

Accion De Amparo Empleo Publico Reclamo Salarial Inadmisibilidad De La Accion

JURISPRUDENCIA

Acción de amparo. Empleo público. Reclamo salarial.

Inadmisibilidad de la acción Se revoca el fallo que hizo lugar a la acción de amparo deducida por el empleado público, pues no está en juego la afectación de derechos que deban ser reconocidos de manera inmediata, para evitar un riesgo que podría acarrear consecuencias irreparables, tan es así que en la propia sentencia se estableció el modo en que debería plantear el actor su reclamo para hacer efectivos los salarios de los que, pretendidamente, fue privado por virtud del acto impugnado. En la Ciudad de Mendoza, a los veintitrés días del mes de junio de dos mil diecisiete, reunidas en la Sala de Acuerdo las Juezas de Cámara Silvina Miquel, Marina Isuani y Alejandra Orbelli trajeron a deliberar para resolver en definitiva los autos N° 251.774/52.763, caratulados ? MONJELARDI, GABRIEL C/ OSEP P/ AMPARO?, originarios del Séptimo Juzgado Civil de la Primera Circunscripción Judicial de Mendoza, venidos a esta instancia en virtud de los recursos de apelación interpuestos por la demandada y por la actora contra la sentencia de fs. 494/498. Practicado el sorteo de ley, queda establecido el siguiente orden de estudio: Miquel, Isuani, Orbelli. En cumplimiento de lo dispuesto por los arts. 160 de la Constitución Provincial y 141 del C.P.C., se plantean las siguientes cuestiones a resolver. Primera cuestión: ¿Es justa la sentencia apelada? Segunda cuestión: costas. Sobre la primera cuestión propuesta la Sra. Jueza de Cámara Silvina Miquel dijo: I.- En primera instancia se hizo lugar parcialmente a la acción de amparo interpuesta por el Sr. Gabriel Alejandro Monjelardi Grisenti en contra de OSEP y se declaró nula la Resolución N° 371 de fecha 9/3/16 del Honorable Directorio de la accionada, que revocó parcialmente la resolución N° 2379/15 y reputó inexistente la contratación del actor. Se ordenó, por ende, la inmediata reincorporación del agente a la planta permanente de la demandada, en las condiciones establecidas por las Resoluciones N° 2379/15. Se rechazó sin embargo la pretensión relativa al pago de los salarios caídos desde la fecha de la baja y hasta su efectiva reincorporación. Se impuso costas y se reguló honorarios. En su sentencia el Juez meritó que: a) el Sr. Monjelardi ingresó a trabajar a OSEP por resolución n° 0478/13, como empleado de planta temporaria, por un monto equivalente a un cargo de clase 15 (Cód. Esc. 7510308- Jefe de Departamento 2dl Nivel- Deportes y Recreación D.G.); b) se le otorgó adicional de tiempo completo; c) por resolución N° 23789/2015 se dispuso la designación del demandante en planta permanente, a partir del 1/11/15, en un cargo Clase 13 (fs. 277); d) el Convenio Colectivo, homologado mediante decreto 772/15 (fs. 29), impuso que se incorpora a planta el personal contratado en los regímenes 15, 27 y 33 de la Administración Pública y OSEP, con contratos de locación de servicios o por cualquier otra modalidad de trabajo incluidos los trabajadores de PROFE correspondientes a los años 2012, 2013 y 2014, con continuidad al momento de pase a planta, el cual se haría efectivo al 30 de noviembre, como término máximo; e) la designación del Sr. Monjelardi fue realizada en el marco de la Resolución n° 2379/15 del Honorable Directorio de OSEP, dictada conforme al acuerdo paritario homologado mediante Decreto N° 772/15 del Poder Ejecutivo Provincial y ratificado por Ley N° 8798 de la Honorable Legislatura de Mendoza; f) la resolución Nro. 371-2016, de fecha 09/03/2.016, dispuso ?revocar parcialmente el Art. 7 de la resolución N° 2379/15 del H. directorio, declarando inexistente las designaciones del personal que se individualizó, por existir vicios groseros que las afectan, conforme se explicitó en el dictamen jurídico elaborado por la Subdirección de Asuntos Jurídicos (flagrante violación del régimen de ingreso a la función pública determinado constitucionalmente); g) en el informe de OSEP, efectuado sobre el agente al momento de fundar la resolución que dispuso el cese, se indica que ?el encuadre en pase a planta debería haber sido en la clase inicial del Agrupamiento Administrativo-clase 04?. Consideró, además, el sentenciante, que, la forma jurídica relativa el vicio grosero del artículo 72 ley 3909, fue utilizada por la demandada para vulnerar un derecho constitucionalmente consagrado, teniendo presente que al momento de disponerse