Comodoro Rivadavia, de diciembre de 2009.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados "L. M. G. c/ MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA S/ ACCION DE AMPARO", Expte Nro. 464/2009, venidos del Juzgado Letrado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Nro 2, Secretaría Nro. 4 (Expte. Nro. 416/2009) por haber sido apelada por la parte demandada la sentencia de fecha 28 de octubre de 2009 -fs. 233/234vta.- que hace lugar a la acción de amparo articulada en autos.

I.- A fs. 240/244vta. la apelante presenta memorial recursivo, el que centra en tres agravios.

En el primero critica el error del a quo al sostener que en el expediente administrativo tramitado ante el municipio no se cumplió con lo dispuesto en el art. 102 del Decreto Ley 1510 que dispone dar vista de lo actuado al sumariado a fin que efectúe su descargo. Dicho expediente culminó con la exoneración al cargo de empleada pública que ostentaba la aquí amparista.

Sostiene la demandada que el art. 30 del mismo cuerpo normativo establece que iniciado el sumario administrativo, el mismo será secreto hasta que se reúnan las pruebas necesarias al mismo y luego de ello se confiere la vista del art. 102 al sumariado. Que el abogado sumariante reunió todas las pruebas que consideró necesarias para dar cumplimiento al decreto y llamó a la Sra. L. una vez concluida dicha etapa para tomarle declaración indagatoria.

Luego de ello, terminada la instrucción y una vez que se reunieron todas las pruebas vinculadas al hecho, el sumariante levantó el secreto de sumario y le corrió vista de las actuaciones completas a la Sra. L., constancia que existe a fs. 90 del expediente administrativo.

Agrega que a fs. 83, 88, 89, 90 de dicho expediente, la actora también fue notificada, tomó vista del expediente y fue informada que podía contar con la defensa de un abogado, por lo que no se ha violado derecho de defensa alguno.

La segunda crítica al fallo atacado se centra en que la acción de amparo no es viable en el caso porque la actora tenía medios mas idóneos para reparar el supuesto agravio. Por ello resultan violados los arts. 3 y 5 de la Ley 4572, la igualdad y derecho de propiedad de la Municipalidad.

Funda su postura en que la amparista contaba con el recurso administrativo de nulidad o con el recurso de reconsideración regulados por los arts. 118 y 107 de la ordenanza de procedimiento administrativo N° 485/76 al que remite el art. 121 del decreto 1510, ordenanza N° 7287/00 y también la acción contencioso administrativa para atacar la Resolución N° 2174/09 que dispuso su exoneración.

Como tercer agravio, plantea la improcedencia del pago de salarios caídos a la actora porque se tratan de prestaciones no realizadas por la misma. Cita jurisprudencia que entiende aplicable al tema.

A fs. 246/vta. la actora contesta el traslado de agravios. Sostiene que la contraria pretende dar por cumplimentado la imposición normativa del art. 102 del decreto provincial 1510 que dispone la vista de la instrucción sumarial al imputado, a través de circunstancias que dan cuenta del acceso al expediente, como concurrir a prestar declaración indagatoria, pero que en modo alguno constituye el acto procesal normado expresamente.

En cuanto al segundo agravio planteado por la recurrente, sostiene que los recursos de reconsideración y nulidad son meras instancias de revisión ante el mismo órgano, pero en modo alguno mecanismos imperativos para agotar la instancia administrativa.

Concluye que finalmente pretende eximir al municipio de la carga del pago de los sueldos caídos citando jurisprudencia que no se corresponde con la acción en curso toda vez que justamente el amparo tiene por finalidad acceder a una solución rápida de la contienda, restableciendo la lesión al derecho constitucional afectado en el caso el derecho de defensa en juicio y por añadidura el derecho de propiedad, al verse comprometido el salario del trabajador. Esta solución eficaz y oportuna habilita la reclamación al pago de la remuneración no percibida a consecuencia del distracto irregular dispuesto por la demandada.

II.- A fin de entrar al estudio del caso, se hace necesario efectuar un repaso de estos actuados y del expediente tramitado en el ente municipal mediante el cual se sustanció el sumario administrativo a la aquí actora.

a) Las presentes actuaciones se inician por presentación de M. G. L., solicitando se decrete la nulidad de la resolución administrativa N° 2174 de fecha 26 de agosto de 2009 dictada en el Expediente N° 10/2004, por la que el Intendente Municipal dispuso su exoneración del cargo que ocupaba como empleada pública en dicho ente. Funda su pedido en que la mentada resolución lesiona con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta sus derechos y garantías superiores, reconocidos expresamente por la Constitución Nacional, la Constitución Provincial, y la legislación aplicable en el caso.

