

## Pretension Anulatoria

### JURISPRUDENCIA

### Pretensión anulatoria

Texto Completo: En la ciudad de La

Plata, a los diecinueve dí-as del mes de Mayo del año dos mil dieciseis, reunida la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, en Acuerdo Ordinario, para pronunciar sentencia en la causa "GARCIA MARCELO ALBERTO C/ FISCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES Y OTRO/A S/PRETENSION ANULATORIA - EMPL.PUBLICO», en trámite ante el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial La Plata (expte. N° -24701-), con arreglo al sorteo de ley, deberá observarse el siguiente orden de votación: Señores Jueces Dres. Claudia Angélica Matilde Milanta, Gustavo Daniel Spacarotel y Gustavo Juan De Santis. ANTECEDENTES 1.- Contra la sentencia de primera instancia que desestima la pretensión incoada (fs. 212/216), se alza la parte actora e interpone recurso de apelación (fs. 219/221). 2.- Sustanciado el recurso y contestado el memorial de agravios (v. fs. 225/228), elevada la causa, declarada la admisibilidad de la impugnación (cfr. res. de esta Cámara de fs. 231/231 vta.) y dictada la providencia de autos, corresponde plantear y votar la siguiente CUESTIÓN ¿Es fundado el recurso de apelación deducido? En consecuencia: ¿Qué pronunciamiento procede dictar? VOTACIÓN A la cuestión planteada, la Dra. Milanta dijo: I- 1.- El juez de primera instancia dicta sentencia por la que resuelve 1) desestimar la acción contencioso administrativa promovida por el Sr. Marcelo Alberto Garcí-a, D.N.I: 13.616.125, contra la Provincia de Buenos Aires -Ministerio de Seguridad, 2) imponer las costas en el orden causado, regulando los honorarios del Dr. Martí-n Botassi en la suma de pesos ocho mil (\$ 8000) con más el 10% de aporte previsional a cargo de la actora, (arts. 1, 10, 16 y, 44 inc. "b» segundo párrafo del Decreto Ley 8904/77 y, arts. 12 y 21 de la Ley 6.716) y, por último, 3) eximir a las partes del pago de la Tasa de Justicia y contribución sobretasa. Respecto del actor, en virtud de contar con el beneficio de litigar sin gastos previsto en la Ley 12.200 y, respecto de la demandada, por aplicación del artículo 330 inciso 1° del Código Fiscal. 2.- Para así- decidir, efectúa en primer término la reseña de los antecedentes de la cuestión, puntualizando que el accionante reclama una compensación económica por las licencias anuales no gozadas en los últimos 20 años, señalando que si bien en su demanda no individualiza los períodos reclamados, del cuerpo del escrito postulatorio y del reclamo administrativo que diera origen al acto impugnado en autos, puede advertirse que el objeto de la acción versa sobre las licencias anuales que le han sido denegadas por razones de servicio, tal como manifiesta la accionada. De esta manera, considera que la cuestión central traída a debate se dirige a determinar si le corresponde al Sr. Garcí-a el reconocimiento del derecho al pago de compensaciones por las licencias anuales no gozadas a lo largo de su carrera policial, motivadas en razones de servicio y, consecuentemente, la legitimidad del acto denegatorio, para lo cual procede analizar la normativa legal aplicable al caso. En este orden, examina el decreto n° 3.326/04, reglamentario de la Ley 13.201, de aplicación para el personal de las Policías de la Provincia de Buenos Aires, indicando que, conforme surge de su artículo 76, las licencias anuales ordinarias deben cumplirse dentro del período anual que las genera y, vencido éste, el agente perderá el derecho a gozarlas. Asimismo, con sustento en doctrina judicial del Máximo Tribunal local, expresa que el sentido de la ley es el goce efectivo de las vacaciones, a efectos de permitir que el trabajador recupere sus fuerzas físicas y morales consumidas durante el cumplimiento de las obligaciones que le impone el año laboral. En virtud de lo expuesto, y con independencia de la orfandad argumental en la cual considera que incurre el acto impugnado, el magistrado sostiene que la cuestión central versa en dilucidar si la Administración le negó al actor la posibilidad de hacer uso de sus licencias anuales por razones de servicio, para luego debatir si le corresponde una reparación económica por tal motivo. Tras analizar los antecedentes del caso, aduce el magistrado que el derecho del actor a usufructuar la licencia anual no fue denegado, sino sólo aplazado en el tiempo por razones justificadas y que, por lo tanto, no le asiste razón al pretender una reparación económica, en tanto no se advierte un obrar ilegítimo de la Administración, máxime cuando no existen constancias de que hubiese vuelto a requerir la licencia con posterioridad a la fecha indicada (28-X-2.005), así- como tampoco que la Administración se la hubiera denegado nuevamente. Por ello, el hecho de que el agente, disponiendo de su derecho a usufructuar su licencia, no lo haya efectuado, no puede implicar sin más una reparación económica debida por la administración. A mayor abundamiento, expresa el juez a quo que los precedentes aportados por el demandante, (expedientes administrativos De Mier y Borello, obrantes a fojas 83/196 de la causa judicial), difieren del presente caso por ostentar una plataforma fáctica distinta a la planteada en autos y que, por consiguiente, la Administración no está obligada a resolver de la misma forma. Por las razones esgrimidas, el iudex desestima la pretensión incoada imponiendo las costas en el orden causado. II. Contra ese pronunciamiento, se alza la parte actora mediante recurso de apelación (v. fs. 219/221) expresando agravios que, en lo sustancial, se reseñan seguidamente. En este sentido, critica el fallo de instancia por considerar que el juez de grado se aparta de las constancias de la