su cese, el agente gozaba de la estabilidad del empleo público. Explicó que la violación al derecho invocado por el amparista surge palmariamente, toda vez que se encontraba en planta permanente y la cesación fue dispuesta sin siquiera respetar su derecho de defensa, al no existir sumario administrativo al efecto. Recordó que la ley 3909 (LPA) prevé expresamente que el acto viciado groseramente, que se considera inexistente (art. 72), carece de ejecutividad, no obliga a la Administración (art. 76) y, consecuentemente, puede ser revocado en sede administrativa. Interpretó sin embargo en tal sentido que, si la accionada pretendía dejar sin efecto la resolución 2379/15, podía interponer la acción de lesividad correspondiente. Expresó que la estabilidad del empleo público es un derecho constitucional- consagrado en el artículo 14 de la CN, y pactos internacionales (especialmente de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y arts. 7 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)- y que esa cláusula es operativa luego del dictado del caso ?Madorrán? (CSJN 3/5/2007), en el que la CSJN estableció que es inconstitucional toda norma legal, reglamentaria o proveniente de la autonomía colectiva que afecte la estabilidad del empleo público. Agregó que

el acto lesivo tiene tal magnitud que denegar la acción de amparo con motivo de un error en la vía elegida, implicaría dilatar más el derecho a trabajar del amparista, hacerle transitar los carriles del procedimiento administrativo y, consecuentemente, retardar el ejercicio de un derecho que le asiste. Desestimó el argumento defensivo que sostuvo que la supuesta estabilidad del Sr. Monjelardi en su cargo no es tal, pues no había ingresado al puesto con el concurso público necesario a fin de contar con ella. Entendió que dicho planteo no puede ser invocado para consagrar la ilegitimidad y, en su caso, la precarización del empleo público al que la propia Administración Pública contribuye. Sumó a lo dicho que, si la accionada pretendía que la categorización del Sr. Monjelardi era incorrecta, debió proceder de conformidad a la recategorización del agente o iniciar las acciones y procedimientos pertinentes a tal fin, observando el acuerdo paritario pertinente y demás disposiciones aplicables, y no disponiendo el cese, sin respetar el derecho de defensa. Aclaró que la decisión adoptada lo exime de emitir pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad planteada, desde que es de ?ultima ratio? y se dispuso la nulidad del acto administrativo. Finalmente, consideró que la pretensión articulada en relación a los salarios caídos, debe canalizarse por el procedimiento que corresponda (procedimiento administrativo, acción procesal administrativa, acción ordinaria...), en razón de requerirse mayor amplitud probatoria y no haber sucedido ello en el caso, atento a que no se ha rendido prueba al respecto. II.- A fs. 507/513 la demandada expresa agravios, solicitando que se revoque la sentencia dictada en primera instancia. En primer lugar, objeta que se haya considerado idónea la vía elegida por el amparista. Afirma que, en casos similares, los Tribunales provinciales han resuelto rechazar las acciones de amparo interpuestas, por no ser la vía adecuada. Cita jurisprudencia. En segundo lugar niega que se encuentre cumplida en el caso la exigencia de que la arbitrariedad o ilegalidad del acto impugnado surja en forma claramente patente (arts. 51, 72 y 90 de la L.P.A.). Remite en tal sentido a lo informado por la Subdirección de Gestión de Recursos Humanos de OSEP, a fs. 336, sobre la situación de revista del Sr. Monjelardi. En tercer lugar, se agravia la quejosa porque el juez de grado juzgó que el amparista gozaba de la estabilidad establecida en el art. 14 bis de la C. N., en la Constitución Provincial y en el Decreto Ley 560/73 (art. 15). Descarta que los fallos citados en la sentencia para fundar dicho razonamiento- entre ellos el caso Madorrán- sean aplicables en la especie. Aduce que, la pretendida estabilidad, sólo es alcanzada por quienes hayan sido incorporados a la planta permanente; que lo informado por la Subdirección de Gestión de Recursos Humanos de OSEP a fs. 336, demuestra que no existía necesidad en la designación del Sr. Monjelardi, y, además, el cargo asignado al mismo no se encontraba vacante a la fecha del dictamen de la resolución 2376/15 de designación. Argumenta que, de tal manera, nunca pudo efectivizarse el cargo que