Solicita su reincorporación al cargo con mas el pago de los salarios caídos, desde el día del cese de su actividad hasta la efectiva reincorporación, con expresa imposición de costas.

Sostiene que ingresó a trabajar en la Municipalidad local con fecha 17 de octubre de 1994, que con fecha 05 de mayo de 2004 por ante la Asesoría Letrada Municipal se formula una denuncia en su contra imputándose el cobro de sumas de dinero a una contribuyente y luego otras dos mas de similar tenor.

Agrega que se sustanciaron las actuaciones sumariales en su contra hasta arribar a la resolución atacada por la que se dispone su exoneración al empleo municipal pero que nunca se corrió la vista estipulada por el art. 102 de la ley 1510, radicando allí la lesión que motiva el amparo, porque no pudo ejercer su derecho de defensa.

A fs. 233/234 el a quo hace dicta sentencia haciendo lugar al amparo, declarando nula la resolución Administrativa 2174/09 del Sr. Intendente Municipal de Comodoro Rivadavia y ordenando la inmediata reincorporación a su puesto de trabajo con reconocimiento de los salarios caídos. Funda su decisorio en el análisis del expediente administrativo N° 10/2004 del cual emerge con claridad el incumplimiento por parte del ente administrativo lo dispuesto por el art. 102 del Decreto Ley 1510, porque luego de formuladas las conclusiones a que se refiere el art. 101 de dicho cuerpo normativo no se le corrió vista a la agente municipal, para que ejerza su derecho de defensa de rango constitucional como paso previo a la adopción del decisorio con el cual culminó el procedimiento sumarial que la exoneró de su función.

b) El sumario administrativo labrado en el ente municipal -Expediente N° 10/2004 caratulado "A. A. s/ denuncia presuntas irregularidades en Area Atención al Público"- se inició mediante denuncia de fecha 05 de mayo de 2004 de la Sra. A. en contra de la Sra. L. por una supuesta entrega de dinero que esta última no imputó al pago del tributo municipal correspondiente (fs. 1/2).

A fs. 3 el Asesor Letrado resuelve la instrucción de sumario administrativo y designa instructor sumariante. A fines de esclarecer los hechos y deslindar responsabilidades el instructor sumariante designado reseña la normativa aplicable y, como primera medida, cita a la denunciante a ratificar la denuncia, lo que se produce a fs. 4.

A fs. 7, 8 y 26 se toman declaraciones testimoniales en torno al hecho denunciado, posteriormente se realizan pedidos de informes -fs. 9 a 25, 27 a 31-.

Con fecha 02 de junio de 2008 se resuelve la acumulación de los autos reseñados con el expediente N° 2/2007 caratulado "L. M. D. y U. del C. R. formulan denuncia", en base a la conexidad entre el agente y las denuncias realizadas -fs.32-, lo que se produce a partir de fs. 33.

A fs. 34 obra denuncia de la Sra. D. en contra de la Sra. L. por la entrega de la suma de $900 no imputada al concepto en que le fuera dada en pago en el año 2006. A fs. 35 obra la denuncia de la Sra. R. por un hecho similar acontecido también en el año 2006.

A fs. 36 se resuelve la instrucción de sumario administrativo contra la Sra. L. en base a las denuncias formuladas y se designa instructor sumariante, quien cita a las denunciantes a ratificar sus respectivas denuncias, lo que acontece a fs. 37 y 40.

A fs. 38 obra declaración testimonial.

A fs. 42 el instructor sumariante requiere a la Dirección de Recursos Humanos que indique si la Sra. L. resulta ser agente municipal y en su caso, se indique lugar donde se desempeña y los datos personales que permitan su individualización.

A fs. 44/vta. con fecha 14 de junio de 2007 obra denuncia del Sr. J. S. G. contra la Sra. L. por hechos del mismo tenor que los antes denunciados y que tuvieron lugar 5 meses antes de su declaración.

A fs. 45 se resuelve la instrucción de sumario administrativo contra la Sra. L. en base a esta última denuncia y se designa instructor sumariante, quien previo reseña la normativa aplicable al caso y ordena acumular la mentada denuncia a las actuaciones "L. M. D. y U. del C. R. s/ formulan denuncia", continuando los autos según su estado.

A fs. 47 la instrucción reitera pedido de informes a Recursos Humanos a fin que comunique esta dependencia si la agente continúa presentando servicios, a la vez que ordena otros pedidos de informes a otras reparticiones, los que se diligencian y producen a fs. 48/69.

A fs. 70/vta. el instructor sumariante, entendiendo que de los instrumentos y constancias glosadas se infiere que se han producido irregularidades que merecían el reproche por parte de la Administración Municipal, resuelve citar a prestar declaración indagatoria a la agente L.. Fundamenta la procedencia del acto en la existencia, según la compulsa de la instrucción y testimonios producidos, en que la citada agente habría tomado participación en su carácter de empleada afectada a la Dirección General de Rentas del municipio, en el área de atención al público, en tres hechos que detalla, referentes a las denuncias formuladas por la Sra. D., la Sra. R. y el Sr. G..

