



NEUQUEN, 9 de mayo del 2017.

Y VISTOS:

En acuerdo estos autos caratulados: "**SABELLA FABIAN RICARDO C/ INSTITUTO DE SEGURIDAD SOCIAL DE NEUQUEN S/ ACCIÓN DE AMPARO**", (EXP N° 509590/2017), venidos en apelación del JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA EN LO LABORAL NRO. 6 a esta **Sala III** integrada por los Dres. Fernando Marcelo **GHISINI** y Marcelo Juan **MEDORI**, con la presencia de la Secretaria actuante Dra. Audelina **TORREZ** y, de acuerdo al orden de votación sorteado, el **Dr. Ghisini** dijo:

I.- A fs. 81/84 vta., luce Resolución que declara inadmisibile la acción de amparo deducida a fs. 64/80.

Para así resolver la a quo considera: "...sin perjuicio de no ser necesario el agotamiento de las otras vías administrativas, en el caso de autos el actor impugna el acto en sede administrativa, encontrándose sin resolución dicha impugnación, y paralelamente inicia el amparo. Es decir, al no encontrarse resuelto dicho recurso, no habría un acto firme y lo es a instancia de la parte actora, lo que impide analizar a mi entender la arbitrariedad e ilegalidad del mismo, toda vez que no resulta "manifiesta, ni actual".

Contra la citada Resolución apela la parte accionante a fs. 85/89.

II.- Sostiene que la sentencia parte de una errónea premisa, al establecer que al haber recurrido su parte en sede administrativa la Disposición N° 2684/16, ello resulta letal para la acción instada en sede judicial, al no tener carácter firme la resolución lesiva de los derechos del amparista.

Refiere, que el cuadro clínico del señor Sabella hace que su vida penda de un hilo, ya que la disposición en crisis reconoce una incapacidad del 66% pero le rechaza el otorgamiento del beneficio previsional por invalidez, por lo



que debió ser recurrida. Cita jurisprudencia en apoyo de su postura.

En relación al rechazo de la cautelar, mediante la cual se peticiona que no se afecte el salario del señor Sabella, que conforme Decreto Ley 1853/58, en forma inminente será reducido al 50% por su empleador, la Provincia de Neuquén.

Pide que se mantenga inalterable la situación de hecho y de derecho del señor Sabella, y que su empleadora se abstenga de reducir sus haberes y el cese de la licencia por enfermedad, mientras se resuelva la acción intentada, y en caso de rechazarse la misma, mientras se sustancie todo el agotamiento de la vía administrativa y su posterior acción ordinaria a los fines de obtener el beneficio de la jubilación por invalidez del actor. Cita jurisprudencia.

Hace reserva del caso federal.

III.- Ingresando al tratamiento de la cuestión traída a estudio, diré que, tal como lo he propiciado en otras oportunidades, el amparo es un remedio excepcional, de carácter restrictivo, reservado para aquellas cuestiones de suma urgencia que requieran un tratamiento especial y que no tenga designada para su tramitación otra vía de índole judicial o administrativa destinada a tal fin.

Vale decir, que en el caso concreto los agravios no pueden prosperar teniendo en cuenta, entre otras cosas, el criterio que viene sosteniendo esta Sala en reiteradas oportunidades, (PS-2006-Nº87-TºII-Fº332/334; PS-2006-Nº1-TºI-Fº1/5; PS-2006-TºII-Fº261/264, entre otros), en relación al carácter restrictivo con el que debe interpretarse la viabilidad de este remedio procesal.

Cabe expresar, que sin perjuicio de la razón o sin razón del planteo efectuado por el amparista, esta vía no es la elegida para propiciar una solución adecuada al conflicto planteado, máxime cuando el propio accionante ha



reconocido la existencia de otras vías alternativas por medio de las cuales correspondería se siga tratando la problemática planteada a los fines de arribar a una solución.

Siguiendo con el lineamiento expuesto, puedo afirmar con total convicción que esta acción debe reservarse para aquellas situaciones en las que no existen otros medios legales o cuando aun existiendo éstos, peligraría la concreción del derecho que se pretende tutelar.

