ver fs. 17). Pero más allá de lo expuesto, queda claro que los recursos administrativos a los que se refiere la apelante fueron deducidos por el actor en el marco de los sumarios continentes de los preventivos 18/05 y 12/06, es decir dentro de procesos administrativos disciplinarios, por lo que el objeto de los mismos resulta ajeno a lo aquí pretendido que es la impugnación de la nota Nº 170/08 por la que se le comunicara que no será propuesto para el ascenso para el período en curso.-----

--- En consecuencia de lo expuesto no se vislumbra la posibilidad planteada por la demandada en su defensa, de que el actor al mantener abierta la vía administrativa citada y promover la presente acción de amparo, esté abordando dos medios paralelos para obtener satisfacción a su pretensión. Por todo lo considerado no existe obstáculo alguno para la habilitación de la presente instancia judicial, por lo que postulo 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 dos períodos consecutivos para el ascenso respectivo, repitiéndose la misma situación en noviembre de 2008 (ver fs. 63 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, sino por el contrario ratificada al acompañar el acta de reunión de la Junta de Calificaciones (ver fs. 37 vta.) de la que expresamente se desprende que efectivamente el amparista si bien a* (sic) *sido declarado apto para las funciones de grado se ha postergado nuevamente su ascenso por sumario administrativo en trámite iniciadas por preventivo nro. 18-05 DAI y preventivo 12-06 DAI. 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. Y, cierto es que no ha negado que la demora obedeciese a la tramitación de los sumarios. En efecto, la distinción que pretende efectuarse a fs. 48 vta., respecto a que lo único que están en trámite son recursos de reconsideración y jerárquico interpuestos por el accionante, no resiste un análisis serio de la cuestión, ya que evidentemente si tales recursos no se encuentran resueltos la tramitación del sumario no ha sido finiquitada" (ver fs. 63 vta., último párrafo/64, 1er. a 3er. párrafo).----------

--- Frente al razonamiento expuesto por la juzgadora, la quejosa se limitó a señalar que, tanto la nota 170/08 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. 71 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 tercer período consecutivo -sin que se le iniciara un nuevo sumario que se añadiera a los dos precedentes tenidos en cuenta para las anteriores postergaciones- 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 tanto la nota Nº 170/08 (ver fs. 16/17) como el acta de reunión de la Junta de Calificaciones respectiva (ver fs. 37 vta.), lejos de ser meras comunicaciones -como las interpreta la accionada- importan actos que lesionan, o al menos amenazan (conf. arts. 43 de la Const. Nacional, 54 de la Const. Provincial y 3 de la ley 4572) derechos del actor, por cuanto importan una nueva postergación para su promoción laboral en el grado inmediato superior.----------

--- 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. 71 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 proponer que se rechace también este segundo agravio.-------

--- III.- 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 ESTA MISMA CUESTIÓN,** el Dr. Ferrari dijo: ----------

--- I. La detallada reseña efectuada por el Dr. De Cunto, tanto respecto de los hechos y antecedentes que informan el caso cuanto de los planteos expuestos en esta sede por la parte apelante, me permiten abordar sin más trámite el tratamiento de las cuestiones traídas a decisión de la Alzada. Por tal motivo, me expediré acerca de los agravios vertidos en el mismo orden en que ya fueran tratados por el colega preopinante.----------

--- 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 las instancias administrativas pendientes y en curso de resolución. Sin embargo, en plena coincidencia con el magistrado que me precedió en el voto, debo decir que ello no se ajusta a la realidad de los hechos.----------

--- En efecto, como bien lo expusiera el amparista y lo ratifica la parte demandada en su contestación (fs. 44 bis/vta.), los reclamos administrativos interpuestos que actualmente transitan la etapa jerárquica se refieren a los episodios investigados y resoluciones recaídas en los Exptes. 757/07 JP y 891/07 JP y no respecto de la resolución comunicada mediante N° 170/08 aquí cuestionada.----------

--- En síntesis, más allá de cualquier postura jurídica que pueda adoptarse en punto a este resguardo defensivo como requisito formal para la procedencia de la vía de amparo, lo cierto y concreto es que en el caso bajo examen no se presenta una situación de esta naturaleza, por cuanto la cuestión administrativa pendiente, si bien guarda conexidad con la situación laboral del actor, versa sobre una materia distinta de la aquí planteada, en tanto esta última no ha sido recurrida en sede policial por el amparista. 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, cuestionó la decisión administrativa que le fuera comunicada mediante nota N° 170/08 (copia obrante a fs. 16), 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, puede apreciarse: 1) que las actuaciones administrativas por las que se le postergó el ascenso se originaron en los años 2005/2006 (ver fs. 36); 2) que en noviembre de 2006 la Junta Policial de Calificaciones, por criterio unánime, lo declaró "Apto para la función de grado" (fs. 5); 3) que según la documental aportada, el amparista se halla actualmente en condiciones para ser ascendido, habiendo obtenido una calificación promedio general de 9,54 y siendo calificado en agosto de 2008 por su jefe directo como un "Oficial Principal antiguo que cumple diversas tareas de Servicio, Judicial y Administrativo, haciéndolo con responsabilidad, correcto y disciplinado. Merecedor de la presente calificación" (ver fs. 15/vta.); 4) que a tenor de la imputación disciplinaria del año 2005 se postergaron sus alternativas de ascenso durante los períodos 2005/06 y 2006/07, siempre a causa de las mismas actuaciones sumariales, pese a sus excelentes calificaciones y aptitudes (ver fs. 6/10), reiterándose la misma circunstancia en 2008 (ver fs. 37 vta.).----------
--- Pues bien: 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." Es 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 constituye en forma inequívoca una decisión administrativa y no una simple comunicación, 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 una grave violación 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).----------

--- Por lo demás, comparto las retribuciones propuestas por el Dr. De Cunto –que doy aquí por reproducidas, *brevitatis causae*– para compensar las tareas cumplidas por los letrados en esta alzada, 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).----------

--- Voto entonces a esta cuestión por la AFIRMATIVA.----------

--- **A LA SEGUNDA CUESTIÓN**, el Dr. De Cunto expresó:----------

--- En vista del acuerdo arribado acerca de la cuestión precedente, corresponde por lo 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. Ferrari expresó: ----------

--- Tal como lo he adelantado, comparto la resolución propuesta por el señor Vocal preopinante, votando en sentido idéntico.----------

--- 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 “B” 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. de 2009 –SDL.- Conste.-