A fs. 83/vta. se produce la declaración indagatoria de la Sra. L., oportunidad en que se le comunica los tres hechos detallados que se le atribuyen.

A fs. 86 obra declaración testimonial.

A fs. 87 en fecha 02 de junio de 2008 se dispone acumular las actuaciones con el expediente "Asesoría Letrada "A. A. s/ denuncia presuntas irregularidades en el Area de Atención al Público" Expte. N° 10/2004, atento que se tratan de hechos similares denunciados respecto a la misma agente.

A fs. 88/vta. se dispone citar a la agente L. a prestar declaración indagatoria en relación al hecho denunciado en el expediente indicado en el párrafo precedente, acto que se produce a fs. 90.

A fs. 91/93, en fecha 19 de mayo de 2009 se produce el informe ampliatorio, dictaminando la instrucción que la conducta observada en la agente L., en torno a los hechos denunciados y acreditados, se encuadra en lo normado por el art. 97 inc. b) de la ordenanza 6418/97, por lo que corresponde aplicar a la misma la sanción de exoneración.

En fecha 11 de agosto de 2009 se eleva el informe al Asesor Letrado y este último eleva el expediente al Intendente Municipal con la resolución respectiva para su consideración y firma -fs. 93-.

A fs. 94/vta y 95/vta. obra resolución N° 2174/09 del Intendente Municipal por la cual resuelve aplicar a la agente M. G. L. la sanción de exoneración según lo establecido en el art. 97 inc. b) de la Ordenanza 6418/97.

A fs. 96 la sumariada autoriza a su letrado a tomar vista de las actuaciones, poniéndose las mismas a su disposición a fs. 97, lo que acontece a fs. 97vta.

III.- Como cuestión preliminar al estudio de los agravios, se impone el análisis de la totalidad de lo actuado por la demandada en torno a la instrucción del sumario administrativo labrado en el ente municipal, por el cual se decidió la exoneración al cargo de empleo público que revestía la aquí amparista.

El fundamento de este estudio encuentra sentido en que como eje de su primer agravio la demandada insiste en que el derecho de defensa de la Sra. L. no ha sido vulnerado porque ha tenido acceso al expediente en diversas oportunidades, las que indica.

Así las cosas, se observa del análisis minucioso del expediente administrativo que el mismo adolece de una serie de irregularidades en los que el derecho de defensa de la actora se vio vulnerado desde el comienzo.

En efecto, se observa que el sumario administrativo se inicia con el Expediente N° 10/2004 caratulado "A. A. s/ denuncia presuntas irregularidades en Area Atención al Público"- mediante denuncia de fecha 05 de mayo de 2004 de la Sra. A. en contra de la Sra. L., por irregularidades cometidas por esta última en el año 2004. Luego de ello se ratificó la denuncia, se tomaron declaraciones testimoniales y se realizaron pedidos de informes -fs. 9 a 25, 27 a 31-.

Sorprendentemente, con fecha 02 de junio de 2008, cuatro años después, se resuelve la acumulación de ese expediente con los autos reseñados con el expediente N° 2/2007 caratulado "L. M. D. y U. del C. R. formulan denuncia", en el que las denunciantes con fecha 16 y 20 de marzo de 2007 describen hechos de similar tenor que los relatados en el primer sumario y que datan del año 2005 y 2006. Se resuelve la instrucción de sumario administrativo, se ratifican las denuncias, se produce prueba testimonial.

Recién a fs. 42, con fecha 21 de junio de 2007 (tres años desde el inicio del primer sumario y tres meses aproximadamente en relación al inicio del segundo) el instructor sumariante requiere a la Dirección de Recursos Humanos indique si la Sra. L. resulta ser agente municipal y en su caso, se indique lugar donde se desempeña y los datos personales que permitan su individualización.

Por último, un cuarto hecho es denunciado con fecha 14 de junio de 2007 de similar tenor y que tuvo lugar en el año 2007. Se resuelve la instrucción de sumario administrativo contra la Sra. L. en base a esta última denuncia, se ordena acumular la mentada denuncia a las actuaciones "L. M. D. y U. del C. R. s/ formulan denuncia", continuando los autos según su estado.

El 06 de septiembre de 2007 el instructor sumariante, cita a prestar declaración indagatoria a la agente L., identificando los hechos sobre los cuales se le darán a conocer, pero inexplicablemente, solo describe tres de los cuatro hechos por los cuales tramitara el sumario. En la declaración indagatoria se le explica a la Sra. L. las denuncias formuladas por la Sra. D., la Sra. R. y el Sr. G., no así de la Sra. A. que fue el primer hecho denunciado y acontecido presuntamente en el año 2004. Siendo este último el hecho que originó la tramitación del primer sumario.