Dentro de este límite es que debe encarrilarse el planteo efectuado. Tal es así que aún ante la existencia del hecho denunciado por el amparista -a mi entender- no corresponde buscar su solución a través del amparo bajo el entendimiento que éste medio es el **"más rápido y eficaz"**, pues ello no puede servir de pretexto para obviar el resultado -pendiente de respuesta- del trámite administrativo encauzado. Una interpretación contraria desvirtuaría -sin lugar a dudas- el objetivo que se ha tenido en miras al implementarse esta vía, repito, de carácter excepcional, logrando así su ordinarización.

Advierto que la materia introducida por el recurrente en procura de la solución del conflicto planteado a través del procedimiento de amparo, es palmariamente inadmisibles pues se trata de una temática de índole previsional por invalidez que en el caso debe necesariamente ser continuada -al haber sido recurrida la Disposición N° 2684/2016- por la vía administrativa y/o en su caso judicial, con las eventuales medidas cautelares que estime corresponder.

Por otra parte el amparo, no obstante la reforma constitucional, sigue siendo un proceso excepcional contra un acto en que la arbitrariedad o ilegalidad se perfila notoria, inequívoca, incontestable, cierta, ostensible, palmaria, todo lo cual no se presenta en el caso de marras.

Debo destacar, que aun teniendo en cuenta el nuevo artículo 43 de nuestra carta magna, incorporado en la



reforma del año 1994, o a nivel provincial, el artículo 59 de la Constitución Provincial, sigue en plena vigencia lo dispuesto en el art. 3- 3.1. de la Ley N° 1981, en cuanto dispone que: "La acción no será admisible cuando: 3.1 Existan otros procesos judiciales o procedimientos administrativos que permitan obtener la protección del derecho o garantía, salvo que a criterio del juez ellos resulten, en la circunstancia concreta, manifiestamente ineficaces o insuficientes para la inmediata protección".

De allí que, la acción de amparo, a pesar de los artículos constitucionales mencionados, no ha dejado de ser una acción subsidiaria, viable sólo ante la inexistencia de otra vía que posibilite el adecuado resguardo del derecho invocado.

Interpreto, que el remedio intentado queda reservado a los supuestos en que existe arbitrariedad o ilegalidad manifiesta y, además, las vías ordinarias carezcan de idoneidad para otorgar al justiciable una tutela judicial efectiva del derecho invocado.

En tal sentido la Jurisprudencia ha dicho: La acción excepcional de amparo sólo es utilizable contra actos administrativos que adolezcan de arbitrariedad manifiesta, y en los cuales el desconocimiento de los preceptos legales pertinentes por parte de la autoridad administrativa sea lo suficientemente claro e inequívoco como para imponerse per se de manera palmaria, sin necesidad de un debate detenido o extenso habida cuenta que el carácter sumarísimo del trámite es inherente a la naturaleza del amparo. Si esta exigencia no se cumple, en razón de que el caso planteado -por su índole- reclama un más amplio examen de los puntos controvertidos, corresponde que éstos sean juzgados con sujeción a las formas establecidas al efecto" (CNFed, Sala II, Cont-adm, 29/9/975, ED 65-233). No surgiendo que el acto impugnado adolezca de arbitrariedad manifiesta, es improcedente la vía de amparo



promovida. TSJ NQ, TS 92 RSI-230-84 I 20-10-84 COLEGIO FARMACEUTICO DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN Y OTROS s/ RECURSO DE AMPARO MAG. VOTANTES: FABANI-BARBA-OLCESE-MACOME-SILVA ZAMBRANO.

"El amparo únicamente procede para la tutela inmediata de un derecho constitucional violado en forma manifiesta; es inadmisibile, en cambio, cuando el vicio que compromete garantías constitucionales no resulta con evidencia y la dilucidación del conflicto exige una mayor amplitud de debate y prueba. Este criterio no ha variado con la sanción del nuevo art. 43 de la Constitución Nacional pues, en lo que aquí importa, el nuevo texto reproduce el art. 1º de la ley 16.986, imponiendo idénticos requisitos para su procedencia formal". (LDT. Autos: PRODELCO c/ PEN s/ amparo. Tomo: 321 Folio: 1252 Mayoría: Nazareno, Moliné O'Connor, López, Vázquez. Disidencia: Abstención: 07/05/1998).

