

//neral Roca, de febrero de 2017.-

Y VISTOS: Para dictar sentencia en estos autos caratulados: "MEZI TYLER EDUE C/ PROVINCIA DE RIO NEGRO (JEFATURA DE POLICIA) S/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO (I)" (Expte.Nº I-2RO-123-L2012- 2CT-23508-10).-

Previa discusión de la temática del fallo a dictar con la presencia personal de los jueces votantes, de lo que da fe la Actuaria, corresponde votar en primer término a la Dra. Gabriela Gadano, quien dijo:

RESULTANDO:A fs. 13/15 se presenta con apoderamiento de la Dra. Susana Inés Sánchez el Sr. Tyler Edué Mezi e inicia juicio contencioso administrativo contra la Provincia de Río Negro y Jefatura de la Policía a fin de que sean anuladas por arbitrarias las Resoluciones 1424“JEF” y 3844 “JEF” y se condene a la accionada a promover retroactivamente a Mezi en los grados de su agrupamiento y escalafón que, como consecuencia de resultar inhabilitado desde 2003 por registrar sumario en trámite le causaron perjuicio cierto patrimonial y moral al frenarle el derecho a la carrera policial. Reclama monto indeterminado por ser dificultoso establecer una suma cierta, tratándose de importes históricos y mejores sueldos no percibidos. Dice que interpone en término pues ha sido personalmente notificado de la resolución que agota la instancia administrativa (3844 “JEF”) en 7-9-2010.

Cuenta que ingresó a la Policía en 9-9-1991 ostentando al momento de interposición de demanda el grado de Cabo con cumplimiento de servicios en el Destacamento de Seguridad Vial en Allen. Que emergente de un hecho penal atribuido a él ocurrido en Comisaría 17 de Lamarque en 1-8-2003 por el que fuera llevado a juicio, se inició sumario administrativo disciplinario bajo las previsiones de Dec. 32/94 y Dto 1994/94.

Que la sentencia absolvió de culpa y cargo con relación al delito tipificado en el art. 144 bis inc. 3º CPenal a Mezi sin costas y que contrariando la cosa juzgada penal y el principio non bis in idem, por Resolución Nº 1424 “JEF” se lo sanciona disciplinariamente con 20 días de arresto encuadrándolo en la falta disciplinaria grave prevista en el art. 72-A-f) del reglamento disciplinario al entender aparentemente los comisarios generales, que por el hecho investigado Mezi había menoscabado la disciplina, la investidura o la institución policial, cuando lo que hubiera correspondido es que lo encuadraran en la presunta falta disciplinaria del art. 73-A-d) del reglamento disciplinario policial que refiere a la comisión de hechos relacionados a los deberes de los agentes que estén previstos como delitos en la legislación y que por aplicación del reglamento debió reservarse en la Unidad Regional hasta que se conozca la sentencia

final del Tribunal.

Que la irrazonabilidad del acto administrativo surge del propio art. 1 que sobresee al cabo Mezi en orden a la falta disciplinaria del art. 73-A-d pero revisando administrativamente la causa penal y por aplicación de una tipificación residual, con fundamentos en antecedentes, meritaron per se testimonios de otros policías que se contradijeron en la audiencia de debate penal. Que a tal ilegalidad y desproporcionada conclusión debió verse afectado por la demora en la tramitación, primero de la investigación judicial y que por aplicación del art. 8 inc. k) del reglamento de promociones judiciales (1646/87) desde setiembre/2003 hasta 2010 en que promueve la pretensión, viene siendo postergado en el tratamiento de la Junta de Calificación Policial en razón de registrar sumario en trámite.

Mas lesivo aun fue que debieron glosar la sentencia absolutoria de la Cámara del Crimen a mas tardar en Junio de 2007 pero demostrando una agravante e injustificada desidia resolvieron el sumario recién en Abril de 2010, casi tres años después, violando también los plazos establecidos por el reglamento para la conclusión del sumario en 60 días corridos desde que se hallare glosada la sentencia (art. 67 in fine del Dec 32/94).

Que en reiteradas oportunidades por Resolución del Jefe de Policía o decreto del PE se ha promovido a personal superior y subalterno con retroactividad y varios grados en situaciones análogas a él, citando algunos antecedentes.

Trae a colación lo expuesto por Fiscalía de Estado en causa similar que la demora en los ascensos aparece como agravante en la medida en que el resultado del sumario fue el sobreseimiento, correspondiendo resolver el reclamo y que la garantía de inocencia admite solo restricciones provisorias a los derechos de aquellas en aras de la investigación mas no resultaría coherente con el orden supremo mantener en el tiempo el agravio de los derechos merced a un régimen disciplinario, de modo tal que reconocido el derecho a ascender corresponde que en todos los casos sea una Junta Policial en sesión extraordinaria quien meritúe las condiciones y antecedentes para el ascenso con retroactividad. Que no han procedido igualitariamente a su respecto a pesar de haber interpuesto recursos en tal sentido.

