



RESOLUCION INTERLOCUTORIA N° 65.-

NEUQUEN, 6 de octubre de 2023.-

V I S T O S:

Los autos caratulados "**FRANCO HENRIQUEZ, TAMARA ALDANA c/
PROVINCIA DE NEUQUÉN s/ EMPLEO PÚBLICO**",

Expediente OPANQ2 20296 - Año 2022, venidos a conocimiento de la Sala Procesal Administrativa para resolver, y

CONSIDERANDO:

I.- Que a fojas 95/99vta. La parte demandada interpuso recurso de apelación contra la resolución que rechazó la excepción de inadmisibilidad de la acción por falta de agotamiento de la vía administrativa y le impuso las costas.

Pide que se revoque dicha decisión y se haga lugar a la excepción planteada, declarándose la inadmisión del proceso; en subsidio, para el caso que se confirme, pide que se revoque la condena en costas imponiéndoselas en el orden causado.

Repasa los antecedentes y transcribe la resolución de admisión del proceso.

Luego indica que su parte opuso la excepción previa de inadmisibilidad por falta de agotamiento de la vía señalando que, en la acción, se estaba impugnando el Decreto 1827/2022, se pedía la reincorporación y el pago de los descuentos realizados en los sueldos más intereses y que, en función de ello, se explicó que ese acto (el Decreto 1827/2022) decidió el retiro obligatorio de la actora pero nunca había sido recurrido en sede administrativa ante el Sr. Gobernador. Acota que, además,

se señaló que el Ministerio Público Fiscal había dictaminado que debía declararse la inadmisión del proceso y se citaron sus fundamentos.



Dice que se planteó que era errónea y contraria a expresas disposiciones legales y constitucionales -también a la jurisprudencia de este Tribunal- la interpretación de la Jueza en punto a que no era necesario recurrir el decreto que dispuso el cese de servicios dado que esa exigencia sería ineficaz y entorpecería el acceso a la jurisdicción. Abunda en la descripción de lo que fue planteado al oponer la excepción e indica que en la resolución que aquí se apela, dicha excepción fue rechazada por la Jueza en el entendimiento que obligar a la actora a impugnar el Decreto 1827/2022 -que dispuso la baja- cuando los argumentos que debieran analizarse en el recurso contra el mismo son similares a los vertidos en sede judicial, ante instancias inferiores y que formaban parte de ese acto, devenía en un exceso de rigor formal que atentaba contra la tutela judicial efectiva, obstaculizando vanamente el acceso a la jurisdicción. Describe en ese sentido los fundamentos de la decisión recurrida.

En esa inteligencia, se agravia en tanto se rechazó la excepción opuesta y ello afecta y violenta la finalidad perseguida con el agotamiento de la vía administrativa; se hace una interpretación errónea del artículo 238, último párrafo, de la Constitución Provincial; contiene argumentaciones dogmáticas; y omite la aplicación de las disposiciones de la Ley 1305.



Asevera que el acto de baja, sus motivaciones y argumentos no fueron cuestionados ante el Poder Ejecutivo; que no puede la Jueza interpretar y definir por sí misma el resultado negativo que hubiera obtenido el reclamo en sede administrativa que debió interponerse.

Postula que la interpretación es arbitraria pues se basa en la subjetividad del juzgador y denota un prejuicio sin fundamentos en derecho o hechos; que el criterio sustentado en la resolución recurrida implicará que no será ya necesario cuestionar el decreto de baja y tornará inoficioso el artículo 190 de la Ley 1284.

Cuestiona, también, que del hecho que su parte haya contestado la demanda *en subsidio* se haya asumido la postura de la Provincia. Dice que la carga de contestar la demanda no puede ser válidamente equiparada a la postura que habría adoptado el Poder Ejecutivo.

Critica, asimismo, que se considere que el recaudo del agotamiento es un privilegio a favor del Estado y que en caso de duda sobre la vigencia o extinción de ese privilegio, debe estarse al último supuesto, pues se está olvidando que se trata de una exigencia legal el obtener un acto que cause estado para tener por agotada la vía.

Expresa que tanto la parte actora como la Jueza aceptaron y afirmaron que no se había recurrido el decreto que dispuso el retiro, con lo cual no había ninguna duda de que la vía no se encontraba agotada y, por lo tanto, no podía válidamente interpretarse que, ante la duda, debía estarse por la extinción de la exigencia legal.

Por último, denota que la decisión apelada va en contra de variada jurisprudencia de este Tribunal - citada por su parte al momento de oponer la excepción- respecto de lo cual nada dijo la Magistrada (menciona los precedentes al



respecto) y también contraría lo establecido en el artículo 238 de la Constitución Provincial.