causa, abocándose únicamente a un caso puntual en que se aplazó su licencia, pero desconociendo que los días que el actor efectivamente no gozó de ese beneficio fueron 146, comprendidos entre los años 2.004 y 2.009, y que ello no ha sido negado por la demandada. En esta línea, sostiene que no es justo privar al agente de su derecho al descanso anual y no indemnizarlo, sustentando lo expuesto con el dictamen de la Dirección de Asuntos Jurídicos que, en el aludido precedente De Mier, cita al caso "Borello». De igual modo, refiere a las causas "Marschitz» y "Sampayo», todas de este Tribunal de Alzada, donde se concedió el derecho a obtener indemnización sustitutiva por las licencias ordinarias anuales no usufructuadas por razones de servicio. En suma, procura la revocación del pronunciamiento de grado y el reconocimiento del derecho invocado. III.- Sustanciada la impugnación, contestado el memorial de agravios (fs. 225/228) y declarada su admisibilidad (cfr. Resolución de esta cámara de fs. 231/231 vta.), corresponde tratar los fundamentos de la pieza recursiva. IV.- Anticipo que el embate no ha de prosperar, pues la sentencia no exhibe error de juzgamiento, ni el recurso tampoco lo acredita. Así-, resulta aplicable al sub-lite la solución alcanzada en precedentes de similar configuración, donde no se acreditaban los presupuestos fáctico-jurídicos para acceder al resarcimiento (cfr. causas N° 9172, "Spanalovsky», sent. del 21-X-2.009; N° 9694, "Gervasi», sent. del 9-II-2.010; N° 10.394, "Odello», sent. del 6-V-2.010, N° 14.957 "Ibáñez», sent. del 29-V-2.014), en contraste con otros antecedentes en los que se presentaban los recaudos de la ley aplicable para el progreso del reclamo patrimonial sustitutivo, algunos de los cuales fueron mencionados por el recurrente (causas N° 6130, "Sampayo», sent. del 23-XII-2.008, N° 12.454, "Álvarez», sent. del 15-III-2.012, N° 12.400, "Borello», sent. del 15-III-2.012 y N° 12.594 "Marschitz», sent. del 24-IV-2.012) Básicamente, con arreglo a la normativa que rige el caso (ley 13.201 y su decreto reglamentario), no es de recibo posible la pretensión referida a períodos de licencia no usufructuados, anteriores al año del cese, en razón de no constatarse la específica situación para ello, apoyada en las siguientes exigencias: ausencia de goce de licencias por razones imposterables de servicio, acreditación de la no pérdida del derecho a su uso una vez vencido el período anual respectivo, sea demostrando la suspensión o interrupción y omisión en fijarse un nuevo período, o el haberse reclamado el goce de las mismas con posterioridad al vencimiento. Ninguno de estos extremos -pautas que, con sus matices, aparecen en los distintos regímenes estatutarios que rigieron durante los años invocados (v. arts. 10 inc. "m» y 53 ley 8.269; arts. 44 de la ley 13.201 y 76 y 77 del decreto 3.326/04; asimismo decreto N° 1.766/05)- se advierte configurado en el caso, conforme será analizado. En este aspecto, este tribunal ha entendido, en sentido contrario al aducido por el recurrente, que el acceso a una compensación patrimonial de las vacaciones no gozadas, al momento del cese, se ve delimitado respecto de aquellas que no pudieron ser usufructuadas, encontrándose vigente a ese entonces la posibilidad de su goce en especie (cfr. causa 9.172 cit., a contrario causa 12.400 cit.). 