Recién en fecha 02 de junio de 2008 se dispone acumular las actuaciones con el expediente "Asesoría Letrada "A. A. s/ denuncia presuntas irregularidades en el Area de Atención al Público" Expte. N° 10/2004, y en esa misma fecha se dispone citar a la agente L. a prestar declaración indagatoria respecto al primer hecho, lo que acontece en fecha 12 de junio de 2008. La imputada toma conocimiento del hecho cuatro años después de formulada la denuncia en su contra.

En fecha 19 de mayo de 2009 se produce el informe ampliatorio que abarca los cuatro hechos, y en fecha 26 de agosto de 2009 se aplica la sanción de exoneración.

Como ya se señalara, el sumario comenzó con un hecho denunciado como acontecido en el año 2004 que recién se le dio a conocer a la sumariada cuatro años después, e inexplicablemente se le tomó primeramente declaración indagatoria respecto a tres hechos denunciados y acaecidos posteriormente.

Esto último reviste vital importancia en relación a tres tópicos: 1) la prescripción del hecho irregular; 2) la posibilidad y derecho que tiene la sumariada de recusar al instructor; 3) los principios de celeridad y economía procedimental que deben observarse en la tramitación de los procesos administrativos. En forma genérica, comprendiendo a estos tres tópicos, el principio de defensa que le asiste a la sumariada a lo largo de todo el procedimiento.

En torno al primer tópico, se observa que el primer hecho denunciado por la Sra. A. se encuentra prescripto porque data del año 2004 y recién tomó conocimiento del mismo en su declaración indagatoria que se llevó a cabo cuatro años después.

Con tal irregularidad, la demandada ha infringido el art. 269, inc. b) de la Ley I N° 18 (comprensiva de la anterior ley 920 y ley 1510 citadas por la instrucción sumarial como aplicables al caso). Dicho artículo establece que la acción para proceder contra los responsables y de hechos, transgresiones u omisiones que constituyan faltas disciplinarias prescribe los tres años, en los supuestos de faltas susceptibles de ser sancionadas con penas expulsivas. A su vez, el art. 270 del mismo cuerpo normativo dispone que el término de la prescripción se computa a partir de la fecha en que tuvo lugar el hecho objeto de la causa.

De este modo, siendo que el primer hecho que se le imputa a la Sra. L. data del año 2004, en virtud de la denuncia formulada por la Sra. A., y teniendo en cuenta que la declaración indagatoria -hoy declaración de imputado- producida en torno a este hecho tuvo lugar en el año 2004, ha transcurrido en exceso el plazo de prescripción establecido por la ley. Por ello, la sanción dispuesta en torno a este hecho deviene nula, siendo la prescripción de orden público corresponde, respecto al hecho señalado, su declaración de oficio respecto a la acción administrativa (art. 276 Ley I N° 18, antes Ley 920).

También, en razón de la nulidad de la sanción, hay que declarar la prescripción de la acción administrativa por el hecho denunciado a fs. 35/38, -denunciante U. del C. R.- al no existir actos interruptivos válidos de la acción a partir del año 2005.

Los mismos fundamentos son aplicables a los hechos denunciados por la Sra. D., ya que no habiendo actos interruptivos de la acción desde octubre de 2006 (nulidad de la sanción de por medio), también a la fecha se encuentra prescripta.

En torno al segundo tópico, privación a la sumariada de ejercer el derecho de recusar al instructor sumariante que le confiere el art. 174 de la ley antes citada; al no notificársele a la Sra. L. del inicio de las actuaciones como las acumulaciones de nuevos cargos, el procedimiento se llevó a cabo por el sumariante designado sin que ésta pudiera ejercer el mentado derecho, notificación que se debía de conformidad con el art. 82 del Código Procesal Penal y normas concordantes, de aplicación supletoria (art. 275 Ley I N° 18 del Digesto Jurídico, antes Ley 920).

En cuanto al último tópico, relacionado con el principio de celeridad y economía del procedimiento administrativo, notoria y palmariamente surge del análisis del sumario, que el mismo no fue respetado por la autoridad administrativa.

En efecto, el sumario se inició en el año 2004 por un hecho en particular, luego acaecieron otras dos denuncias y finalmente otra mas, quedando conformado finalmente el sumario con los cuatro hechos que se le imputaron a la Sra. L., sucediéndose diversas acumulaciones procedimentales surgiendo que el primer hecho se acumuló con los restantes recién cuatro años después.