En subsidio, para el caso que se confirme la decisión recurrida, solicita que se revoque la condena en costas a su parte y se las imponga en el orden causado en tanto existen dos dictámenes del Ministerio Público Fiscal que propiciaron la declaración de inadmisión del proceso, la excepción se fundó en una disposición legal expresa y existe reiterada jurisprudencia de este Tribunal que respalda su posición. Abunda en ese sentido.

Por todo ello pide que se haga lugar al recurso de apelación y se revoque la decisión haciendo lugar a la excepción planteada; en subsidio, que se revoque la forma en que fueron impuestas las costas.

II.- A foja 101 se tuvo por interpuesto el recurso de apelación, se concedió y se dio traslado.

III.- A fojas 103/105 contestó la actora y solicitó que se confirme la decisión recurrida.



Dice que al momento de dictarse el decreto de baja, el Poder Ejecutivo ejerció una competencia propia y tuvo oportunidad de efectuar un control de legalidad sobre lo actuado por la Jefatura de Policía; además, previo a ello se habían tramitado recursos en instancias inferiores (los detalla); y los argumentos vertidos contra los actos que resolvieron los recursos son similares a los expresados en la demanda, con lo cual estuvieron a la vista del Sr. Gobernador al emitir el decreto que dispuso la cesación de servicios.

Postula que obligar a la actora a recurrir tal acto es un requisito inútil (cita Fallos de la CSJN), resulta arbitrario; que el agotamiento de la vía constituye un privilegio a favor del Estado y su interpretación debe ser restrictiva; que cabe prescindir de la exigencia del reclamo administrativo previo en supuestos justificados como cuando se advierte la ineficacia cierta del procedimiento (con cita de más Fallos de la CSJN). Abunda en ese sentido.

Por ello, pide que se rechace el recurso de apelación interpuesto, con costas a la apelante.

IV.- A foja 107 se ordena la elevación de las actuaciones a este Tribunal; recibidas y notificadas las partes (fojas 109/111) se confiere vista al Ministerio Público Fiscal.

V.- A fojas 112/116 emite su dictamen el Fiscal General.

En primer lugar, observa cumplidos los recaudos formales del recurso de apelación y en cuanto a la procedencia o fundabilidad de los agravios señala que asiste razón a la apelante respecto a que no se hallaban presentes los requisitos constitucionales y legales para la habilitación de instancia.



Refiere que ello fue así señalado en los dictámenes previos del Sr. Fiscal Jefe, a los cuales se remite en todos sus fundamentos en honor a la brevedad.

Dice que el requisito del paso previo por la Administración dentro de un procedimiento impugnativo se encuentra previsto constitucional y legalmente, y aparece como un recaudo necesario para dejar expedita la vía judicial (tal como surge de la redacción del artículo 238 de la Constitución Provincial, en coordinación con los artículos 188 y 190 de la Ley 1284 y artículos 6 y 8 de la Ley 1305).

Menciona que, conforme surge de las actuaciones administrativas, el Sr. Gobernador dispuso la cesación de servicios de la actora, pero no tuvo instancia de revisión en aquella sede, pues los argumentos con relación a la nulidad del mismo fueron expuestos directamente en sede judicial, de modo que aparece apresurado recurrir al exceso formal manifiesto.

En punto al argumento utilizado por la Magistrada (respecto a que exigir a la actora el paso por la Administración cuestionando el acto de baja cuando el mismo fue emitido por la máxima autoridad, deviene en un exceso de rigor formal), recuerda que dicho acto de baja se dictó sin contar con los argumentos y tachas de vicios que formula la actora en la instancia judicial.

Es decir -agrega- que no se le dio la posibilidad de revisión y eventual corrección a la autoridad que lo emitió, y ello es contrario a disposiciones constitucionales, legales y a la finalidad del instituto.



Suma que, como surge del dictamen del Fiscal Jefe, la garantía de acceso de toda persona a la jurisdicción en defensa de sus derechos forma parte de nuestro derecho constitucional y convencional (lo describe), pero el paso previo por la vía administrativa también se encuentra previsto constitucional y legalmente y obedece, principalmente, a generar una etapa de conciliación anterior al juicio y otorgar a la Administración la oportunidad de revisar el caso y corregir errores.

Destaca que no puede olvidarse que se trata de un requisito de orden constitucional y legal ineludible para dejar expedita la vía judicial.

Cita a la Corte IDH en el caso "Trabajadores cesados del Congreso", Sentencia de 24 de noviembre de 2006, párrafo 126, en cuanto ha expresado que por razones de seguridad jurídica, para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole; que si bien esos recursos internos deben estar disponibles para el interesado y resolver efectiva y fundadamente el asunto planteado, así como eventualmente proveer la reparación adecuada, no cabría considerar que siempre y en cualquier caso los órganos y tribunales internos deban resolver el fondo del asunto que les es planteado, sin que importe la verificación de los presupuestos formales de admisibilidad y procedencia del particular recurso intentado.