el amparista subrogaba, pues se lo efectivizó en una clase superior. Destaca que la clase del actor es la número cuatro (4) y que ingresó, efectivamente, en la quince (15), violándose así no sólo la forma de ingreso, sino el sistema legal de ingreso a la administración pública, de raigambre constitucional y legal. Luego cuestiona el razonamiento según el cual la demandada no respetó el derecho de defensa del accionante. Trae a colación que, en los autos nro. 251.742, ?Soto c/ OSEP p/ Amparo?, el mismo sentenciante plasmó un criterio distinto en un caso similar, al reconocer que OSEP puede revocar en sede administrativa un acto que reconoció un derecho subjetivo, cuando entiende que la resolución atacada padece de un vicio grosero que determina la inexistencia del acto. Remite a lo expuesto por su parte a fs. 383 vta., bajo el título de ?errónea calificación de vicio grosero e inexistencia de la resolución HD 2379/25?, donde, según dice, se fundó la facultad de su mandante para declarar la inexistencia de la res. 106/15 y sus consecuentes. Finalmente, considera que el juez de grado, erróneamente y desconociendo la normativa y jurisprudencia aplicable al caso, juzgó que se está ante un empleado público despedido, a quien se le afectó en forma palmaria el derecho de propiedad y la garantía del debido proceso. Cita jurisprudencia en cuanto a la falta de idoneidad de la vía de amparo para discutir la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en la conducta del demandado. II.- A fs. 515/519 la actora expresa agravios. Se queja en este caso la apelante porque el juzgador omitió pronunciarse acerca de su pretensión dirigida al pago de los salarios caídos, desde la fecha de la baja y hasta la efectiva reincorporación. También aduce que omitió juzgar la declaración de inconstitucionalidad de la resolución 371 del 09/03/2016. En cuanto a la primera cuestión, invoca que la limitación de la retribución salarial agravia la dignidad del individuo y que ello impone una especial tutela y una necesidad de rápida solución. Refiere además que el amparo procede también aun cuando existen otros procedimientos, en caso de que cuando su tránsito puede ocasionar un daño grave e irreparable. Cita jurisprudencia. Califica en adelante como incoherente la decisión del ?a quo?, que hizo lugar a la acción y ordenó la reincorporación del empleado pero entendió que la pretensión de que se le abonen los salarios caídos, en virtud de una resolución que el mismo Juez declaró nula, debe transitar el camino del proceso ordinario. Niega una supuesta falta de prueba sobre los sueldos caídos, en orden a la incorporación del último bono de sueldo del actor con la demanda y solicita que se calculen dichos salarios en base a la última liquidación efectuada en el mismo. Por último, refiere a la determinación del juez respecto de que, la decisión adoptada, lo exime de emitir pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad planteada. Invoca doctrina y jurisprudencia alusiva a la facultad de declarar una norma inconstitucional. Cita las disposiciones contenidas en los arts. 300 y 48 de la Constitución Provincial. Cita jurisprudencia. III.- A fs. 528/53 la demandada contesta la expresión de agravios, solicitando el rechazo de la apelación interpuesta. A fs. 535/54 la

actora hace lo propio con respecto a la expresión de agravios de OSEP. A fs. 549/550, toma intervención Fiscalía de Estado y, a fs. 555, lo hace Fiscalía de Cámara. IV.- La solución. IV. a. Recurso de la demandada. La queja ronda en este caso en torno a la definición que se dio en el grado, en el sentido que el amparo es, en lo concreto, el medio judicial más idóneo para la tutela de los derechos pretendidamente conculcados al actor. Al respecto, anticipo que propondré la admisión de su pretensión recursiva, conforme los argumentos que en adelante expondré. Largo tiempo atrás la Suprema Corte de Justicia de Mendoza estableció posición en torno a cómo juega en el ámbito local la norma contenida en el art. 43 de la CN, en función de lo dispuesto por el art. 4 de la Ley de Amparo. Concretamente, para ese sentenciante, del cotejo de ambas normas surge que la fórmula constitucional no es gramaticalmente idéntica a la empleada por el texto local, lo que impone en la tarea interpretativa sentar, como regla, que, el régimen previsto por el decreto ley 2589/75, debe reputarse vigente en todo aquello que no se oponga al artículo 43 ya citado (arts. 31 de la C. N. y 148 