La ley de Procedimiento Administrativo que se viene analizando, en su Título III norma sobre la actuación administrativa, y en su Capítulo I establece las normas generales, específicamente en su art. 26 establece los principios básicos y esenciales de toda actuación administrativa, siendo uno de ellos el del inc. 9, identificado como el de economía procesal, principio que también se destaca en el art. 35 de la misma norma al establecer que las actuaciones administrativas realizadas fuera del tiempo establecido solo implicarán la anulación del acto.

También se recepta dicho principio en el art. 42 del mismo cuerpo al imponer la obligatoriedad de los términos y plazos y en el art. 47 en el que se establece que el procedimiento administrativo no podrá exceder de seis meses en el tiempo que transcurra desde el día en que se inicie hasta aquel en que se dicte resolución. Por último, en el art. 146 establece que las autoridades administrativas están obligadas a recibir y tramitar las reclamaciones y denuncias con la atención y celeridad correspondientes a su importancia.

Como se explicara, la larga tramitación del sumario administrativo seguido contra la aquí amparista violentó toda la normativa reseñada por la propia autoridad administrativa, adoleciendo de diversas y gravísimas irregularidades procedimentales. IV.- Sin perjuicio que de lo reseñado en el Considerando anterior, resulta a todas luces que el procedimiento sumarial seguido en el organismo administrativo ha violado el derecho de defensa de la sumariada y que adolece de irregularidades desde su comienzo, corresponde, atento al tema traído a esta Alzada y en virtud del principio que el agravio es la medida de recurso, entrar al tratamiento del primer agravio.

La demandada centra su agravio en la negativa de haber violado el derecho de defensa de la sumariada porque entiende que la misma ha tomado vista del expediente en las oportunidades que indica. Insiste en que se ha cumplido con la vista que debe darse a la imputada a fin que ejercite su derecho de defensa y como paso previo a la imposición de la sanción.

A fin de dilucidar la veracidad o no de la postura de la recurrente, corresponde, en primer término, señalar que el art. 101 de la Ley 1510 actual art. 252 Ley I N° 18 establece: "Cuando la Asesoría General de Gobierno considere que se han practicado las diligencias necesarias para tener por cumplimentado el objeto del sumario conforme lo dispuesto por el art. 180, dispondrá se formulen las conclusiones en las que se expondrán objetivamente los hechos investigados, analizando los elementos y antecedentes reunidos."

A su vez, el art. 102, actual 253 de la misma normativa dispone que: "Agregado al sumario este informe final, se citará a los imputados a fin de conferirle vista de las actuaciones y otorgarles un plazo de cinco días hábiles para que ejerzan su derecho de defensa. La vista se correrá personalmente al citado, y quedará documentada mediante acta firmada por el imputado, quien deberá consignar en forma manuscrita la fecha y hora del acto...".

La formulación de las conclusiones o capítulo de cargos constituía un acto fundamental de la instrucción para el conocimiento en definitiva de la empleada imputada.

De las constancias del expediente administrativo N° 10/2004 tramitado en el ente municipal, emerge que a fs. 91/93, el sumariante realiza el informe ampliatorio de lo actuado elevando el expediente al Asesor Letrado -fs. 93- quien a su vez eleva el mismo al Intendente Municipal con la resolución para su consideración y firma -fs. 93-. A fs. 94/95 obra Resolución N° 2174/09 de fecha 26 de agosto de 2009 del Intendente Municipal que aplica la sanción de exoneración al cargo de empleo público a la Sra. L.. Posteriormente, a fs. 96 la sumariada autoriza a su letrado a tomar vista de las actuaciones, y a fs. 97 se ponen las mismas a disposición del letrado, quien toma vista de las mismas a fs. 97vta..

Se observa claramente que, entre el informe final del sumariante de fs. 91/93 y la resolución de exoneración de fs. 94/95 no se le corrió la mentada vista a la sumariada para que formule su descargo y propusiera las medidas probatorias, tal como lo impone la normativa transcripta y admite el art. 256.

Sin perjuicio que en los Considerandos de la Resolución N° 2174/09 -4° párrafo- se consigna que se ha citado a la agente a efectos de conferirle vista de las actuaciones, se desprende palmariamente de las constancias del expediente administrativo reseñadas supra que ello no ha ocurrido.

En tal sentido, el fundamento de la demandada en cuanto a que la amparista tomó vista de las actuaciones al momento que se le tomó declaración indagatoria, y posteriormente a la resolución final cuando su letrado tomara vista del expediente, no suple la omisión en la que incurriera el ente.

Con tal irregularidad en el procedimiento, se han violado las normas de los arts. 18 de la Constitución Nacional y 44 de la Constitución Provincial, en las que la amparista funda su acción y que tratan del debido proceso y la defensa en juicio. Tal omisión impidió a la Sra. L. ejercer su derecho de defensa en juicio y formular el respectivo descargo de las imputaciones formuladas en su contra.

