

Impugnacion De Acto Administrativo Art 38 De La Ley 19 101

JURISPRUDENCIA

Impugnación de acto administrativo. Art. 38 de la ley 19.101

Se resuelve hacer lugar parcialmente a la demanda, y se declara la nulidad de los actos administrativos dictados con posterioridad a la presentación con fecha 18 de marzo de 2009 de la impugnación de la calificación ?eliminado para producir vacante?, la que deberá ser tratada conforme la normativa vigente.

En la ciudad de Córdoba, a veintinueve días del mes de diciembre del año dos mil diecisiete, reunidos en Acuerdo de Sala ?B? de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de la Cuarta Circunscripción Judicial para dictar sentencia en estos autos caratulados: ?SOLAVAGIONE ANTONIO BERNARDO c/ ESTADO NACIONAL s/IMPUGNACION de ACTO ADMINISTRATIVO? (Expte. N°: 13200013/2009/CA2 - CA1) venidos a conocimiento de este Tribunal en virtud del recurso de apelación interpuesto por el actor en contra de la Resolución dictada con fecha 11 de noviembre de 2016 por el Juzgado Federal N° 1 de Córdoba.

Puestos los autos a resolución de la Sala, los señores Jueces emiten su voto en el siguiente orden: LILIANA NAVARRO - LUIS ROBERTO RUEDA - ABEL G. SANCHEZ TORRES.-

La señora Jueza de Cámara, doctora Liliana Navarro, dijo:

I. Vienen los autos a resolución de la Sala en virtud del recurso de apelación interpuesto por el actor en contra de la Resolución dictada con fecha 11 de noviembre de 2016 por el Juzgado Federal N° 1 de Córdoba que no hizo lugar a la demanda promovida y convalidó el acto administrativo enmarcado por la Resolución 245/10 de fecha 01 de Noviembre de 2009, dictado por el Ministerio de Defensa, que ordenó su pase a situación de retiro obligatorio, dispuso dar intervención al organismo autorizado para que lo reencasille en función de este decisorio; declaró abstracto el tratamiento de los daños moral y material oportunamente reclamados y desestimó el planteo de inconstitucionalidad inocado, imponiendo las costas en el orden causado.

Señala el recurrente que se ha violado el principio de congruencia, ello por cuanto el Juez dice que tiene que analizar la legalidad del retiro y en realidad ese no era el objeto de la demanda. Insiste en que tal no era el objeto porque la disposición del retiro no existía cuando se demandó, y porque en la demanda se pretendía la nulidad por ilegítimos de los actos administrativos que se generaron desde que en forma verbal se le hizo saber al compareciente su pase a disponibilidad. En segundo lugar se queja por el rechazo del pedido de inconstitucionalidad del párrafo 188 del inciso 5° de la Reglamentación para el Personal Militar sin fundamentos, cuando su declaración le permitiría acceder a los argumentos que dieron lugar a su calificación. En definitiva solicita se haga lugar al recurso, con costas.

Corrido el traslado de ley, es contestado por la demandada a fs. 296/298, quien solicita el rechazo de la apelación, con costas.

II.- Comenzando con el tratamiento del recurso interpuesto, en primer lugar corresponde verificar si al resolver se ha respetado el principio de congruencia.

La demanda fue iniciada el 2 de julio de 2009, con el objeto de lograr ?la declaración de nulidad y por ende de ilegitimidad de estos actos administrativos dictados en violación de las formas y careciendo de sustento desde el punto de vista sustancial. Asimismo pido en consecuencia que se condene al Estado Nacional a repararme todos los daños y perjuicios que me ha irrogado ese ilegítimo actuar, en concepto de daño material por las diferencias remunerativas generadas al colocarme en situación de disponibilidad? (fs. 3vta.).

Los actos que denuncia como ilegítimos son:

- Negativa verbal a la solicitud de ser destinado a la Guarnición Aérea Córdoba por razones de salud de su esposa, con fundamento en que ?la Fuerza Aérea no contaba con cargo para el suscripto en Córdoba?.
- Calificación de ?eliminado para producir vacantes? y la disposición de su pase a situación de disponibilidad que implicaría a posteriori el pase a situación de retiro obligatorio.

El Juez al resolver rechazó la demanda, convalidando el acto administrativo enmarcado por la Resolución del Ministerio de Defensa N° 245/10, de fecha 1 de noviembre de 2009, que ordenó su pase a situación de retiro obligatorio.