"La vía del amparo no es apta para enervar los efectos de una resolución de autoridad competente dictada en ejercicio de facultades legales, siendo inadmisibile cuando la intervención judicial impediría o perturbaría el ejercicio de facultades privativas de los otros poderes del Estado. Por lo demás, es requisito ineludible para la procedencia del amparo, tanto la ilegalidad o arbitrariedad manifiesta del acto lesivo, como el agotamiento o inexistencia de otras vías aptas para dar respuesta al reclamo efectuado." (LDT. Autos: LUNA, Luis Miguel c/ CIUDAD AUTONOMA DE BUENOS AIRES s/ AMPARO - N° Sent.: 217525 - Civil - Sala F - 15/04/1997).

Conforme el desarrollo hasta aquí efectuado, surge de manera palmaria que el amparo no puede ser visto como una vía ordinaria más, a los fines de encaminar reclamos calificados de urgentes, pues el legislador ha previsto procedimientos concretos y cautelares destinados a evitar que la solución en tales casos sean de imposible cumplimiento.



Aun cuando por su naturaleza el amparo sea un trámite más expedito que aquellos procedimientos previstos para tramitar ciertas causas, entiendo que ello de manera alguna justifica el empleo de esta vía excepcionalísima.

En efecto: aún con antelación al inicio del procedimiento administrativo, el peticionante cuenta con la posibilidad de solicitar -sin necesidad de agotar la vía administrativa- medidas cautelares de corte anticipatorio con resultado similar al buscado en esta causa.

En función de lo hasta aquí expuesto, considero que la vía del amparo resulta inadmisibles al no haber planteado ni acreditado en el caso concreto, cuál era la urgencia que provocó que a escasos días de haber planteado el recurso administrativo contra la Disposición N°2684/2016 y la presentación del amparo.

Párrafo aparte merece la reiteración del pedido de la medida cautelar, y al haber sido solicitada contra un tercero que no es parte en los presentes, cabe su rechazo conforme fuera resuelto en la instancia anterior.

En consecuencia, por las razones expuestas, propiciaré al Acuerdo que se rechace el recurso de apelación interpuesto por la parte actora, confirmándose el fallo de grado en todo cuanto ha sido materia de recurso y agravios.

Así voto.

El Dr. Medori dijo:

I.- Que habré de propiciar la confirmación de la resolución que rechazó in límine la presente acción de amparo, estimando oportuno integrar al voto que antecede el siguiente análisis para justificar la decisión.

II.- Que la materia traída a resolución evidencia al actor postulando la nulidad de la Disposición N° 2684/16 del Instituto de Seguridad Social del Neuquén (fs. 50) que rechazó su solicitud de Jubilación por invalidez, denunciando la ilegalidad y arbitrariedad en la conducta de la



demandada, para concluir en la petición de que se le ordene que la conceda por reunir los requisitos previstos en la Ley N° 611, y de manera cautelar mientras tramita la causa.

Reseña todos los antecedentes y tratamientos recibidos que avalan su incapacidad absoluta e irreversible para desarrollar labores habituales, en diagnóstico totalmente consolidado luego que la Junta Médica le asignara el porcentaje del 66%; informa que desde hace más de dos años no ha evidenciado mejorías que permitan prever que en un futuro se reviertan las secuelas del ACV.

Cuestiona que se caracterice de transitoria dicha incapacidad en base al art. 40 de la Ley 611, normativa que en el caso que se considere aplicable, ataca por inconstitucionalidad y no aplicable.

Que se encuentra en una situación de extrema vulnerabilidad, atento a que se han cumplido más de dos años de tratamiento médico, por lo que la merma del 50% de sus haberes es inminente, conforme lo prevé el art. 62 del Dec. Ley 1853/58, destacando el carácter alimentario aquellos, y que no se puede poner en riesgo la subsistencia de quien depende de él; que goza de la protección constitucional del art. 14 bis; que de otra forma se vería obligado a reincorporarse a sus actividades laborales para preservar la integridad de su salario y subsistencia, con el consiguiente peligro de exponer su ya delicado y complejo estado de salud a un detrimento mucho peor.