Concretamente se reclama de conformidad al Anexo 4 "Tiempo Mínimo de Permanencia en cada grado" de la Ley 679 que con retroactividad adquirió derecho a ascender a Cabo primero a partir de 1-1-2004 y Sargento a partir del 1-1-2007, destacando que realizó y aprobó el curso instituido obligatorio para ser promovido a Cabo 1°.

Ofrece prueba.

A fs. 30/34 Roberto Juan Vazquez, apoderado para asuntos judiciales de la Fiscalía de Estado de Río Negro, contesta demanda e interpone falta de agotamiento de la vía administrativa.

Dice que la Resolución 1424 “JEF” del 5/4/2010 en su art. 1º sobresee al actor del sumario administrativo que se le instruyera a consecuencia de la investigación judicial por denuncia de apremios ilegales del que fue absuelto de culpa y cargo por el beneficio de la duda en sede penal. En su art. 2º sanciona al cabo Mezi con 20 días de arresto policial por la comisión de la falta disciplinaria grave prevista por el Capítulo X, art. 72-A-f).

La Resolución 3844”JEF” del 2-8-2010 da por presentado el recurso de reconsideración y rechaza la pretensión manteniendo firme la decisión adoptada en 1424”JEF”. De allí que entiende que el actor no pidió concretamente a la Jefatura de Policía que se reúna la Junta de Calificaciones en forma extraordinaria para que trate su expediente reservado por aplicación del Reglamento de Junta de Calificaciones como lo dice en el desarrollo de su demanda, resultando la sanción que le aplicaron que no era causal de inhabilidad para el ascenso. Entiende que recién a partir de la negativa de la Jefatura de Policía de la convocatoria o en caso de convocarla, el actor quedaría habilitado para abrir la vía judicial contenciosa administrativa.

De la forma en que lo hace Mezi intenta pegar un salto reglamentario administrativo lo que tacha de irrazonable. En tal sentido explica que la Junta Policial del personal policial luego de analizar los legajos personales de los agentes eleva al Jefe de Policía las conclusiones a que hubiere arribado con los listados de las personas agrupadas como aptas para el ascenso, aptas para permanecer en el grado, inepto para las funciones del grado o inepto para las funciones policiales, reflejando la situación particular de cada uno de los agentes. La discrecionalidad en el tratamiento de los componentes de la Junta Policial, todos oficiales superiores, hace a la libertad de expresar lo que piensan y conocen a cada empleado, basado en sus antecedentes y desempeño en su destino. El empleado debe reunir mayoría simple para que definan su situación. Si ello no sucede significa que hay cuestiones disciplinarias, de inasistencias, de subordinación o de adaptabilidad institucional no solucionadas.

En el caso del actor, la aptitud para permanecer un año más en la jerarquía, le está señalando que aún le quedan cosas para corregir para pretender su ascenso. Asimismo el personal policial tiene la vía recursiva para modificar su situación adversa en los

tratamientos de las Juntas, si los fundamentos son lo suficientemente contundentes. Y el accionante se agravia de la calidad de la sanción, siento esta una cuestión no revisable por la justicia al no haberse agotado la vía administrativa.

La segunda confusión es interpretar que la Resolución de la Cámara del Crímen es suficiente para que la investigación administrativa tenga el mismo destino. Y ello no es así pues la no existencia de un delito investigado no significa que en la investigación administrativa no surjan conductas responsables por violación al Reglamento Disciplinario Policial en lo inherente al estado policial.

Al contestar la demanda niega que las cuestiones reglamentarias le causaren al actor perjuicio patrimonial y moral al frenarle la carrera policial, que se hubiere agotado la vía administrativa, que se hubieran valorado para sancionar cuestiones no reglamentarias, que los actos administrativos sean irrazonables, que la conclusión del sumario haya sido ilegal y desproporcionada, que el caso “Torres” sea de aplicación a esta acción por el solo hecho de que el actor no pidió convocatoria alguna, que la Jefatura agravié el principio de inocencia y que le corresponda ascenso alguno retroactivamente.