de la C. Provincial). De modo consecuente, el mismo Alto Cuerpo sostuvo también que, la expresión "medio judicial más idóneo" contenida en el texto constitucional, significa que la existencia de otros carriles judiciales no obsta al uso del amparo, si ellos son menos o igualmente aptos para la tutela inmediata de los derechos en juego. Incluso admitió que, para evaluar si se da o no en cada caso esa idoneidad específica, la celeridad del remedio empleado no es el único elemento a considerar, porque esa cualidad debe ser evaluada conjugando distintos extremos que se vinculan, sea con el efectivo ejercicio del derecho de defensa en juicio, sea con la necesidad imperiosa de que el vicio emerja de la causa con carácter "manifiesto o notorio", lo que se contrapone, finalmente, con la posibilidad de debate y dilucidación de cuestiones que evidencian complejidad, sobre todo fáctica (S.C.J. Mza., en pleno, 10/6/97, Expediente Nro.60.928 "Poder Ejecutivo de la Provincia en j: 120.310/31.241 Consorcio Surballe Sadofchi c/ Poder Ejecutivo de la Provincia de Mza. P/ amp. s/ inc. cas." publicado en Revista del Foro de Cuyo Nro.26, pág.119 y ss.). En la actualidad, la Suprema Corte local permanece fiel a ese temperamento. Así resulta de los fallos en los que ha reiterado que el amparo es "un proceso excepcional, utilizable en delicadas y extremas situaciones en las que, por carencia de otras vías aptas, peligra la salvaguarda de derechos fundamentales?". Seguido de lo anterior el mismo Tribunal ha añadido que, la promoción de este tipo de articulaciones, "exige circunstancias muy particulares caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, originan un daño concreto y grave, sólo eventualmente reparable por esta vía urgente y expeditiva" (SCJMza., 30/10/2015, causa n° 13-02155212-1, caratulada: "Cocucci Adriana Maria en J° 253.418/51.441, Cocucci Adriana María c/ Municipalidad de Lujan de Cuyo p/ Acc. de Amparo p/ Recurso Ext. de Inconstitucionalidad?". Véase también: L.S. 385-163; L.S. 422 -157). Particularmente en torno al requisito de la ilegalidad manifiesta, el mismo sentenciante ha resuelto que ese recaudo es razonable, porque no se refiere a que la cuestión sea jurídicamente más o menos fácil, que exija mayor o menor estudio de la problemática normativa, doctrinal y jurisprudencial, sino que se conecta directamente con la naturaleza sumarásima del proceso, con restricciones probatorias y defensivas. De tal modo se insiste en que, para que el amparo sea viable, la cuestión planteada debe ser detectada fácilmente dentro de las aludidas limitaciones. Por el contrario, si la problemática es compleja y requiere para ser acreditada de un cúmulo de probanzas y argumentaciones interconectadas, entonces el amparo no es viable (véase, entre otros: L.S. 272-75, L.S. 283-371; 301-232). En suma, en la actualidad, la jurisprudencia local reafirma que, cuando la arbitrariedad o la ilegalidad no son manifiestas o carecen de la notoriedad suficiente, la celeridad que impera en el procedimiento de amparo resulta desaconsejable para el tratamiento de la cuestión, si se pretende resguardar los principios que configuran el debido proceso legal. En definitiva, los fallos reseñados aceptan que la naturaleza del acto írrito debe ser patente, clara, derivada de vicios inequívocos, ostensibles, notorios, indudables, que pueden evidenciarse con nitidez sin necesidad de amplio debate y prueba. En sentido concordante se ha expedido la Corte Federal. Ese Cuerpo, ha fijado en sus precedentes como premisa que la acción de amparo es inadmisibile cuando no media arbitrariedad o ilegalidad manifiesta. Así y sin perder de vista la naturaleza de los derechos afectados, el citado Tribunal ha mantenido su histórica posición en el sentido que, por regla, el amparo es una vía subsidiaria y excepcional, que impone a quien reclama por ella justificar la arbitrariedad e ilegalidad manifiesta en el acto atacado y, también, la inexistencia de otras vías legales idóneas para la protección del derecho lesionado o bien que, la remisión a ellas, produciría un gravamen serio de imposible reparación ulterior. En el orden señalado explica la doctrina que, el Máximo Tribunal de la Nación, sienta como principio que: "sólo se podrá acudir a ese tipo de proceso cuando el pasaje por los procedimientos ordinarios provoque un daño grave e irreparable para el derecho que se intenta restablecer o preservar en su plenitud de ejercicio. Además, ese daño