Puerto Madryn, Octubre de 2011.-

VISTOS Y CONSIDERANDO

Estos autos caratulados: "**T. M., L. A. c/ ESTADO PROVINCIAL MINISTERIO DE GOBIERNO Y OTROS s/ Acción de Amparo ART. 58 CONST. PROV.**" **(Expte. N° 278- año 2011),** por haberse interpuesto a 68/74 recurso de apelación contra la providencia obrante a fs. 59 del expediente.

I. A fs. 59 la Sra. Jueza de grado declara la procedencia formal de la acción de amparo incoada en las presentes actuaciones.

A fs. 68/74 se presenta el letrado apoderado de la provincia de Chubut con el patrocinio letrado del Sr. Fiscal de Estado y apelan dicha resolución. Expone que la acción incoada debe intentarse dentro del plazo de 30 días de producido el agravio o de la fecha en la cuál toma efectivo conocimiento el amparista del mismo. En este orden señala que tal como está expresada la petición, la actora conoce de la supuesta liquidación irregular de su haber desde el dictado de los decretos nacionales 1262/09 y 883/2010, careciendo de cualquier otra alegación respecto a cuándo tomó verdadero conocimiento del perjuicio patrimonial que presuntamente alega padecer.

Considera que el actor tomó conocimiento del perjuicio reclamado con la publicación de los mencionados decretos o con la liquidación salarial efectuada al mes siguiente de la publicación mencionada.

Sostiene que no se cumplen con los recaudos exigidos para la procedencia de la acción entablada.

Explica que el art. 147 del decreto ley 1561/77 que constituye la base en donde la actora funda su derecho, se encuentra derogado por expresa disposición del Decreto ley 1700/79, por lo que ello impide cualquier reclamo posterior.

Expone que el presupuesto de gastos de la administración pública es aprobado por la Honorable Legislatura, y pese a ello la actora ha demandado al Poder Ejecutivo Provincial, al Ministerio de Gobierno y a la Policía de la Provincia. Considera que ninguna de esas partes son los titulares sustanciales de la facultad de aprobar el presupuesto.

Manifiesta que no se cumplen con lo recaudos propios del mandamiento de ejecución, puesto que la norma invocada se encuentra derogada y la supuesta obligación que reclama el actor no queda identificada ni direccionada a ningún funcionario en particular. Referencia que la acción incoada es contra la Provincia del Chubut, sin identificar funcionario alguno. La propia Magistrada cita a la Provincia del Chubut en la persona del Gobernador y del Fiscal de Estado, pero lo hace en el marco del mandamiento de ejecución, lo que significa una contradicción.

Concluye señalando que al no encuadrar la acción intentada con los requisitos de admisibilidad ni del amparo, ni mucho menos del mandamiento de ejecución, la misma debe ser rechazada con expresa imposición de costas.

En este orden, opone al progreso de la acción instaurada contra la Provincia de Chubut la defensa de defecto legal y de falta de legitimación pasiva.

II. Planteada la litis como se ha expuesto, se solicita se condene al Estado Provincial–Ministerio de Gobierno-Policía de Chubut, por esta vía excepcional del *mandamus*, al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 147 del Decreto ley 1567/77, el cual prescribe que *"...el personal Policial en actividad gozará del sueldo, bonificaciones (suplementos generales y particulares), compensaciones e indemnizaciones que para cada caso determina esta Ley y las normas complementarias correspondientes La suma que percibe un Policía por los conceptos señalados precedentemente, excepto las indemnizaciones, se denominará*

haber mensual, el que no podrá ser inferior al 88% de los haberes que perciba la Policía Federal para igual grado o jerarquía...."

En razón de brevedad, es útil adelantar que el *mandamus*, instituto de origen anglosajón, receptado en el art. 58 de la Carta Fundamental de la Provincia, pertenece al género de la acción de amparo, pero con características de admisibilidad, debate y procedencia más limitadas que le son propias.

El precepto mencionado dispone 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 ilegal y del derecho del reclamante, dirige al funcionario o autoridad pública un mandamiento de ejecución...."*

Se evidencia a todas luces en la *ratio legis* del precepto citado que el *mandamus* constituye una forma más específica de amparo con características que le son propias, y los supuestos fácticos que se intenten encuadrar en él no deben exceder el marco protectorio en cuyo favor ha sido instituida la manda constitucional.

Ello es así porque tanto el amparo como el *mandamus* se encuentran circunscriptos por una serie de recaudos legales que condicionan su viabilidad y que la duda sobre su cumplimiento determina la suerte adversa de su procedencia. Como ha precisado la Sala B de la CANE *"...el amparo no es una flor que crezca en un terreno sembrado de dudas..."* (voto del Dr. Marcelo López Mesa, en autos "S., E. 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). Si existe duda sobre la existencia de

alguno de los requisitos para su configuración el accionante deberá hacer valer sus derechos optando por otra vía del sistema procesal común.

En este orden, el art. 58 de la Constitución Provincial requiere que un funcionario o ente público administrativo rehúse cumplir la ejecución de actos que la propia Constitución, una ley, decreto, ordenanza o resolución le imponga, es decir, debe faltar a un deber impuesto por el ordenamiento jurídico.