En cuanto a las garantías constitucionales en juego, el art. 44 de nuestra constitución provincial dispone: "Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos en todo procedimiento o proceso de naturaleza civil, penal, laboral, administrativo o fiscal, disciplinario, contravencional o de cualquier otro carácter. Nadie puede ser privado de un derecho sino por una sentencia fundada, dictada por juez competente con resguardo de las reglas del debido proceso, ni penado

sino e virtud de un proceso regularmente tramitado con arreglo a las garantías consagradas en la Constitución Nacional y a las previsiones de la presente; ...".

A su vez el art. 18 de la Constitución Nacional: "... Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos...".

El ente municipal ha violado garantías de raigambre constitucional que trasuntan en la posibilidad que la actora ejerciera su derecho de defensa a fin de cumplir con otra garantía constitucional también violentada por el ente administrativo, tal como es la garantía del debido proceso.

También se han infringido las normas citadas como aplicables al caso por la propia autoridad administrativa. Tales como la Ordenanza N° 6418/97 que aprueba el Estatuto y Escalafón del Personal Municipal de Comodoro Rivadavia y que en su art. 93 dispone que todos los sumarios serán resueltos por la Asesoría Letrada y deberán garantizar el debido proceso adjetivo.

Asimismo, la Carta Orgánica Municipal en su artículo 22, inc. 2 establece que las ordenanzas garantizan la estabilidad en el empleo, pudiendo ser removido el agente con justa causa, establecido en sumario previo que asegura el derecho de defensa.

La resolución administrativa que exonera de su empleo público a la aquí amparista, ha violado toda la normativa reseñada faltando a principios básicos de procedimiento administrativo, a las propias normas que regulan su actividad, conculcándose así derechos de raigambre constitucional como los elaborados supra.

Por ello, la resolución deviene nula, operando los efectos de orden público señalados aplicables de oficio y los de nulidad en lo demás señalado. Debe restituirse a la actora a su puesto de trabajo.

El agravio de la demandada no logra conmover el fallo apelado, por lo que se desestima.

V.- En cuanto al segundo agravio, esto es la existencia de otro medio mas idóneo, repárese que tanto la Constitución Provincial como la Ley de Amparo disponen la procedencia de la vía siempre

que en forma actual e inminente se restrinjan, alteren, amenacen o lesionen, con arbitrariedad e ilegalidad manifiestas, derechos o garantías reconocidas por la Constitución nacional o la provincial.

Hemos de detenernos especialmente en el último de los recaudos -arbitrariedad o ilegalidad manifiesta-, concepto que específicamente enuncia la amparista al impetrar su acción. La calificación de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que, a veces en la doctrina y en la jurisprudencia es reemplazada por la de ilegitimidad, revela que el acto lesivo debe mostrar fehacientemente, en su primera apariencia, la violación grosera y ostensiblemente visible del derecho subjetivo de quien promueve el amparo (Bidart Campos, Germán "El control de constitucionalidad en el juicio de amparo y la arbitrariedad o ilegalidad del acto lesivo", JJ, 1969, T 2, p. 169 y ss).

Desde ese punto de vista si se repara en los hechos denunciados por la peticionante, y las normas previstas incumplidas por parte del ente administrativo, aparece jurídicamente justificada la sentencia de grado.

Con relación a la existencia de una vía mas idónea, resulta menester señalar que si bien es admisible la existencia de otras vías -como la señalada por la demandada- para el ejercicio de los derechos de la amparista, el análisis relativo a su procedencia debe efectuarse con suma prudencia en forma tal que su determinación no implique para el justiciable un perjuicio, cuando las posibilidades en el trámite alternativo reflejen una aparente satisfacción de su reclamo.

La adecuada protección jurídica del derecho invocado actúa como factor determinante al momento de evaluar los alcances del que se considera el medio judicial más idóneo en comparación con la acción de amparo, dentro del acotado margen que la ley suministra al a-quo y atendiendo a los hechos denunciados y las garantías constitucionales en juego.

La doctrina es pacífica al entender que: "Es que no cabe hacer una apreciación meramente ritual para excluir el amparo en razón de existir recursos administrativos factibles de utilización, toda vez que el instituto tiene por objeto una efectiva protección de derechos, mas que una ordenación o resguardo de competencia; y tal protección debe ser mas propia y menos formalista a tenor de la esencia o calidad del derecho a tutelar".- (Morello - Vallefín, El amparo - Régimen procesal, Librería Editora Platense, tercera edición, págs. 31/32).

"Lo importante como criterio discriminador, a nuestro juicio, no es que el justiciable pueda contar con diversos medios que resultarían a priori aptos, sino si el tiempo que ellos insumieran en su ejercicio concreto, lejos de satisfacer la tutela demandada, resultaría susceptible de causar un perjuicio irreparable". (Cfme. Morello- Vallefin ob. Cit. P.32).