grave e irreparable debe aparecer de modo claro y manifiesto, ya que según la Corte Federal el amparo es un proceso excepcional utilizable en delicadas y extremas situaciones, y no tiene por fin alterar el juego de las instituciones vigentes". Incluso, añade la fuente que vengo citando, "pese a lo que pregonan la mayoría de los autores sobre el alcance de la reforma del 94, nuestro máximo Tribunal considera comprendidas dentro de esos procedimientos ordinarios a las vías administrativas cuando su recorrido previo no provoca al amparista daño grave e irreparable. En esa línea, y si bien ha entendido que a partir del reconocimiento constitucional del amparo el agotamiento de la instancia administrativa no constituye obstáculo para su admisibilidad formal, sostuvo que tal criterio

interpretativo no puede utilizarse de manera irrestricta, pues implicaría soslayar la vía específicamente prevista por el legislador como la más idónea? (ROSALES CUELLO, Ramiro, Presupuestos de admisibilidad del amparo individual; LL 2011-F-1016). Otros tribunales superiores provinciales han recalado también que, la excepcionalidad y la subsidiariedad, continúan en nuestro país siendo connaturales al Amparo, pese a la reforma constitucional de 1994. Con esa mirada, por ejemplo, en un caso que tiene algún punto de contacto con el presente se decidió que, si el actor disponía de vías procesales ordinarias -como la acción procesal administrativa- para obtener su pretensión, el amparo no es el medio procesal adecuado. Se añadió a lo anterior que no es posible "ordinarizar" este tipo de juicio, al punto de que se torne una vía directa, principal, ilimitada, de cuestionar actos administrativos, lo que implica una ampliación de su natural objeto hasta llevarlo a convertirse en una vía indirecta de revisión por un juez de los criterios de los agentes administrativos que han intervenido en la cuestión, sobre la base de reglas vigentes?. En el mismo caso se aseveró que, la revocatoria del fallo de grado que había dispuesto la reinstalación del amparista en forma inmediata en las funciones de piloto de avión que desempeñaba hasta una fecha determinada, encontraba, también sustento en que, ese sujeto, no logró destruir la presunción constitucional de eficacia del sistema procesal común y no acreditó la existencia de una situación de urgencia que hiciera necesario, objetivamente, conferir una tutela judicial inmediata, siendo que, además, las cuestiones planteadas eran complejas y, por ende, ameritaban y exigían un mayor debate y prueba, que el que un amparo puede brindar. Seguido de lo expuesto me detengo para mencionar que, el mismo Tribunal, estableció en el fallo que vengo citando que: ¿duda y amparo son conceptos incompatibles?, lo que implica tanto como establecer, a modo de doctrina, que, si subsiste serias dudas sobre el derecho del actor, sobre la ilegalidad del actuar administrativo y sobre la vía elegida, el rechazo del amparo se impone (PRAVATO, Luis Emilio, Actualidad jurisprudencial administrativa, LLPatagonia 2016 (agosto) , 8; Cita Online: AR/DOC/1654/2016). Cerrando estos lineamientos introductorios diré que, por mi parte, en numerosos precedentes he concordado con la línea interpretativa que surge de los fallos y de la doctrina citados. Esa mirada no me ha impedido reconocer, cuando ello ha tenido cabida, que la tesis restrictiva puede ser eventualmente flexibilizada, bajo determinadas y concretas circunstancias. Esto ocurre, por ejemplo, cuando del planteo se desprende la existencia de algún riesgo de daño grave e irreparable, del que puede no existir camino de retorno (CC1 LS 180-262; 181-295, doctrina y jurisprudencia allí citadas). Sentada la posición que desde el punto de vista teórico abrazo, llega el momento de dejar establecidas cuáles son las razones por las que, en el caso, no encuentro motivos para hacer excepción a la tesis restrictiva reseñada. Por empezar, constato que no está en juego en estos obrados la afectación de derechos que deban ser reconocidos de manera inmediata, para evitar un riesgo que podría acarrear consecuencias irreparables. Prueba de ello es que, en el propio fallo que reviso, se estableció el modo en que debería plantear el actor su reclamo para hacer efectivos los salarios de los que, pretendidamente, fue privado por virtud del acto impugnado. Dicho en otros términos: no está aquí en peligro la vida ni la salud del pretensor; tampoco se trata en el caso del actor de una persona