Cuenta que Tyler Edue Mezi es cabo y que ante el procesamiento dictado en sede judicial se realiza la investigación correspondiente caratulada “CABO (AS.EG) MEZI EDUE TYLER (5895) S; SUMARIO ADMINISTRATIVO por la que se dictó Rs-6017”JEF” en 16-12-2005 por la cual se deja sin efecto la instrucción del referido sumario administrativo y se dispone la instrucción de actuaciones sumarísimas por aplicación del Cap.1º art. 3º del Reglamento 32/94 por presunta transgresión a lo normado por el Capítulo X, art. 73-A-d) con el agravante del art. 72 A- inc f) del Reglamento del Régimen Disciplinario Policial. Que ello se inicia como consecuencia de actuaciones judiciales por denuncia de apremios ilegales y lesiones a un detenido, Hugo Orlando Gutierrez ocurrido con fecha 1-8-2003. Que el caso fue resuelto por la justicia donde el actor obtuvo el sobreseimiento y la investigación administrativa por comisión de falta disciplinaria gravísima se continuó con la de falta grave imputada. Que se corrobora con oficios y fotocopia certificada del expediente que quedó plenamente acreditado que el cabo MEZI incurrió en la comisión de falta disciplinaria grave que se le endilgara, de conformidad a lo dispuesto por el art. 72ª-f), mas allá de haber sido sobreseído por el art. 73ª-d). El actor presenta un recurso de reconsideración al que no se hace lugar y se mantiene la decisión de la Resolución 1424 JEF mediante Rs. 3844/10. Que no tuvo suficientes argumentos y no pidió sabiendo que la resolución

no lo inhabilitaba a la convocatoria extraordinaria de Junta Policial, al resolverse el sumario administrativo que lo postergaba.

Dice que finalizadas las cuestiones penales del actor Mezi cuya situación administrativa ligada al sumarísimo por su procesamiento le impedían ser tratado por la Junta de Calificaciones Policiales, resuelta ésta favorablemente la Jefatura de Policía emitió la correspondiente resolución sobreseyéndolo. Al no haber sido tratado en reunión extraordinaria, la Jefatura de Policía no se tuvo que expedir.

Sobre la nulidad dice que se ataca de forma generalizada. Que la Resolución 1424"JEF" contiene los conceptos y términos vertidos en la investigación administrativa cuya autonomía valorativa, que le es propia de un órgano de esa naturaleza, hace al conocimiento integral del agente que trata, en el caso del actor, su conducta y desenvolvimiento policial. Que la legalidad de los pasos seguidos está desarrollada y que el andamiaje a que hace referencia no se corresponde a una organización piramidal como lo es la Policía.

Privarlo de un ascenso hace a la aptitud y maduración del desempeño, con la carga subjetiva que implica llevar el uniforme y la responsabilidad como custodia de los ciudadanos. Con lo que concluye que: la demanda contenciosa administrativa del actor está dirigida a anular las resoluciones 1424 y 3844/10 que le impiden el ascenso retroactivo y que pide al Tribunal que ordene realizar, confundiendo e invocando que la investigación administrativa debe seguir la misma suerte que la judicial. Y ello es así en cuanto a lo relacionado con el delito penal, pero su encuadramiento y sanción surgen de la investigación administrativa y la notoria violación al Reglamento Disciplinario por el cual se le aplican los 20 días de arresto policial. Que el enervar casi exclusivamente su postergación y el pedido al Tribunal ordenando sus ascensos, hace que se haya planteado la defensa de falta de agotamiento de la vía administrativa porque no pidió a la Jefatura de Policía ser tratado por la Junta Policial, ante su sobreseimiento administrativo, para que sea convocado para tal fin extraordinariamente como el Reglamento de Promociones Policiales lo dispone. Que no puede haber ascensos sin tratamiento de Junta.

Que judicializar las cuestiones reglamentarias sin desconocer los derechos constitucionales, es intentar forzar la ley cuando se han cumplido los recaudos legales para su tratamiento. Que es de gran riesgo para la institución ya que se desconoce verdaderamente lo valorativo del componente subjetivo del empleado, que se ventila en la discusión abierta de los miembros de la junta cuando lo trata además de ser la

situación de postergación sólo transitoria hasta la próxima calificación, donde si el actor ha corregido las cuestiones exhortadas puede revertir lo hoy planteado.

A fs. 36 la parte actora contesta traslado dando cuenta de que la postura contraria a la propuesta se ha tomado en análogos precedentes por esta Cámara.

A fs. 48/59 se dispone rechazar la excepción de falta de agotamiento de vía administrativa.

A fs. 66 se desiste de prueba y se declara de puro derecho.

A fs. 67/68 la demandada contesta traslado y pone en conocimiento una nueva situación al presente juicio.

Como primera cuestión al actor Cabo Primero MEZI TYLER EDUE por haberse reunidos la Junta de Calificación Policial, en sesión extraordinaria que se llevó a cabo el día 11-10-2011, mediante acta N° 1 lo declaró por unanimidad apto para el ascenso por lo que se le otorgó el ascenso retroactivo al grado que actualmente ostenta (cabo primero) a partir de enero de 1998, por encuadrar su situación en lo estipulado por el art. 1° del Dec. 679/11 y por mayoría apto para el ascenso al grado inmediato superior (sargento) a partir del 1-1-2004. Que no resultó evaluado al grado de Sargento en los períodos calificativos 1999/2000, 2001/2002, por haberse encontrado comprendido en los términos del art. 8° inc. k del Dec. 1646/87. Al registrar actuación administrativa en trámite que concluyera con el dictado de la Res. 3256/00 “JEF” (no relacionado y apto) y Res. 796 “JEF” (veinte días de arresto policial), mientras que en el período calificativo 2001/2002 por imperio del art. 8 inc. f del Dec. 1646/87 por exceso de sanciones disciplinarias. Para el próximo ascenso deberá acreditar la aprobación del Curso de Perfeccionamiento Jerárquico para Sargentos, para lo cual va a ser convocado para realizar el mismo en el Ciclo Lectivo 2012. Que notificado de ello el 11-11-2011 y de los términos para presentar recurso se dio por legalmente enterado.