Por su parte, en cuanto a la mirada integral del procedimiento propuesta por la Magistrada, señala que una decisión como la adoptada lleva implícita, en el caso



concreto, la inaplicabilidad de la manda constitucional y su consecuente consideración de inconstitucionalidad.

Rememora que la declaración de inconstitucionalidad debe surgir como ultima *ratio* del ordenamiento y debe estar minuciosamente fundada; sin embargo, destaca que en la decisión apelada no se ha justificado tal extrema situación, ni se ha explicado en qué consistiría la afectación a la tutela judicial efectiva, puesto que la propia Constitución, para garantizar la tutela judicial efectiva, define que la misma debe ser a través de un acceso irrestricto a la justicia “en los términos que establece esta Constitución” (cfr. artículo 58).

También le da la razón a la apelante cuando afirma que el hecho de contestar la demanda en subsidio a la excepción intentada, no puede equipararse a la resolución que podría adoptar el Poder Ejecutivo en sede administrativa. Menciona al respecto que, sin perjuicio de las competencias atribuidas a la Fiscalía de Estado en el artículo 252 de la Constitución Provincial y la Ley 1575, de acuerdo al artículo 200 de la Constitución el Poder Ejecutivo es un órgano unipersonal, que ejerce las competencias otorgadas en el artículo 214, entre las que se encuentran las de “conocer y resolver las peticiones, reclamos y recursos administrativos” (cfr. inciso 17).

Expresa que tampoco luce correcto el alcance restrictivo dado a la prerrogativa pública, en tanto de la constatación de las actuaciones administrativas no surgen dudas que el acto de baja no fue impugnado en sede administrativa.

Acota que las prerrogativas exorbitantes de la Administración protegen el interés público, siendo irrenunciables, y la verificación de las mismas corresponde



de oficio a la judicatura (cita doctrina sobre el particular).

Por último, erige que la decisión apelada, sin declarar su inconstitucionalidad, suprime el requisito del paso previo por la Administración con relación a los procedimientos sancionatorios, el que se encuentra previsto constitucional y legalmente (artículo 238 de la Constitución Provincial, en coordinación con los artículos 188 y 190 de la Ley 1284 y artículos 6 y 8 de la Ley 1305), y resulta obligatorio para dejar expedita la vía judicial.

Por estas razones, propicia que se revoque la resolución recurrida.

No se pronuncia con relación a la petición subsidiaria vinculada con la forma en que fueran impuestas las costas, dado que el gravamen no pone de manifiesto, en el caso, una afectación a la legalidad, ni se encuentra involucrado el orden público enmarcado en los derechos humanos y garantías constitucionales y convencionales (artículo 1 *in fine* de la Ley 2893).

VI.- En ese estado las actuaciones pasan a resolución de la Sala.

VII.- Y en tanto el dictamen del Fiscal General da adecuada respuesta a las cuestiones que han sido traídas y se comparte, no se advierte que sea necesario sobreabundar en mayores razones para acoger el recurso interpuesto por la demandada y revocar la decisión apelada, en todas sus partes.

En efecto, los argumentos proporcionados por la Jueza en la decisión apelada no logran sobreponerse a las exigencias constitucionales y legales que deben encontrarse cumplidas para la admisión de la acción procesal



administrativa -conforme las normas locales aplicables- y todo lo que podría decirse aquí al respecto ya fue dicho en anteriores oportunidades por este Tribunal (cfr. precedentes citados por la demandada al oponer la excepción); en estos autos, por el Fiscal Jefe a fojas 56/57 y a fojas 87/89, y por el Fiscal General en el dictamen anteriormente transcripto.

En mérito a ello, cabe hacer lugar a la excepción de inadmisibilidad del proceso por falta de agotamiento de la vía administrativa (artículo 51, inciso "j", de la Ley 1305 s/ texto Ley 2979) opuesta por la demandada y declarar la inadmisión de la acción.

Del mismo modo, cabe dejar sin efecto la decisión recurrida en cuanto impuso las costas a la Provincia excepcionante, debiendo ser soportadas en ambas instancias por la parte actora vencida (artículo 68 del CPCyC).

Por lo expuesto

SE RESUELVE:

1°) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la Provincia demandada y revocar en todas sus partes la decisión apelada. En consecuencia, se hace lugar a la excepción de inadmisibilidad del proceso por falta de agotamiento de la vía administrativa y se declara la inadmisión de la acción.



2°) Las costas en ambas instancias se imponen a la parte actora vencida (artículo 68 del CPCyC). Los honorarios por la actuación en la Alzada se regulan en el 25% de la regulación de primera instancia (artículo 15, Ley Arancelaria).

3°) Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente, vuelvan los autos al Juzgado de origen.

Dr. ALFREDO ELOSU LARUMBE
Vocal

Dr. EVALDO DARIO MOYA
Vocal

Dra. LUISA A. BERMUDEZ
Secretaría