especialmente vulnerable ni se plantea de modo alguno una situación de aquellas en las que la jurisprudencia eventualmente ha considerado o presumido que la única vía legal para restablecer o permitir el ejercicio pleno de los derechos pretendidamente conculcados es el amparo. Como derivación de lo expuesto y en función de los elementos de juicio arrojados al proceso, se fortalece mi convicción relativa a que, el debate de marras, pudo perfectamente ser canalizado por los carriles comunes, incluso hasta llegar a la acción procesal administrativa, sin mayores consecuencias perjudiciales para el accionante. Siempre a tono con lo mismo, pero enfocada en un argumento distinto, tengo para mí que, la decisión administrativa que por vía del presente amparo se ataca, por su propia naturaleza, no puede ser declarada inconstitucional. Con toda claridad y contundencia se pronunció en tal sentido el Ministerio Fiscal, con criterio que comparto. En tercer lugar- aunque con carácter dirimente- considero que la impugnación no revela, en sí, la existencia de un vicio manifiesto. En efecto, contrariamente a lo que pretende el Sr. Monjelardi, las circunstancias desvelan que el planteo inicial involucra cuestiones que son, cuanto menos, opinables. Esto es, precisamente, lo que impone actuar con suma prudencia y con apego a la interpretación restrictiva previamente fundada. Una breve reseña de lo actuado arrojará claridad en cuanto a la convicción que he expresado. En su fallo, el juez de grado meritó que el Sr. Monjelardi ingresó a trabajar a OSEP por resolución n° 0478/13, como empleado de planta temporaria, por un monto equivalente a un cargo de clase 15 (Cód. Esc. 7510308- Jefe de Departamento 2dl Nivel- Deportes y Recreación D.G.), contando con el reconocimiento de un adicional de tiempo completo. También contempló que, por resolución N° 23789/2015, se designó al demandante en planta permanente, a partir del 1/11/15, en un cargo Clase 13 (fs. 277). En tercer lugar admitió el juzgador que, el Convenio Colectivo homologado mediante decreto 772/15 (fs. 29), dispuso que se incorpora a planta el personal contratado en los regímenes 15, 27 y 33 de la Administración Pública y OSEP, con contratos de locación de servicios o por cualquier otra modalidad de trabajo, incluidos los trabajadores de PROFE, correspondientes a los años 2012, 2013 y 2014, con continuidad al momento de pase a planta, incorporación que debía hacerse efectiva en el término máximo que también se fijó. Igualmente quedó establecido en el decisorio dictado en la instancia anterior que, la designación del Sr. Monjelardi, fue realizada en el marco de la Resolución n° 2379/15 del Honorable Directorio de OSEP, dictada conforme al acuerdo paritario homologado mediante Decreto N°

772/15 del Poder Ejecutivo Provincial y ratificado por Ley N° 8798 de la Honorable Legislatura de Mendoza. La resolución impugnada- Nro. 371-2016, de fecha 09/03/2016- dispuso ?revocar parcialmente el Art. 7 de la resolución N° 2379/15 del H. directorio, declarando inexistente las designaciones del personal que se individualizó, por existir vicios groseros que las afectan, según se explicitó en el dictamen jurídico elaborado por la Subdirección de Asuntos Jurídicos (flagrante violación del régimen de ingreso a la función pública determinado constitucionalmente). El magistrado que previno también tuvo en consideración que, en el informe de OSEP efectuado sobre el agente al momento de fundar la resolución que dispuso el cese, se indicó que: ?el encuadre en pase a planta debería haber sido en la clase inicial del Agrupamiento Administrativo-clase 04?. Recuerdo, por último, que quien me precedió en el juzgamiento reconoció que la Ley 3909 prevé expresamente que el acto viciado groseramente, que se considera inexistente (art. 72), carece de ejecutividad, no obliga a la Administración (art. 76) y, consecuentemente, puede ser revocado en sede administrativa. Dentro de este marco de situación, sólo puedo disentir con la decisión que definió que, la forma jurídica relativa el vicio grosero del artículo 72 de la Ley 3909, fue utilizada por la demandada para vulnerar un derecho constitucionalmente consagrado, teniendo presente que, al momento de disponerse su cese, el agente gozaba de la estabilidad del empleo público. Destaco que, precisamente el goce de la mentada estabilidad por el agente es, en este caso, uno de los principales puntos controversiales, dado que la accionada esgrime en