Por lo tanto, y sin perjuicio de los recaudos que deben cumplirse en las peticiones de los amparos en general, los requisitos indispensables para la procedencia del mandamiento de ejecución en particular se centran en la existencia de un deber legalmente impuesto en la Constitución provincial, una ley, decreto, ordenanza o resolución, el rehusamiento para ejecutarlo por parte de un funcionario o agente y la afectación por tal rehusamiento, de los derechos de los recurrentes, debiendo además la existencia de aquel derecho o garantía resultar de una rápida comprobación. (Ver similar criterio del Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Río Negro, sala Penal, 09/08/2006, en autos: Hube, María T. y otros, LLPatagonia 2007 (febrero), 808, AR/JUR/4539/2006. Del voto del doctor Sodero Nievas).

En nuestro ámbito interno, la judicatura provincial ha delimitado el espectro donde el mandamiento de ejecución del art. 58 de la constitución provincial adquiere virtualidad, así ha dicho la Sala A de la CANE que *"...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..."* CANE, Expte. 0266/2008 - "N. J., L. y otros c /F., L. E. S/ Mandamiento de ejecución" - CAMARA DE APELACIONES DE TRELEW (Chubut) - 11/12/2008)

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 recaudos legales no se configura, 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.-

Entonces, para la procedencia de un amparo o del *mandamus* que denota una forma calificada de éste por el sujeto pasivo deben acreditarse excepcionales presupuestos en orden a este último. Entre ellos que una norma imponga a un funcionario o autoridad pública un deber expresamente determinado, y que éste haya incumplido con dicho deber.

Se colige de lo expuesto que resulta necesario determinar si la acción incoada lo es contra un funcionario público tal como lo prevé el art. 58 de la Constitución de la Prov. de Chubut y los arts. 18 y 19 de la ley de amparo. En este orden, han señalado SALVAT y ACUÑA ANZORENA que el término funcionario público *"...incluye toda clase de funcionarios o empleados al servicio del estado..."* (SALVAT- ACUÑA ANZORENA. "Tratado de derecho civil argentino" Tomo III. Bs. As. 1951. Pag. 278). Por su parte, expresa LLAMBIAS que "...*cuando se hace referencia a agente del estado la doctrina no distingue entre funcionario y empleado..."* (LLAMBIAS, Joaquín. Tratado de derecho civil. Obligaciones. Tomo VI. Pag. 115), quedando ambos supuestos comprendidos en dicho concepto. GORDILLO expone que funcionario público *"...es todo el que permanente o accidentalmente, en forma gratuita o remunerada ejerce una función o empleo estatal..."* (GORDILLO. "Tratado de derecho administrativo". Parte General. Tomo II. Pag. 355).

Con igual tesitura BORDA explica que funcionario público es *"...toda persona que desempeña una función pública cualquiera sea su jerarquía..."*

(BORDA, Guillermo. “Tratado de derecho civil argentino. Obligaciones”. 7ma ed. Ed. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 1994. Pag. 486). En definitiva, como enseña VILLEGAS BASAVILBASO *“...es la persona que manifiesta la voluntad del órgano institución...”* (VILLEGAS BASAVILBASO, Benjamín. “Derecho administrativo. Instituciones fundamentales”. Tomo III. Pag. 278).

A poco que se analice se advierte que tanto el Estado Provincial, como el Ministerio de Gobierno y la Policía de Chubut no son funcionarios públicos en los términos de la ley, ya que el concepto de funcionario o agente de la administración presupone una persona física que se desempeña dentro del ámbito público y no la institución pública.

Corresponde entonces distinguir entre el funcionario o autoridad pública que esboza la voluntad del órgano administrativo y la institución pública propiamente dicha. En este sentido, explica GUIBOURG que*“...la cosa pública siempre requirió del concurso de la actividad humana. Son hombres quienes fijan los objetivos, se ocupan de lograrlos y tienen a cargo las operaciones necesarias para su consecución. El órgano administrativo requiere tanto del elemento subjetivo (persona física) como del objetivo (esfera de atribuciones asignadas)...”* Y continúa señalando el autor que “*...en la relación orgánica, que es interna, el funcionario integra la voluntad del Estado. En la relación de servicio es una persona diferente del Estado, que puede reclamar derechos y está obligado a cumplir deberes...”* (GUIBOURG, Ricardo A., en “Notas de Filosofía del Derecho”. Nº V, Buenos Aires, Mayo de 1969), pág.129. Las dicciones precitadas denotan la escisión conceptual entre funcionario o agente público y la institución que este representa.

Desde esta perspectiva, y conforme lo expuesto precedentemente corresponde revocar el decisorio de grado disponiendo la inadmisibilidad formal de la acción impetrada. Ello, por cuanto ésta no ha sido dirigida contra un funcionario o autoridad pública a quien se le impute la omisión, incumpliendo de esta forma el accionante con uno los recaudos exigidos

para la admisión del mandamiento de ejecución. (Conf. art. 58 de la Carta Fundamental de la provincia y arts. 18 y 19 de la ley de amparo, Ley V N° 48).

Por ello la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Puerto Madryn

RESUELVE:

1) REVOCAR la resolución de fs. 59**, DECLARANDO INADMISIBLE** la acción incoada a fs. 68/74 .

2) IMPONER las costas de esta instancia al accionante vencido. (art. 69 del CPCC).

3) REGULAR los honorarios del abog. F. A. P. en 12 Ius y del abog. D. G. C. en 18 Ius, con más el IVA pertinente si correspondiera.

4) REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase

REGISTRADA BAJO EL N° 036/11 SIL.-