Como segunda cuestión señala que el actor reconoce que se cumplen las pretensiones esgrimidas al inicio de la litis, pero subsidiariamente plantea la inconstitucionalidad de “párrafos del Dec. 697”. Acepta pero rechaza cuestiones de la norma que no le permiten acceder a las diferencias en su salario en cada uno de los tramos de su nueva situación jerárquica (retroactivo)

Como tercera cuestión destaca que ninguno de los actos administrativos que postergaron en el tiempo hasta la aplicación del Dec. 697 fueron nulificados por lo que las consideraciones articuladas en el libelo presentado no corresponden.

En los considerandos del decreto en cuestión se dice que: en la resolución de todos los

recursos precedentes, se ha dictaminado jurídicamente la no procedencia de reclamo alguno, en concepto de diferencias salariales ante el hipotético caso en que la Junta de Calificación Policial promueve el ascenso, en razón de que el reclamante no posee mayor responsabilidad y obligaciones que las que corresponde en su actual cargo. Que los dictámenes del Ministerio de Gobierno y de la Fiscalía de Estado rechazan en distintos expedientes la pretensión de abonarle el retroactivo, con fundamento en que no corresponde abonar remuneraciones por funciones no desempeñadas, es decir que recién ahora se le da el grado de Sargento al actor, lo que significa que el desempeño en tal grado no tuvo los derechos y obligaciones del mismo, por lo que no lo hace acreedor a recibir retribución retroactiva alguna.

En cuanto al título inconstitucionalidad dice que el actor ataca los párrafos del Dec. 697 del PE en las cuestiones narradas a las diferencias salariales, dice que en el ejercicio del STJ en materia de inconstitucionalidad es jurisdicción originaria y de apelación para conocer y resolver acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las normas que estatuyen y que se controviertan por parte interesada. Refiere al juicio de inconstitucionalidad. Y concluye que de los fundamentos de la CP y la Ley de Procedimientos deduce que: a) el actor no ejerció su derecho a la acción de inconstitucionalidad de las Acordadas que ataca al momento de su promulgación para lo cual no necesitaba lesión actual; y b) el actor puede atacarla después de transcurrido los 30 días pudiendo hacerlo en jurisdicción pero para la acción necesita lesión actual a su patrimonio.

El planteo es que el actor, al no presentar pruebas de las diferencias (liquidaciones) y que de esos servicios fueron cumplidos retroactivamente en función de la responsabilidad en cada una de esas jerarquías, carece de lesión concreta (daño actual), no hay agravio de inconstitucionalidad concreto porque se razona en abstracto y no existe forma de probar cómo incide en el caso su situación, porque no ha aportado nada. A fs. 70 se presentan los Dres. Francisco Lopez Raffo y María Emilia Soria como gestores procesales de la Provincia de Río Negro.

A fs. 73 la parte actora pide pasen a resolver, llamándose a fs. 80 autos para dictar resolución definitiva.

CONSIDERANDO: Dos son los reclamos puntuales que se hacen en este contencioso administrativo:

1-la anulación por arbitrarias de las resoluciones 1424 “JEF/10” y 3844 “JEF/10” a fin de que se condene a la Policía de Río Negro para que lo promueva retroactivamente a

Cabo Primero a partir del 1-1-2004 y a Sargento a partir del 1-1-2007;

2-que al frenarle el derecho a la carrera policial, reclama “los mejores sueldos no percibidos” dentro de las categorías que hubieran correspondido en caso de habérselo promovido.

I-RECLAMO DE NULIDAD: La anulación de las Resoluciones 1424 “JEF/10” y 3844 “JEF/10” ha devenido abstracta al momento de dictar sentencia, toda vez que la propia información del accionante al introducir “hecho nuevo” a fs. 61/65 informa que la Junta de Calificaciones Policiales le otorga ambos ascensos con retroactividad.

Que lo hace por unanimidad para ser promovido a Cabo Primero a partir del 1 de enero de 1998 y por mayoría como apto para el ascenso al grado inmediato superior de Sargento a partir del 1-1-2004.