Cabe tener en cuenta que la Ley de Amparo V N° 84 -antes Ley 4572-, precisa en su art. 5to. que el medio judicial más idóneo debe permitir obtener el mismo efecto en igual o menor lapso.

Como corolario de ello, la Ley de procedimiento Administrativo aplicable al caso, Ley I N° 18 -antes Ley N° 920-, dispone en su art. 272 que: "Contra el instrumento legal que disponga la aplicación de sanciones al personal dependiente de la Administración Pública Provincial, procederán los recursos previstos en el Capítulo II del Título Quinto de la presente Ley".

En el Título V Capítulo II el art. 98 establece que: "Contra las resoluciones administrativas y los actos de trámite que determine la imposibilidad de continuar un procedimiento o produzcan indefensión podrán utilizarse por los titulares de un derecho subjetivo o de un interés directo personal y legítimo en el asunto, los recursos de reconsideración, el jerárquico, el de nulidad y el de revisión...".

Por último, el art. 274 de la misma normativa dispone: "La reclamación en vía administrativa será requisito previo al ejercicio de la acción contencioso-administrativa, y de toda clase de acciones fundadas en el derecho común contra la Provincia, y derivada de la aplicación de sanciones".

Del juego armónico de los artículos transcriptos se desprende que, los recursos de reconsideración y de nulidad que propone la demandada en su expresión de agravios como medios más idóneos que el amparo, constituyen el paso previo para el ejercicio de la acción contencioso administrativa, mas no están impuestos como paso previo a la acción de amparo.

Asimismo, la existencia de la acción contencioso administrativa, no constituye óbice para la interposición del amparo, por ser este último, en el caso particular, el medio mas idóneo. Ello porque la tramitación de la acción contencioso administrativa insumiría mayor tiempo, sumado a la situación de incertidumbre de la amparista implican dilatar sine die la exoneración de su empleo sin percibir salarios, sin obtener respuesta ni tratamiento a su petición, configurándose así la urgencia y perjuicio provocado a la accionante, atento el objeto de la demanda.

El estudio comparativo y sistémico aplicable al caso y las consideraciones expuestas al respecto, lleva a sostener la confirmación de la sentencia en este punto, desestimándose el agravio de la demandada.

VI.- En torno al tercer agravio relacionado con el pago de los salarios caídos a la actora desde su exoneración hasta su efectiva reincorporación que pretende la actora y que la demandada se opone, debe efectuarse un breve análisis, pues el tema presenta aristas que deben tenerse en cuenta a fin de dilucidar la procedencia o no del concepto en cuestión.

En el caso en examen, la sanción segregativa impuesta a la actora ha sido consecuencia de un procedimiento irregular y corresponde la reincorporación de la Sra. L. al cargo de empleo público en la misma categoría que revestía al momento de la sanción impuesta.

Ahora bien, la sentencia de grado ordena la inmediata reincorporación de la actora Sra. M. G. L. a su puesto de trabajo "con reconocimiento de los salarios caídos" pero no fundamenta la procedencia de este último concepto. Dicha omisión no es menor pues, en torno a este tema, la demandada ha sustentado en su expresión de agravios -punto C), fs. 243vta.-, la no procedencia de este rubro, fundamentando su postura en diversos fallos. Por su parte, la actora contestó los agravios de la demandada y se opuso a la aplicación de tales precedentes -punto 5), fs. 246vta-. Este derrotero imponía el tratamiento de la cuestión con mayor profundidad por parte del a quo.

El concepto en cuestión ha sido materia de tratamiento en diversos fallos, siendo el principio general expuesto por la CSJN y receptado por esta Cámara la improcedencia del pago de salarios por el tiempo que el agente no ha prestado funciones en virtud de la sanción impuesta hasta su reincorporación. En tal orden de ideas se ha sentado: "Salvo disposición expresa y específica para el caso, no corresponde el pago de salarios por funciones no desempeñadas durante el período que media entre la separación del agente público dado ilegítimamente de baja y su reincorporación." (Fallos: 172:396; 192:2194; 295:318; 297:427; 302:786 y 1544; 303:1824; 308:732, 1795; 308:732, 1795).

Partiendo de la base que no corresponde el pago de sueldos por funciones no desempeñadas entre el tiempo de la separación del cargo y la reincorporación, no excluye la evidencia de un daño, el concepto debe estudiarse como monto indemnizatorio del daño material en el marco del art. 1069 del C.C..

El mentado artículo reza: "El daño comprende no solo el perjuicio efectivamente sufrido, sino también la ganancia de que fue privado el damnificado por el acto ilícito, y que en este Código se designa por las palabras pérdidas e intereses."