su resistencia que el actor no está alcanzado por la mentada estabilidad porque, en el origen de su designación, existió un vicio grosero, que habilitó a la administración a declarar, sin más, la inexistencia, en los términos del artículo 72 de la Ley 3909. La idea puede ser más completamente desarrollada y, por ello, intentaré hacerlo. Concretamente apunto a que, el ingreso del actor a la planta permanente, en la categoría en que ello tuvo lugar y sin existir vacante, es lo que llevó a la demandada a calificar - bien o mal- que se estaba frente a un vicio grosero y a actuar, previo contar con el fundamento que avaló tal determinación, disponiendo el cese. El criterio, debo decir, tiene sustento no sólo en el dictamen de asesoría jurídica ya mencionado sino, también, en la doctrina que abraza la categoría lógica de la ?inexistencia? y mantiene en tal sentido una posición concordante con la que sirvió de base para el dictado de la decisión impugnada. Se dice en esa línea de pensamiento que: ?...si los actos administrativos viciados de gravedad tienen, a pesar de ello, presunción de legitimidad y debe el particular obedecerlos, entonces es inevitable la construcción lógica de la inexistencia, ya que es obvio que las groseras irregularidades cometidas por la administración no pueden quedar compurgadas por el tiempo?. A ello se agrega que, este tipo de actos- que sólo aparentan ser tales- ?no son regulares, carecen de legitimidad, y, en consecuencia, de ejecutividad. O sea, no obligan a los particulares ni a los funcionarios públicos; los jueces pueden declarar su inexistencia de oficio, sin necesidad de una investigación de hecho; el vicio es insanable; la acción para impugnarlo es imprescriptible; su extinción produce efectos retroactivos? (PETRA RECARBARRÉN, G.- SARMIENTO GARCÍA, J., Ley de procedimiento administrativo de Mendoza Nro. 3909 , AVGVSTVS, Mendoza, 1979, páginas 85/86). Podrá o no compartirse esa tesitura pero, en todo caso, en las condiciones dadas, no es dable sin más aseverar que, la situación de empleo público del actor, lo hacía acreedor del derecho a la estabilidad que consagra el artículo 14 de la CN. Esto es así, desde mi perspectiva, independientemente del celo con que ese derecho debe ser reconocido, conforme la interpretación de la jurisprudencia que citó el magistrado de grado y de la que, desde luego, no encuentro en abstracto razones para apartarme. Con lo que vengo expresando pretendo dejar sentado que la administración probó que su decisión, que se sostiene en la fundamentación proveniente de la tarea de sus asesores, tiene apoyatura legal en las normas a las que hace referencia en su informe. También corroboro que, en algún punto, ese respaldo viene dado por la prescripción contenida en el artículo 50 de la normativa anteriormente citada, la cual, tras hacer alusión a la clasificación de los vicios de acuerdo a su gravedad, en el último párrafo prescribe que: ?La calificación que de algunos vicios del acto se da en esta ley no es rígida, y la autoridad a quien corresponde declarar la nulidad, puede apartarse, excepcionalmente, de la calificación que aquí se establece, mediante resolución fundada que analice cuáles son las circunstancias particulares del caso que hacen razonable adoptar en él otra calificación que la legalmente preestablecida?. En el contexto dado, por otro lado, no es posible juzgar, sin más, que la accionada violó la disposición contenida en el artículo 96 de la Ley 3909, que reza que: ?El acto administrativo regular que crea, reconoce o declara un derecho subjetivo, no puede ser revocado en sede administrativa una vez que ha sido notificado al interesado?. Tampoco parece evidente que el único camino que le quedaba a la OSEP era plantear la acción de lesividad que, en el ordenamiento provincial, implica aceptar, como regla, que el acto administrativo es irrevocable cuando afecta o reconoce derechos subjetivos ya notificados al administrado. Esa estabilidad es, como es sabido, lo que impone que la revocación sea en estos casos excepcional, sin perjuicio de que, a instancia del administrado o de la propia Administración, puede motorizarse la declaración de nulidad, mediante la acción de lesividad (art.3° de la Ley 3918). Ahora bien, para que ese tipo de articulación prospere deben cumplirse ciertos recaudos; entre ellos, debe estarse frente a un acto irrevocable en sede administrativa- que, por ende, goza de estabilidad- y que reconoce derechos subjetivos que están cumpliendo sus efectos lesivos para los intereses del Estado provincial. Esto último es, insisto, lo que se discute precisamente en autos, donde se ha puesto en tela de juicio si, el acto de designación, tenía o no estabilidad. Verifico además que