En ambos casos la fecha a partir de la cual hacen valer la retroactividad en la Resolución Administrativa es superadora de la pretendida al demandar pues en el primer caso (Cabo Primero) pidió que lo fuera a partir del 1-1-2004 y en el segundo (Sargento) desde 1-1-2007. De suerte tal que expedirse en relación a ello sería inoperante, toda vez que arribada la decisión administrativa, en el sentido esperado por el aquí accionante, purga los vicios que se le adjudicaron a las originarias resoluciones dictadas bajo N° 1424 “JEF/10” y 3844 “JEF/10”, promoviéndolo a los cargos pretendidos.

II.- RECLAMO DE DIFERENCIA DE HABERES- ANTECEDENTES JURISPRUDENCIALES SOBRE LAS POSICIONES EN RELACIÓN AL TEMA:

Derivado de lo dicho en el capítulo anterior, como bien lo señalara a fs. 66 bajo el nuevo contexto mantiene el pedido de que el Tribunal se expida sobre la eventual procedencia de los haberes a título retroactivo, dejando planteada a fs. 65 la inconstitucionalidad de “los párrafos del considerando del Decreto 696” en cuanto refiere a que se ha dictaminado jurídicamente la no procedencia de reclamo alguno en concepto de diferencias salariales ante el hipotético caso en que la Junta de Calificaciones Policiales promueva un ascenso, en razón de que el reclamante no posee mayor responsabilidad y obligaciones por un cargo que nunca ejerció.

En tal sentido la demandada refiere que se trata de dictámenes del Ministerio de Gobierno y de la Fiscalía de Estado que rechazan en distintos expedientes, la pretensión de abonarles el retroactivo, pues el desempeño en el grado al que accede no tuvo los derechos y obligaciones del mismo, impositivo de hacerse acreedor a la retribución por el cargo. Así pues al no presentar pruebas de las diferencias (liquidaciones) y de que

esos servicios fueron cumplidos en función de la responsabilidad de cada una de esas jerarquías, carece de lesión concreta (daño actual) y por ende no hay agravio de constitucionalidad puntual porque se razona en abstracto.

Al igual que lo dijera en el escrito de contestación de demanda, entiende que el reconocimiento retroactivo de las categorías no importa sin más el devengamiento de los salarios respectivos por la inexistencia de concreto desempeño y en tanto el fundamento de la mayor remuneración está directamente ligado a la mayor responsabilidad y obligación. Que se trata de una posición jurídica consolidada desde hace largo tiempo en el Derecho Administrativo que se expresa –en términos más generales- en la regla según la cual no procede el pago de salarios caídos por el período en que el agente fue ilegítimamente dado de baja, salvo supuestos específicamente reglados y que ello no supone un enriquecimiento indebido para la Administración porque no hubo de parte del agente, prestación de servicios que la justifique.

El precedente “VICTORIANO, NELSON GERARDO c/ PROVINCIA DE RÍO NEGRO (JEFATURA DE POLICÍA) s/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO” (Expte.Nº 2CT-22.552-10; Sentencia Definitiva del 28/12/2012), dictado por el Tribunal que integro, aunque sin mi intervención, sino con la de los Dres. Diego Jorge Brogгинi, María del Carmen Vicente y Carlos Larroulet, desarrolla las posturas habidas en torno al tema de fondo que nos ocupa, pues una fue la asumida por este cuerpo y otra la que se sostuvo en el STJRN al fallar en 29-4-2014 en las mismas actuaciones.

Para simplificar, he de señalar sucintamente que el primer voto del Dr. Brogгинi, al que adhirieron los Dres. Vicente y Larroulet, en lo referido a la ilegitimidad de la decisión por la que se deniega administrativamente al actor el derecho al cobro de los haberes correspondientes a las categorías a las que fue retroactivamente promovido concluyen en que:

-El derecho al ascenso, inherente al concepto de carrera administrativa constitucionalmente reconocido y protegido por normas del máximo rango (arg.art.16 de la Constitución Nacional y art.49 de la Constitución de la Provincia de Río Negro), no puede ser escindido de uno de sus componentes esenciales, cual es el también derecho al efectivo cobro de los haberes asignados a las categorías a las que se ascendió por corresponder en función del mérito ponderado por la propia autoridad pertinente y para lo cual, frente a ciertas particularidades como las de aquél caso, análogas a las del que aquí ocupa, no obsta el hecho de no haber ejercido efectivamente la función inherente a cada uno de los mayores cargos al efectivamente retribuido, ni ergo sus

concernientes responsabilidades.

-Que son derechos esenciales del personal policial en actividad el de acceder "...al cargo correspondiente a la jerarquía alcanzada y a las aptitudes demostradas en los distintos aspectos de la función policial..." (cfr.art.32, inc.c, de la Ley N° 679 del Personal Policial de la Provincia de Río Negro) y el de "..los ascensos que le correspondieren, conforme a las normas de la reglamentación respectiva..." (inc.l), también lo es el de la "...percepción de los sueldos, suplementos y demás asignaciones, que las disposiciones vigentes determinen para cada grado, cargo y situación...".