Que además de información relacionada con el diagnóstico y tratamientos recibidos, el actor aporta como documental el instrumento por el que con fecha 28 de diciembre de 2016 apeló la citada Disposición N° 2684/2017 ante el Directo de Prestaciones de Jubilaciones y Pensiones del ISSN (fs. 51/53), y un informe médico pericial de parte emitido el 01 de febrero del año 2017 en el que se realizan consideraciones médico legales que avalan el gravísimo estado



de salud, la imposibilidad de desempeñar cualquier tipo de tareas remunerada, y le permiten tramitar la jubilación por invalidez, con citas de jurisprudencia que lo avalan (fs. 56/63).

Que la decisión de grado, si bien advierte que el art. 43 de la Const. Nacional no impone la conclusión del trámite administrativo para accionar por la vía del amparo, así como, que la viabilidad de esta acción está condicionada a que no exista otro medio judicial más idóneo, considera que el actor promovió esta acción mientras se encontraba sin resolver la impugnación que planteara con anterioridad ante el organismo provisional aquí demandado, es decir, que no habría un acto firme, tratándose de la condición que impide analizar su arbitrariedad e ilegalidad, toda vez que no resulta "manifiesta, ni actual".

Cabe recordar que, en regulación equiparable al art. 43 de la Const. Nacional, la Carta Magna Provincial en la materia establece en su art. 59 que: "Toda persona afectada puede interponer acción expedita y rápida de amparo en las modalidades que se prevean en la ley, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo que garantice una tutela judicial efectiva, contra todo acto y omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos o garantías reconocidos por esta Constitución, las leyes que en su consecuencia se dicten y la Constitución Nacional. Podrán también interponer esta acción en lo relativo a los derechos colectivos, cualquier persona, el Defensor del Pueblo y las personas jurídicas que propendan a esos fines. La acción de amparo puede interponerse mientras subsistan los requisitos exigidos en el presente artículo ...".

Y a su respecto, la Ley N° 1.981, conforme la reciente redacción dada por la Ley 3049, prescribe en su art.



1 que: "La acción de amparo, en sus aspectos de mandamiento de ejecución y prohibición, procede contra todo acto, decisión u omisión de autoridad pública que, en forma actual e inminente, lesione, restrinja, altere o amenace con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la Constitución de la Provincia del Neuquén; por las leyes que, en su consecuencia, se dicten; por la Constitución Nacional; y por los Tratados sobre Derechos Humanos con jerarquía constitucional, con excepción de la libertad individual tutelada por el habeas corpus".

Este concepto básico de la acción de amparo que reúne los recaudos esenciales de admisibilidad debe integrarse con lo estipulado en el art. 3 de la misma ley, que establece causales para su rechazo in límine, tales como la existencia de otros procesos judiciales o administrativos idóneos para la protección del derecho, que la determinación de la eventual invalidez del acto requiriese mayor debate y prueba que lo permitido por este procedimiento y que la demanda no se hubiera presentado dentro de los veinte días hábiles de haber tomado conocimiento.

Que constituye la premisa esencial de partida que, tal como ha sido previsto constitucionalmente, el amparo se ha establecido para aquellos casos en que la entidad de la acción u omisión estatal resulten palmariamente arbitrarias o ilegales, y que revistan gravedad -art. 43 CN, art. 59 CP- respecto al incumplimiento del presupuesto sustantivo de viabilidad previsto en el art. 1 de la ley 1981, y el adjetivo estipulado en el art. 3 de la misma norma; en tal sentido debe resultando inequívoca la pretensión acerca de la necesidad de recurrir a esta vía a los fines confrontar el ordenamiento jurídico aplicable para hacer efectivo del derecho, atento a que para su admisión no basta que lo decidido no resulte ajustado al ordenamiento jurídico o sea resultado de un razonamiento equivocado, sino que debe reunir los citados



requisitos que señala la ley, pues de lo contrario cualquier decisión que carezca de dicha adecuación habilitaría utilizar este remedio excepcional, con lo cual los restantes procesos, previstos legalmente, dejarían de tener vigencia y todo se dilucidaría por la vía del amparo.

Luego, esta acción no fue prevista para sustituir o reemplazar los demás medios ordinarios para la solución de las controversias, y si en aquellos supuestos en que se acredite ser más la vía más idónea de las existentes para la proteger un mismo derecho; y esa "idoneidad" procede asociarse necesariamente a la celeridad, porque existen otros supuestos en que lo es aquella que habilita una mayor amplitud de prueba y debate.