Del simple análisis de los antecedentes reseñados precedentemente se advierte que se ha violado el principio de congruencia.

Recordemos que el inc. 4 del art. 34 del CPCN prescribe que son deberes de los jueces fundar toda sentencia definitiva, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia. Por su parte, el art. 163 inc. 6 del CPCN señala que la sentencia debe contener la decisión expresa positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio.

Es decir que debe existir correlación entre el fallo dictado y las pretensiones formuladas por las partes en el proceso. Esa correspondencia no se da en la sentencia apelada en tanto de la simple lectura del escrito de demanda surge claro que el actor ha cuestionado actos previos y no el confirmado por el Juez, respecto del cuál además no se ha debatido en la presente causa, afectándose así el derecho de defensa.

Debo aclarar que si bien la normativa admite que el Juez se pronuncie sobre hechos sobrevinientes que resulten constitutivos, modificativos o extintivos del derecho en debate, esa situación no se da en este caso por cuanto se ha impugnado la calificación que luego habría dado lugar al acto administrativo que ordena el pase a retiro, decisión que no es motivo de este juicio. Inclusive, para evitar el dictado de ese acto, el actor solicitó una medida cautelar que fue concedida, provocando ello que se deje sin efecto esa disposición.

Las razones dadas me convencen de que el Juez ha fallado

extra petita, al haberse pronunciado respecto de una cuestión no sometida a su decisión, incurriendo en el vicio de incongruencia aludido. En consecuencia corresponde hacer lugar al planteo de nulidad de la sentencia por falta de congruencia. III. Ante la invalidez de la decisión, estando el procedimiento ajustado a derecho, de conformidad con lo previsto por el art. 253 del CPCN, corresponde resolver sobre el fondo del litigio. Para decidir sobre la cuestión de fondo, debo analizar la validez de los actos denunciados por el accionante como ilegítimos, esto es la negativa formal verbal a la solicitud de ser destinado a la Guarnición Aérea Córdoba y la calificación de ?eliminado para producir vacantes?. Para ello resulta necesario hacer una síntesis de las constancias del Legajo Personal del actor que se encuentra reservado en Secretaría. Del mismo surge, en lo que aquí interesa, que: - El 14.12.07 el señor Solavagione solicitó al Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea Argentina que contemplara la posibilidad de disponer su cambio de destino a la Guarnición Aérea Córdoba, ya que el 04.12.07 había finalizado la Maestría cursada (fs. 247). - Con fecha 28.12.07 el Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea resuelve que el actor pase a revistar en situación de disponibilidad (fs. 258); - El 16.10.08 la Junta de Calificaciones concluye: ?CASOS ESPECIALES DE CONVOCATORIA... 1º) Calificar ?ELIMINADO PARA PRODUCIR VACANTES? a los siguientes Comodoros que revistan en situación de Disponibilidad, por: ?No haberle asignado la superioridad funciones del servicio efectivo?: Comodoro D. Antonio Bernardo SOLAVAGIONE (E Gen 3943)? (fs. 385); - El 17.03.09 se le comunica que ha sido calificado ?eliminado para producir vacantes?, y se le hace saber que el párrafo 192 del Título II, Capítulo III de la RLA I, le confiere el derecho a reclamar la calificación interpuesta (fs. 440); - El 18.03.09 impugna la calificación de ?eliminado para producir vacante?; - Con fecha 19.06.09 se le comunica que el señor Jefe del Estado Mayor General ?NO HIZO LUGAR? al reclamo presentado respecto de la calificación (fs. 285). a) Respecto de la falta de respuesta al requerimiento de ser destinado a la Guarnición Aérea Córdoba, debo señalar que el actor denuncia que habría sido denegada sólo en forma verbal su petición con fecha 14.12.07 y que la decisión de su pase a disponibilidad nunca le fue notificada en legal forma hasta el momento en que se le notifica la calificación, la que tuvo lugar recién en 2009. Del expediente administrativo no surge que el pase a disponibilidad haya sido debidamente notificado; sin embargo el 02.09.08 presentó nota la esposa con conocimiento de que el mismo se encontraba en situación de disponibilidad, y manifestando conocer que se reuniría la junta de calificaciones (fs. 260 del expte . adm.). Además, el 18.03.2009, el señor Solavagione al presentar el reclamo respecto de la calificación, nada manifestó respecto de su situación de disponibilidad (ver fs. 271 del expte. adm.) Es decir que, sin perjuicio de no encontrarse acreditada la debida notificación, de las constancias acompañadas surge que el mismo tomó conocimiento y nada manifestó al respecto, resultando extemporáneo el planteo en cuestión. b) Ahora debo referirme a la impugnación de la calificación como ?eliminado para producir vacante?. Encontrándose el actor en situación de disponibilidad, resulta de aplicación el art. 38 de la Ley 19.101 que establece: ?El personal del