2.- En tal contexto, procede aclarar que, según surge de las actuaciones administrativas, la fecha de cese que determina la normativa aplicable al caso en relación a la cuestión planteada, es el 10-XI-2.009, momento en que se retiró de la fuerza, mediante Resolución 78.983, ostentando una antigüedad de 32 años. Por lo tanto, a ese tiempo se hallaba en vigor la ley 13.201 y su decreto reglamentario 3.326/04, con arreglo a las disposiciones del decreto N° 1.766/05. Así- también, corresponde puntualizar que el resarcimiento pretendido por el accionante lo es como compensación por lapsos de licencias anuales ordinarias no gozadas que -conforme indica el agente en su pieza recursiva- totalizan 146 días, referentes a los años comprendidos en el período 2.004/2.009 de la relación de empleo. No obstante, en concordancia con lo expresado por el juez a quo, de las constancias administrativas no se encuentra acreditado que el actor las haya solicitado oportunamente y que ellas hubieran sido denegadas por la demandada. En este entendimiento, cabe precisar que de la prueba rendida en la causa, en especial el expediente donde tramitara su reclamo y el legajo del actor, no surgen datos referidos a las circunstancias que impidieron el goce de las mentadas licencias objeto de sustitución patrimonial, con la única excepción que el día 28-X-2.005 el accionante solicitó su uso, correspondiente a dicho período por el plazo de treinta días, la que fue aplazada por razones de servicio, indicándose expresamente que podría ser usufructuada a partir del 6-XI-2.005 (v. fs. 37 de autos). Asimismo, formulada la petición en sede administrativa (el día 15-IX-2.010, v. fs. 1 a 3 vta. del expte. adm. 21.100-984.755/10 agregado sin acumular) luego que se hubiera acogido al retiro móvil ordinario, la autoridad resolvió rechazar el reclamo -junto al de otros efectivos- mediante Resolución 3.317, en fecha 16-VIII-2.011 (v. fs. 33/33 vta. del expte adm. cit) en la inteligencia que, a falta de una reglamentación del pago de compensaciones en el régimen legal en ese momento vigente (ley 13.201 y su decreto reglamentario), la solicitud resulta improcedente. Por otra parte, si bien -como alega el apelante-, surge de la contestación de la Jefatura Distrital, emitida en fecha 1-X-2.010, así- como del informe de la Oficina de Legajos y antecedentes, que el agente gozó la última licencia anual en fecha 10-II-2.009 (en un total de 16 días) restándole una segunda fracción de 29 días; en dichas constancias, se manifiesta expresamente que no obran actos denegatorios de aquel beneficio por razones de servicio u otras causales (v. fs. 10/11 y 16 del expte adm. cit.). Como será analizado, dejando a salvo que no se encuentra vedada la posibilidad de proveer una compensación patrimonial pese a no hallarse contemplada en forma expresa por la ley de marras (cfr. causa 12.594 cit. y sus citas), lo cierto es que, en este caso, por los motivos que se vienen mencionando, no se acredita la concurrencia de las condiciones que permitan al recurrente revertir los argumentos esgrimidos por el