la decisión impugnada no pone de manifiesto ninguna desigualdad palmaria. Por el contrario, la misma en el aspecto subjetivo alcanzó a otros agentes cuyas designaciones detentaban también, según la administración, vicios que las tornaban igualmente ineficaces. Por último juzgo que no es factible aseverar, como lo hizo el juzgador de grado siguiendo los argumentos del actor, que están reunidos los recaudos exigidos por la doctrina y la jurisprudencia para la procedencia del amparo, simplemente porque la cesación se dispuso sin promover, de manera previa, un sumario administrativo. En todo caso, podría meritarse por vía de hipótesis que medió violación del derecho de defensa por falta de notificación previa al agente; sin embargo, ese argumento no fue concretamente invocado por el demandante en su escrito inicial, como tampoco lo fue la posibilidad de que, la reincorporación, pudiera tener lugar en una categoría inferior. Considero, en síntesis, que no está justificada en autos ninguna palmaria ilegalidad o arbitrariedad sino que, en todo caso, el planteo del amparista requiere de un análisis fáctico y normativo complejo, que no es posible en este limitado ámbito encarar. Dicho de otro modo y para concluir, considero que el vicio atribuido por la actora al acto atacado no puede calificarse de manifiesto, a tal punto que pueda considerarse que es, para ella, innecesario, probar debidamente la ilegitimidad. Por ende, si mi opinión es compartida, procede acoger el remedio intentado por la demandada y revocar parcialmente el pronunciamiento de grado. IV. b. Recurso de la actora. Como resultado de la solución que propicié al analizar el recurso anterior, propongo que quede incólume el rechazo parcial del amparo que se decidió en la instancia anterior. Por tanto, una vez más si la opinión que he sentado resulta compartida, procederá en este caso el rechazo del recurso promovido por la amparista. Así voto. Las Juezas de Cámara Marina Isuani y Alejandra Orbelli adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede. Sobre la segunda cuestión propuesta la Sra. Jueza de Cámara Silvina Miquel dijo: Las costas de ambas instancias deben imponerse a la actora en cuanto resulta vencida (arts. 36 CPC y 30 LA). Así voto. Las Juezas de Cámara Marina Isuani y Alejandra Orbelli adhieren, por sus fundamentos, al voto que antecede. Con lo que se dio por concluido el presente acuerdo dictándose sentencia, la que en su parte resolutive dice así: SENTENCIA: Mendoza, 23 de junio de 2017. Y VISTOS: lo que resulta del acuerdo precedente, el Tribunal RESUELVE: 1. Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y desestimar el promovido por la parte actora contra la sentencia obrante a fojas 494/98. Por ende, revocar parcialmente el decisorio de grado, que queda redactado en los siguientes términos: ?I. No hacer lugar a la acción de amparo promovida por el Sr. Gabriel Monjelardi en contra de la Obra Social de los Empleados Públicos de Mendoza. II. Imponer las costas a la amparista vencida. III. Regular los honorarios profesionales por su actuación en la presente Acción de Amparo a los Dres Carina A. González Romera en la suma de pesos tres mil quinientos (\$ 3.500), Dra. Carolina Puebla en la suma de pesos cinco mil (\$ 5.000), Dra. Alicia López en la suma de pesos dos mil quinientos (\$ 2.500), Dr. Eliseo J. Vidart pesos dos mil quinientos (\$ 2.500) (art. 10 ley 3.641)? 2. Regular los honorarios profesionales de segunda instancia, de las abogadas Mónica Delgado y Carina A. González Romera, en las sumas de pesos dos mil (\$ 2.000) y pesos mil cuatrocientos (\$ 1.400) respectivamente, por el recurso interpuesto por la demandada (Art. 15, en relación con el art. 10, Ley 3.641) 3.- Regular los honorarios profesionales de segunda instancia, de las abogadas Mónica Delgado, Carolina Puebla y Carina A. González Romera, en las sumas de pesos dos mil (\$ 2.000), pesos seiscientos (\$ 600) y pesos mil cuatrocientos (\$ 1.400) respectivamente, por el recurso interpuesto por la actora (Art. 15, en relación con el art. 10, Ley 3.641) NOTIFÍQUESE. BAJEN. Dra. ALEJANDRA ORBELLI Juez de Cámara Dra. SILVINA MIQUEL Juez de Cámara Dra. MARINA ISUANI Juez de Cámara 019340E