-Que de dicha norma ni de ninguna otra alguna resulta positivamente reglada la situación de no percepción de los haberes en tales condiciones, máxime en supuestos donde la inhabilitación que fue obstáculo para los ascensos no aparece atribuible por causa alguna al ascenso.

-Que el ascenso suele estar unido a una mejora salarial, a lo que suma -según el caso- el prestigio personal y profesional que implica ocupar determinados cargos, además de motivarlo en su trabajo. De ahí que se trata del derecho a ascender, dentro de la jerarquía administrativa, a través de unos cauces objetivados de promoción que le permitan, a lo largo de su vida profesional, tanto la consolidación de mejores retribuciones como el acceso irreversible a más cualificados puestos de trabajo.

-Que para la organización constituye un medio legal para contar con personal capacitado.

-Que el esquema o plan de carrera pasa a ser un elemento estructural o esencial en las relaciones de empleo.

-Que si el temperamento que hizo primar la Jefatura de Policía pasó por no hacer perdurar en el tiempo el agravio originado en la postergación para la promoción que se extendió a lo largo de prácticamente diecisiete años, receptando el criterio de la Junta de Calificaciones en cuanto a que no fue automático sino que se basó en las condiciones evaluadas del agente que justificaron la propuesta mayoritaria de ascenderlo sucesivamente a los grados de Cabo Primero, Sargento, Sargento Primero y Sargento Ayudante, es claro que la decisión queda a mitad de camino si el "derecho fundamental" así reconocido es desprovisto de un elemento constitutivo esencial, tal es el cobro de las mayores remuneraciones que corresponden a los cargos superiores que a resultas de aquélla evaluación le fueron asignados.

-Que el particular que pone su fuerza de trabajo a disposición de un emprendimiento privado y el agente o funcionario que participa de la prestación de un servicio o

quehacer público, conjugan ambos el verbo trabajar.

-Que el criterio que postula la ausencia obligación de pago de las diferencias salariales "...porque no pude pagársele por un cargo que no ejerció y que encuentra entre sus fundamentos, mayor remuneración a la mayor responsabilidad...", soslaya que existen ciertas situaciones en las que, a influjo del principio protectorio que ampara todo tipo de relaciones laborales, sean privadas o públicas, por imperio del art.14 bis de la Constitución Nacional (vgr. "el trabajo en sus diversas formas gozará de la protección de las leyes") y las demás normas internacionales con jerarquía constitucional, cede el principio por el cual el derecho a la remuneración exige como ineludible contrapartida la prestación efectiva del servicio.

-Entre nosotros, fue Deveali quien clarificó esta cuestión, señalando que '\...el salario es la remuneración correspondiente al hecho de poner el trabajador sus energías a disposición del empleador; si el patrón no utiliza dichas energías, porque no puede o no quiere hacerlo, no por esto es exonerado de su obligación de abonar el salario. Si no se pierde de vista este principio -agrega-, resulta fácil determinar el fundamento de aquellas disposiciones que, con distinta amplitud, en los diversos ordenamientos legales, imponen al empleador la obligación de abonar al trabajador su retribución normal, también durante algunos períodos en los cuales está prohibido al mismo trabajar, o él se encuentra en la imposibilidad de hacerlo...\' (cfr. "Tratado de Derecho del Trabajo", Rubinzal - Culzoni Editores, 2005, Tomo III - La Relación Individual de Trabajo - II, pág.158 y ss.).

-Incluso referido al ámbito de la relación de empleo público, expresaba el maestro Miguel Marienhoff que por principio es necesario que el agente público preste efectivamente la función a efectos de adquirir el derecho a percibir la remuneración o sueldo que es su contraprestación, pues de no ser así el pago carecería de causa jurídica, pero que lo expuesto reconoce excepciones: a) cuando la falta de prestación de los servicios obedezca a supuestos contemplados en las normas; verbigracia, ciertos casos de suspensión del agente; licencias; vacaciones; b) cuando la no prestación del servicio no sea imputable al agente, sino a la Administración Pública.

-Las circunstancias que conducen a concluir en que al estar dados los presupuestos para la admisión de las excepcionales condiciones de los arts.3º del Código Civil y 17 de la ley 2938 para reconocer la retroactividad en el derecho por mérito a acceder a las jerarquías de ascenso, forzosamente ello debe serlo en todos sus aspectos, esto es -valga la reiteración- no sólo en el otorgamiento de los sucesivos cargos, sino también en orden

al cobro de la totalidad de las retribuciones (vgr. sueldos, suplementos y demás asignaciones) previstas para cada uno, durante los períodos en que en circunstancias regulares debió percibirlas, de consuno con el citado art.32 inc.f) de la ley 679.