juez de grado. 3.- A fin de continuar con el tratamiento de los embates, corresponde delimitar el marco normativo aplicable que rige el sub lite, en su parte pertinente. El Estatuto del Personal de Apoyo de las Policías de la Provincia de Buenos Aires, decreto N° 1766/05, en su artículo 54, reconoce el derecho a la licencia anual. Luego, por el artículo 58 se dispone que: "El Poder Ejecutivo determinará el monto de los sueldos, suplementos, viáticos, becas, horas extraordinarias y compensaciones, cuidando de mantener proporcionalidad con los lineamientos salariales que se dispongan para el personal de las Policías de la Provincia, Leyes 13.201 y 13.202...». Asimismo, se prevé que hasta tanto se dicte su reglamentación "...será de aplicación supletoria el Decreto 3.326/04 -reglamentario de la Ley 13.201- y sus modificatorias, en la medida que no resulte incompatible con los principios rectores del presente Decreto» (art. 92 decreto N° 1.766/05). El mencionado decreto N° 3.326/04 establece la obligatoriedad de la licencia anual, la posibilidad de interrumpirla por razones de servicio y, en dicho caso, la fijación de una nueva fecha dentro del período anual de vacaciones (arts. 76 y 77). De acuerdo a estas últimas disposiciones: "El Personal de las Policías de la Provincia de Buenos Aires con más de doce (12) meses de antigüedad continuada, gozará de un período de licencia cada año calendario con goce íntegro de haberes... La licencia ordinaria será para descanso anual y tiene el carácter de obligatoria, no podrá ser acumulable ni deducirse días de esta licencia por concepto alguno. Podrá ser fraccionada en no más de dos períodos en el año, debiendo transcurrir entre ellos no menos de noventa días. Igual período deberá transcurrir entre dos licencias anuales. A los fines del cómputo del período de licencia anual correspondiente se considerarán, además de los sábados y domingos, los días no laborables y feriados establecidos en tal carácter por las leyes nacionales y/o leyes o decretos provinciales» (art. 76, cit.); por otra parte "La licencia ordinaria anual puede interrumpirse por razones imperiosas del servicio. En este caso, la autoridad que lo dispuso fijará una nueva fecha para la continuación de la licencia dentro del período anual de vacaciones. También puede interrumpirse por enfermedad, duelo o accidente del agente. En este caso, desaparecida la causa de su interrupción el agente continuará el uso de su licencia, en forma inmediata aun cuando haya vencido el período anual de vacaciones. Se considera período anual de vacaciones, el que comienza el 1 de noviembre del año anterior y termina el 31 de octubre del respectivo año. Vencido el período anual de vacaciones el agente perderá el derecho de hacer uso de la licencia o de los días que faltaren para completarla, excepto en el caso de las licencias suspendidas por razones de servicio, enfermedad, duelo o accidente, las que podrán continuarse aún vencido el período de otorgamiento de las mismas» (art. 77 cit.). De lo expuesto se deduce que el régimen aplicable, si bien no prevé expresamente la compensación dineraria por vacaciones anuales no gozadas por razones de servicio, tal como sucedió en el ordenamiento anterior (decreto ley 9.550/80 (art. 116) -luego derogado por el decreto N° 1.766/05- y su reglamentación), tampoco la excluye (cfr. doctr. causa 12.694 cit. y sus citas). Posteriormente, similar criterio al originario, en el sentido de incluir la regulación expresa, sigue la ley 13.982 del Personal de las Policías de la Provincia de Buenos Aires (art. 45 y su reglamentación arts. 44 y 81 decreto N° 1.050/09). 4.- Ahora bien, del análisis de la normativa aplicable al sub examine, surge que el régimen del Personal Policial prevé que las vacaciones deben ser gozadas anualmente, tal es el caso de las licencias suspendidas por razones de servicio y, en dicho supuesto, se dispone la fijación de una nueva fecha dentro del período anual de vacaciones (arts. 76 y 77, decreto n° 3.326/04). En el caso, en el decreto N° 1.766/05 y su reglamentación, como se dijo, no se encuentra previsión especial enderezada a sustituir por una indemnización las licencias no gozadas, no obstante lo cual, como se apuntara, en el marco de los principios que rigen la relación de empleo (arts. 14 y 14 bis, Const. Nac.; 39 inc. 3°, Const. Prov.; art. 16, Cód. Civil) ello sería factible (en tal sentido, voto del Dr. Spacarotel en la causa N° 12.400 cit. al que adherí-), en la medida que se hallen satisfechos los extremos normativos vigentes, situación que no puede verificarse en autos. En efecto, en la presente causa, no surge que el actor hubiese requerido el goce de la licencia, como tampoco su denegación por razones indispensables del servicio y en virtud de las funciones a su cargo, no acreditándose entonces una plataforma fáctica que pudiese servir de respaldo a la procedencia del reclamo indemnizatorio a la fecha del cese. En este sentido, cabe precisar, tal como expresa el iudex en el considerando V, que el día 28-X-2.005 el accionante solicitó el uso de licencia anual correspondiente a dicho período, por el plazo de treinta días y que ella fue postergada por razones de servicio, indicándose que podría usufructuarse ocho días después; es decir, a partir del día 6-XI-2.005 (v. fs. 37 de autos) y que, a su vez, durante el año 2.009 gozó de dieciséis días de licencia anuales, sin que existan registros de que los restantes días se le hubieran denegado por razones de servicio (v. contestación de la Jefatura Distrital e informe de la oficina de Legajos y Antecedentes obrantes a fs. 10/11 y 16 del expte administrativo 21.100-984.755/10, anteriormente citados). De esta manera, si bien en otros precedentes, (vgr. causa N° 12.454) se hizo mérito del valor de principio general que informa a la temática bajo examen, de las vacaciones pagas, que debe considerarse comprendida en los derechos derivados de cualquier vínculo laboral (conf. arts. 14 y 14 bis, Const. Nac.; 39, Const. Prov.; 27 inc. 2°, ley 10.430; ley 20.744 y disp. concs.), y justifica por ende un temperamento de exégesis extensiva para responder a una situación que se reporta con prórroga del derecho en especie por razones de servicio (conf. art. 16, Cód. Civil) (cfr. voto del Dr. De Santis, al que adherí-), lo cierto es que, en el supuesto que ventila la causa, no se acredita esa circunstancia que sería necesaria, tanto más, considerando que el objeto del reclamo se refiere a algunos períodos anteriores a