cuadro permanente de las fuerzas armadas, en actividad, podrá hallarse en ... Disponibilidad, cuando se encuentre: ... a) En espera de designación para funciones del servicio efectivo. En esta situación el personal no podrá ser mantenido por un tiempo mayor de un año, cumplido el cual, la superioridad deberá asignarle destino o someterlo a las respectivas juntas de calificaciones?. Una vez calificado por la Junta, el personal puede presentar reclamo, que cuando se trate de Comodoros -como el caso de autos- ?serán dirigidos, por medio del Director General de Personal, al Jefe del Estado Mayor General de la Fuerza Aérea, quién, con el asesoramiento que considere conveniente, lo resolverá en única instancia? (art. 195 del Título II, Capítulo III de la RLA I). Es clara la norma que prevé que ante la impugnación de la calificación, el Jefe del Estado Mayor resolverá en única instancia. No caben dudas que resulta pertinente el dictado de un acto administrativo para dar respuesta a la presentación, es decir que en el caso debió dictarse la correspondiente resolución denegatoria, lo cual no consta en el expediente administrativo. Entiendo que al no existir acto administrativo que resuelva la impugnación presentada por el actor respecto de su calificación, ya que sólo se le comunicó que había sido denegado, se ha violado la posibilidad de ejercer eficazmente el derecho de defensa. Tal falencia, en mi opinión, torna nulos los actos posteriores a la presentación de la impugnación por parte del actor. La comunicación por sí sola no puede producir efectos jurídicos, sino que debe anotar una decisión emitida y fundada conforme a la ley. Es decir, es un acto sin virtualidad jurídica. Por lo señalado, es que entiendo que corresponde declarar la nulidad de los actos administrativos dictados con posterioridad a la presentación con fecha 18 de marzo de 2009 de la impugnación de la calificación ?eliminado para producir vacante?, la que deberá ser tratada conforme la normativa vigente. IV. Decidido ello, debo ahora analizar el planteo de inconstitucionalidad formulado en relación con el párrafo 188 de la reglamentación para el personal militar (RLA1) que -en lo pertinente- prescribe que en las comunicaciones de los resultados de las Juntas de Calificaciones deberá indicarse la causa que haya motivado la calificación, excepto cuando sea ?eliminado para producir vacantes?. Recordemos que la declaración de inconstitucionalidad de una norma es la última ratio del orden jurídico, por lo que la misma debe ser valorada con particular estrictez. Concordantemente con lo expuesto, tiene dicho nuestro más Alto Tribunal de Justicia de la Nación que ?La declaración de inconstitucionalidad constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, ya que configura un acto de suma gravedad, o última ratio del

orden jurídico, por lo que no debe recurrirse a ella, sino cuando una estricta necesidad lo requiera y no exista la posibilidad de una solución del juicio a la que cabe acudir en primer lugar...? (Fallos 330:2225, entre muchos otros).- A ello además debe agregarse que el sistema militar tiene un régimen especial al que el actor se ha sometido voluntariamente. En este sentido ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ?la posibilidad de ser dado de baja, de no ser propuesto por la Junta de Calificaciones para ascender y la permanencia en actividad son consecuencia del estado militar que impone deberes y otorga derechos conforme a las leyes y los reglamentos y al que el actor ingresó voluntariamente, lo que para él implicó la sujeción a un régimen especial y la aceptación de tales reglas? (Fallos: 261:12; 267:325; 392:1584; 303:559 y 307:1821). Específicamente, debo además señalar que la norma sólo refiere a la comunicación de la calificación, y no a la calificación en sí. Digo esto porque conforme lo prescribe el pfo. 182 (RLAI), la Junta de Calificaciones debe dejar constancia de lo tratado y actuado en cada sesión, y contendrá ?las causas que motivan cada una de las calificaciones que deber ser debidamente fundamentadas?. Lo expuesto me impide encontrar fundamentos para entender que la norma cuestionada de un régimen especial sea inconstitucional, debiendo en consecuencia rechazarse el planteo. V. Por último, debo resolver sobre el pedido de que se condene al Estado Nacional a reparar los daños y perjuicios. Cabe aclarar que si bien la cuestión no ha sido materia de agravios, al haberse declarado la nulidad de la sentencia, corresponde que me expida al respecto. Pretende el actor que se reconozca como indemnización por el concepto de daño material, las diferencias remunerativas generadas mes a mes desde que se le comunicó verbalmente que estaba en situación de disponibilidad hasta que se haga lugar a la demanda. Lo pretendido no puede ser concedido desde que el pase a disponibilidad - como ya se señalara- no ha sido debidamente cuestionado en sede administrativa, encontrándose firme la decisión que así lo dispuso.