- Por ende, se hace íntegro lugar a la demanda y en su mérito se ordena a la Provincia de Río Negro (Jefatura de Policía) el pago al actor de las diferencias salariales entre lo efectivamente percibido por la jerarquía de Cabo y lo que le hubiera correspondido por los cargos de Cabo Primero; Sargento y Sargento Ayudante, como así también que sobre las remuneraciones omitidas lo que se proyecta sobre las pertinentes obligaciones para con la Administración de la Seguridad Social (ANSeS).

Sin embargo la decisión fue revocada por el Superior Tribunal de Justicia, en Expte N° 26635/13-STJ; Sentencia Definitiva del 29/4/2014, donde se sentó doctrina sobre la tesis contraria, diciendo en resumida síntesis lo siguiente:

-La determinación que trasunta el artículo del acto administrativo por el cual "...no corresponde en este caso abonar la diferencia salarial, porque no puede pagársele por un cargo que no ejerció y que encuentra en sus fundamentos mayor remuneración a la mayor responsabilidad y obligaciones...", reposa en una postura jurídica, consolidada desde hace largo tiempo en el Derecho Administrativo, que se expresa -en términos más generales- en la regla según la cual no procede el pago de salarios caídos por el período en que el agente fue ilegítimamente dado de baja -léase, en este caso, diferencias salariales por el período en que el agente fue ilegítimamente privado de ascensos-, salvo supuestos específicamente reglados, y que ello no supone un enriquecimiento indebido para la Administración, porque no hubo de parte del agente, al margen -en su caso- de su buena voluntad, prestación de servicio que la justifique.

-La remisión del a quo a la Ley 679 del Personal Policial de la Provincia de Río Negro, particularmente a sus disposiciones generales sobre el derecho del agente público a los ascensos y las remuneraciones -art. 32, incs. c) y l)-, no permite detectar la existencia de una norma específica para ordenar el pago de diferencias salariales por funciones no desempeñadas, de suerte que no se advierte en concreto en el cuerpo normativo citado en la sentencia una norma que contradiga el referido principio general, a saber, que para habilitar el pago salarial, debe haber existido previa y efectiva prestación del servicio, y que para remunerar la categoría escalafonaria debe haber existido efectivo desempeño de ella.

-Esto no resulta una novedad, pues por el contrario, según una reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos 308:732; 313:473; 316:2922; 319:2507),

no corresponde como regla el pago de remuneraciones por funciones no desempeñadas durante el período que media entre la separación del agente público -aun dado ilegítimamente de baja- y su reincorporación, salvo disposición legal expresa y específica en contrario.

-Ese ha sido el criterio de la misma Alzada, en autos “Guzmán, Rubén E. y Otro c/ Municipalidad de San Carlos de Bariloche s/ Sumario s/ Inaplicabilidad de Ley” (Expte.Nº 25.995/12-STJ, SE Nº 98 del 12/10/2012).

-La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció en sentido análogo en las causas "Cuagliandolo, Antonio c/ Nación Argentina (Ministerio de Agricultura y Ganadería)"; "Alfaro, Carlos Alberto c/ Estado Nacional"; "Colombo, Edgar Gualberto c/ Universidad Nacional de la Plata"; "Cúneo, Alberto A. c/ Honorable Senado de la Provincia y Estado de la Provincia de Corrientes y otro"; "Lema, Gustavo Atilio c/ Estado Nacional - Ministerio de Justicia de la Nación"; "Gutiérrez, Pablo Eulogio c/ Gobierno de la Nación" y "Ristagno, Luis B. c/ Corporación del Mercado Central de Buenos Aires", de todos los cuales resulta que 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, máxime si no se han acreditado los perjuicios que el apelante pudo haber sufrido y que hubieran hecho necesario considerar la responsabilidad de la Administración, ya que no basta la ilegitimidad del acto de baja para acordar el reclamo por los salarios caídos.

-El mismo Superior Tribunal de Justicia tenía posición tomada respecto de tal criterio, desde el precedente de la causa “MABELLINI DE BECHER” (Se. Nº 144 del 08.10.91), en la que se reclamaban los “salarios caídos” como consecuencia de haberse dejado sin efecto la cesantía de una agente municipal previamente dispuesta en sede administrativa.

-De ese modo, el pago de diferencias salariales ordenado mediante la sentencia del a quo por categorías escalafonarias reconocidas retroactivamente resulta contrario al criterio de la Corte Suprema y de la Alzada local, según el cual no corresponde, como regla, el pago de remuneraciones por funciones no desempeñadas, salvo que exista disposición expresa y específica en contrario.