la fecha del cese en su carrera, que fueron detallados, en la pieza recursiva, como comprendidos dentro de los años 2.004/2.009.

5.- Cabe pues concluir que, a diferencia de aquellos antecedentes que versaban sobre el acceso a la indemnización sustitutiva de las vacaciones no gozadas pero vigente el derecho en especie -indispensable presupuesto para su sustitución patrimonial-, en el sub-lite, la pretensión del accionante implica volver sobre la totalidad de las licencias anuales ordinarias durante los años invocados, consumadas bajo la vigencia de los diferentes marcos estatutarios, sin acreditarse, siquiera, el haber formulado algún reclamo de su parte a fin de mantener el derecho a su goce, una vez vencido el año respectivo. De lo expuesto deriva que, en el régimen especial aplicable, reseñado precedentemente, la posibilidad de acceder a las vacaciones con posterioridad al período correspondiente, se presupone en la interrupción de su usufructo por la autoridad, en virtud de razones impostergables o imperiosas de servicio. De allí -que es necesario que se mantenga esa situación de acceso para proveer la compensación económica, ya por no ser viable la fijación de una nueva fecha o no ser factible su disponibilidad a requerimiento del empleado; en suma, por no poderse gozar de las mismas al devenir el cese en el servicio. A lo dicho se ha de añadir que tampoco ha logrado demostrar el accionante, ni el a-quo se expide concretamente al respecto, que se hubiese conservado la posibilidad de gozar de las licencias anuales una vez vencido cada uno de los períodos pertinentes, con arreglo a las disposiciones estatutarias en cada caso vigentes, a fin de ser computadas al momento de la finalización de la relación de empleo. En mérito de las razones esgrimidas, corresponde rechazar el recurso interpuesto y confirmar la sentencia desestimatoria, con costas de la instancia en el orden causado. IV.- Por los fundamentos expuestos, procede desestimar el recurso de apelación deducido, confirmando la sentencia de primera instancia en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas de la instancia en el orden causado (arts. 1, 12, 51 inc. 2 -texto según ley 14.437-, 55, 56, 57, 58, 59 y conchs., CPCA). Así -lo voto. A la misma cuestión planteada, el Dr. Spacarotel adhiere a los fundamentos y solución propuesta por la Dra. Milanta, votando en idéntico sentido. A la cuestión planteada, el Dr. De Santis dijo: Adhiero al primer voto. Coincido pues en que, en el escenario de las normas aplicadas, la ausencia de acreditación de las circunstancias que le impidieron al actor el goce de las licencias reclamadas, luego de ser suspendidas por razones de servicio, dota al caso de los contornos singulares bajos los cuales lo perfila la intervención que me precede. Esa falta de justificación es la que conduce mis razones en dirección a la adhesión al criterio de solución que provee la Dra. Milanta en su intervención (conf. causas CCALP n° 9172, CCALP n° 9694 y CCALP 10.394). Así -lo voto. De conformidad a los votos precedentes, la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo con asiento en La Plata, dicta la siguiente SENTENCIA Por los fundamentos expuestos en el Acuerdo que antecede, se rechaza el recurso de apelación interpuesto por la parte actora y se confirma la sentencia de primera instancia en todo cuanto ha sido materia de agravios, con costas de la instancia en el orden causado (arts. 1, 12, 51 inc. 2 -texto según ley 14.437-, 55, 56, 57, 58, 59 y conchs., CPCA). Por su actuación profesional en segunda instancia, regúlense los honorarios del letrado, Dr. Martí-n Botassi, en la suma de pesos un mil seiscientos (\$ 1.600,00), cantidad a la que se deberá adicionar el 10% y el IVA en caso de corresponder (arts. 12 inc. "a» y 16, ley 6716 y modif.; 10, 15, 31, 44, 54, 57 y conchs., dec.-ley 8904/77). Regí-strese, notifí-que-se y devuélvase al juzgado de origen oficiándose por Secretarí-a.

008212E