La única ilegitimidad que aquí se reconoce es la inexistencia de acto administrativo que resuelve la impugnación de la calificación, hecho posterior y consecuente del pase a disponibilidad. También solicita indemnización por daño moral ?por la injusta y arbitraria calificación impuesta y el anterior e intempestivo apartamiento de sus funciones, la injustificada situación de revista en disponibilidad?. Este rubro tampoco puede admitirse por cuanto al encontrarse fundado en su pase a disponibilidad, le caben las mismas consideraciones que al daño material reclamado. En definitiva, entiendo que corresponde rechazar la demanda por los rubros reclamados. Vale agregar que, el daño que podría eventualmente ocasionarle la calificación excede el marco de esta acción por cuanto, conforme lo aquí decidido, el procedimiento administrativo debe retrotraerse a la impugnación de la calificación ?eliminado para producir vacante?. VI. Atento el resultado arribado y la naturaleza de las cuestiones debatidas, las costas de ambas instancias se imponen en el orden causado (art. 68, 2º pfo. del CPCN), difiriéndose las regulaciones de honorarios que correspondan para su oportunidad. VII. Por las consideraciones expuestas corresponde: declarar la nulidad de la resolución dictada con fecha 11 de noviembre de 2016 por el Juzgado Federal Nº 1 de Córdoba y en consecuencia: a) Hacer lugar parcialmente a la demanda, y declarar la nulidad de los actos administrativos dictados con posterioridad a la presentación con fecha 18 de marzo de 2009 de la impugnación de la calificación ?eliminado para producir vacante?, la que deberá ser tratada conforme la normativa vigente; y b) Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del pfo. 188 inc. 5º del RLA1, como así también los reclamos por daño material y moral, por los fundamentos dados en los considerando pertinentes. Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 68, 2º pfo. y 279 del CPCN), dejándose sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas, las que deberán adecuarse al sentido de este pronunciamiento, y difiriéndose las que correspondan por la actuaciones ante esta Alzada para su oportunidad. Así voto. El señor Juez de Cámara, doctor Luis Roberto Rueda y el señor Juez de Cámara, doctor Abel G. Sánchez Torres, dijeron: Que por análogas razones a las expresadas por la señora Jueza de Cámara preopinante, doctora Liliana Navarro, votan en idéntico sentido.- Por el resultado del Acuerdo que antecede; SE RESUELVE: 1) Declarar la nulidad de la resolución dictada con fecha 11 de noviembre de 2016 por el Juzgado Federal Nº 1 de Córdoba, y en consecuencia: a) Hacer lugar parcialmente a la demanda, y declarar la nulidad de los actos administrativos dictados con posterioridad a la presentación con fecha 18 de marzo de 2009 de la impugnación de la calificación ?eliminado para producir vacante?, la que deberá ser tratada conforme la normativa vigente; y b) Rechazar el planteo de inconstitucionalidad del pfo. 188 inc. 5º del RLA1 como así también los reclamos por daño material y moral, por los fundamentos dados en los considerandos pertinentes. 2) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 68, 2º pfo. y 279 del CPCN), dejándose sin efecto las regulaciones de honorarios practicadas, las que deberán adecuarse al sentido de este pronunciamiento, y difiriéndose las que correspondan por la actuaciones ante esta Alzada para su oportunidad. 3) Protocolícese, hágase saber. Cumplido, publíquese y bajen.- ABEL G. SÁNCHEZ TORRES LUIS ROBERTO RUEDA LILIANA NAVARRO EDUARDO BARROS SECRETARIO DE CAMARA

026454E