Esta norma comprende un doble aspecto aplicable al caso en estudio pues, no debe perderse de vista que, si bien por un lado la actora ha sufrido un perjuicio, tal la exoneración de su cargo, por el otro y a consecuencia de ello, ha dejado de percibir una ganancia. Esta última no está constituída por los salarios que habría recibido la actora de haber continuado prestando servicios. La ganancia es una diferencia, la prueba efectiva de las utilidades que le habrían deparado la suma de tales retribuciones. El lucro cesante solo comprende la ganancia líquida, es decir, que del posible ingreso bruto deben descontarse gastos que hubieren sido necesarios para obtenerlo (Conf. art. 1069, "Cód. Civil Comentado, Salas - Trigo Represas, pág. 534, Ed. Depalma 1981; id. Actualización, págs. 485/486).

Asimismo, debe tenerse en cuenta que cuando se indemniza el lucro cesante con motivo de los hechos ilícitos, su determinación ofrece bastante latitud, no solo en cuanto su monto sino también en cuanto a su existencia misma; son ganancias que verosímilmente se habrían obtenido, suponiendo que se hubiese mantenido las demás circunstancias necesarias.

En cuanto al concepto por el que en definitiva debe prosperar este tipo de reclamo, así como también la forma en que debe liquidarse el mismo, esta Cámara ha tiene dicho que: "La causa del pago está en el principio general de reparación del daño provocado por el accionar ilegítimo de la autoridad comunal, por lo que, atento a que este resarcimiento debe ser fijado por el órgano jurisdiccional, teniendo en cuenta tanto, la falta de prueba en cuanto a la determinación de su monto, como la obvia incidencia del impedimento a prestar servicio..." (S., J. A. c/ CORPORACIÓN MUNICIPAL DE SARMIENTO S/ RECURSO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO" EXPTE. N° 6921/92, Sentencia Definitiva N° 92 de fecha 14 de septiembre de 1993).

De la reseña doctrinaria y jurisprudencial efectuada, como asimismo las consideraciones vertidas sobre el tema, corresponde que la demandada abone a la actora, en concepto indemnizatorio del daño material ocasionado y lucro cesante, en los términos que se expusiera supra, una suma de dinero que se fija en el sesenta por ciento (60%) de los salarios que hubiera percibido la actora de no ser separada de su cargo hasta el momento de su reintegro.

VII.- En atención a lo resuelto en el Considerando precedente, se modifican las costas de primera instancia, debiendo regularse honorarios por los trabajos profesionales efectuados en dicha instancia en porcentuales, los que se fijan en el veintidós por ciento (22%) del monto que resulte de la suma a liquidarse por el concepto fijado. Costas de la Alzada a la demandada vencida (arts. 68 y 69 del C.P.C.Ch.), regulando los honorarios de los profesionales actuantes en un veinticinco por ciento (25%) de lo regulado para la instancia de grado, atento los trabajos realizados, resultado obtenido y demás pautas valorativas de la ley arancelaria local (arts. 5 y 13 Ley XIII Nº 4, antes Ley 2200).

Por ello, la Sala A de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1) Declarar prescripta la acción administrativa por los hechos denunciados por la Sra. A. A., por la Sra. U. del C. R. y por la Sra. L. M. D..

2) Rechazar el recurso de apelación interpuesto a fs. 240/244vta., en consecuencia confirmar, con los alcances del punto precedente, la resolución de fs. 233/234vta..

3) Revocar parcialmente el punto 1) de la parte resolutiva en cuanto condena al reconocimiento de los salarios caídos, correspondiendo el pago en concepto indemnizatorio del sesenta por ciento (60%) de los salarios privados desde la separación del cargo hasta el reintegro de la agente M. G. L..

4) Revocar parcialmente el punto 2) en cuanto regula honorarios por los trabajos efectuados en dicha instancia en una suma fija, correspondiendo regular los mismos en el veintidós por ciento (22%) del monto que resulte de la suma a liquidarse por el concepto fijado. Costas de la Alzada a la demandada vencida. Regúlanse los honorarios profesionales del Dr. E. J. C. en el veinticinco por ciento (25%) de lo regulado para la instancia de grado, y de la Dra. G. A. G. y M. H. P. D., estos últimos en forma conjunta, en el veinticinco por ciento (25%) calculados de la misma manera que para el profesional nombrado en primer término.

5)Regístrese, notifíquese, devuélvase.

La presente sentencia se dicta por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia el Sr. Juez de Cámara Dr. Julio Antonio Alexandre y concordar en la solución del caso (Ley V-17 DJ y art. 274 CPCCCh).

REGISTRADA BAJO EL nro. DEL AÑO 2009

DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS "CyC"