-No sólo no existe un supuesto específicamente reglado que habilite el pago de las diferencias salariales de que aquí se trata sino que, por el contrario, está vedado expresamente en el Decreto 697/2011, que dispone el tratamiento de ascensos del personal policial en actividad en forma retroactiva, tanto en los casos de absolución

penal y administrativa que en su momento hubiera sido causal de inhabilitación para los períodos calificativos alcanzados por las actuaciones disciplinarias como en los de sumarios administrativos por razones de salud no resueltos a la fecha de finalización del período calificativo y que a posteriori concluyeran relacionando la afección con el servicio. En efecto, en sus considerandos se lee: "...Que en la resolución de todos los recursos precedentes, se ha dictaminado jurídicamente la no procedencia de reclamo alguno en concepto de diferencias salariales ante el hipotético caso en que la Junta de Calificaciones Policial promueva un ascenso, en razón de que el reclamante no posee mayor responsabilidad y obligaciones que las que corresponde en su actual cargo...".

-Sin embargo, ello de ningún modo puede significar una afectación de la situación actual del actor, teniendo en cuenta que de las constancias de autos surge que, mediante Decreto 796/10, se dispuso su pase a situación de retiro obligatorio por invalidez relacionado con los actos propios del servicio, en función de lo cual se le concedió tal beneficio y se fijó su haber en el ciento por ciento (100%) de las asignaciones del cargo de Suboficial Principal bonificado un 15%. En consecuencia, el rechazo de las diferencias de haberes reclamadas queda al margen de los aportes previsionales ya realizados -o que fuera menester realizar- a los efectos de no provocar ningún perjuicio en su situación previsional actual.

Estimé necesario hacer un escueto desarrollo de toda la discusión que produjo "Victoriano", aunque al día de la fecha ya sea una mera anécdota, pues el reclamo del actor no han sido los daños y perjuicios en el marco de la acción civil sino por estricta omisión del pago de diferencias adeudadas en grados y retroactividades omitidas por falta de ascenso jerárquico superior, cuyo tratamiento, probados que fueran los perjuicios bien pudo haber sido distinto.

Ergo, como el fallo sustentado en los conceptos requeridos fue revocado por el Superior Tribunal de Justicia al hacer lugar al recurso extraordinario de ley interpuesto por la Provincia de Río Negro, con los argumentos esgrimidos, queda formulada la doctrina legal aplicable al caso (art. 43 ley 2340), a consecuencia de la cual se impone la denegatoria del ítem subsistente por el que se reclama la condena a la demandada al pago de los mejores sueldos no percibidos al frenarle el derecho a la carrera policial.

Siguiendo la misma línea propuesta por el Superior Tribunal de Justicia propicio que las costas de la instancia se impongan en el orden causado, habida cuenta que el actor pudo hallarse íntimamente convencido de contar con derecho a litigar como lo hizo (conforme art. 68, apartado 2do del CPCyC).

Los Dres. Maria del Carmen Vicente y Nelson Walter Peña, adhieren al voto precedente por los mismos fundamentos fácticos y razonamientos jurídicos.

Por todo lo expuesto, LA SALA II DE LA CAMARA DEL TRABAJO DE LA SEGUNDA CIRCUNSCRIPCION JUDICIAL CON ASIENTO EN ESTA CIUDAD;

RESUELVE:1) Declarar abstracto el tratamiento de la nulidad de las Resoluciones 1424 JEF/10 y 3844 JEF/10 por cuanto el tema fue purgado en el ámbito administrativo e informado por las partes previo al llamamiento de autos y rechazar el pedido de inconstitucionalidad planteada por las razones de que da cuenta el considerando;

2) Rechazar la pretensión de las diferencias salariales con carácter retroactivo por la promoción de TYLER EDUE MEZI a Cabo Primero a partir del 1 de enero de 1998 y a Sargento a partir del 1-1-2004.

3) Con costas por su orden y en razón de que no ha habido monto base de la pretensión se regulan los honorarios dando prioridad a la pauta rectora del art. 6 incs. b, c, d y f además de los tradicionales arts. 8, 9 y 10 de la ley 2212 en la suma de \$ 9.500,00 a la Dra. Susana Sánchez y \$ 1.000,00 al Dr. Néstor Palacios, dejando constancia que conforme lo dispuesto por el art. 15 de la ley K 88 de Fiscalía de Estado, en el texto reformado por el art. 17 de la ley 4739 (BO 16-02-2012) y lo decidido por esta Sala de la Cámara de Trabajo en la causa "Rojas Ricardo Rolando" en auto interlocutorio del 13-9-2013 no corresponde regular honorarios profesionales al Dr. Roberto Juan Vázquez. Regístrese, notifíquese y oportunamente cúmplase con la ley 869.

DRA. MARÍA DEL CARMEN VICENTE

Vocal de Trámite- Sala II

DRA. GABRIELA GADANO DR. NELSON WALTER PEÑA

Vocal - Sala II Vocal - Sala II

Ante mi:

DRA. MARIA MAGDALENA TARTAGLIA- Secretaria