"El peticionante no debe probar el carácter subsidiario respecto del proceso ordinario. Debe demostrar el supuesto de hecho requerido por la norma, esto es, la idoneidad. De tal modo deberá presentar al juez una situación de urgencia tal, para la que la medida solicitada es el medio apto. La violación a que da lugar la acción debe ser manifiesta. Este requisito debe ser demostrado por el accionante, prima facie, y su falta de prueba autorizará al rechazo in límine de la acción". (...) "Mediante estos dos elementos de la subsidiariedad débil y la violación manifiesta se establecen límites que evitan la desnaturalización del instituto. No cabe caer en una "sumarización" total, generalizada, que sacrificaría valores o principios de rango superior (art. 18, Const. Nac.), ya que la Justicia requiere "siempre" de un tiempo propio, que si le es privado, produce consecuencias "irreparables" a los fines específicamente "de la justicia" (Ricardo Lorenzetti, "Las normas fundamentales de derecho privado"-Editorial Rubinzal Culzoni, pág. 298)

III.- Que considerando el marco fáctico y jurídico expuesto, el actor no ha aportado aquellos antecedentes que justifiquen la necesidad de eludir la vía



ordinaria del contencioso administrativo -que no le es desconocida a tenor de la profusa cita de jurisprudencia que realiza al apelar, fundamentalmente del Máximo Tribunal Provincial- ni demostrado que para hacer efectivo su derecho, el amparo constituye el trámite más "idóneo", en la consideración de que "la equiparación de la expresión más idónea a más rápida no condice ni con una interpretación gramatical (idoneidad es un término más amplio, más comprensivo que rapidez) ni con la interpretación sistemática (pues esto significaría que el amparo sólo sería desplazado por las medidas cautelares o por algunos sumarísimos excepcionales que se resuelven con una simple vista, prácticamente inexistentes en el ámbito del derecho público, quedando vacía de contenido la jurisdicción contencioso-administrativa...). ... Estoy convencida que la rapidez, la celeridad, es un aspecto fundamental a tener en cuenta (así lo demuestra el art. 43 que comienza refiriéndose al derecho a una vía rápida y expedita, intentando de este modo hacer efectivo el derecho concedido por el Pacto de San José de Costa Rica, incorporado a nuestra Constitución Nacional), pero no el único factor a considerar. Fundo esta conclusión en estos razonamientos: La rapidez se conecta estrechamente al recaudo del daño; pero también hay otros elementos (como la complejidad probatoria), vinculados al efectivo derecho de defensa en juicio, unidos al recaudo de lo manifiesto o notorio... En suma, todos los recaudos legales están imbricados, de modo tal que en cada caso deberá verificarse si, de acuerdo con la pretensión deducida y la complejidad (sobre todo, fáctica) de la cuestión, el amparo es o no menos idóneo que otra vía jurisdiccional".

En este sentido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostuvo: "En cuanto a la alegada inexistencia de otras vías procesales aptas que harían improcedente el amparo, cabe señalar que la mencionada existencia no es postulable en



abstracto sino que depende -en cada caso- de la situación concreta de cada demandante..." ("Video Club Dreams c/ Instituto Nacional de Cinematografía" Fallos 318:1161).

Que por ello, aún cuando coincida en que se impone ponderar el efecto que produce en el caso la circunstancia de que el actor haya interpuesto recurso ante la administración dirigido también a cuestionar el acto del organismo previsional; sin embargo, entendiendo que a partir de ello la juez de grado desarrolla otra argumentación cual es la falta de firmeza de la disposición, atento a que ello importa reeditar la exigencia de agotar previamente la vía en dicha sede, recaudo que la doctrina y jurisprudencia estimó eliminado a partir de que el art. 43 de la Const. Nac. califica de "expedita" a la acción de amparo.

Y es que, lo que tal proceder revela para el razonamiento, es que luego de admitir que su situación se retrotrae a aproximadamente dos años, el actor omitió verificar ni ofrece justificar, que menos de cinco días hábiles después de recurrir administrativamente el rechazo del beneficio provisional, aquella -situación- pudo haber variado en su perjuicio, o que sólo en sede judicial a través del proceso excepcional que insta, tenga la posibilidad de sustraerse a consecuencia que denuncia, cuando no son más que eventuales.

IV.- Que en conclusión, será siguiendo los argumentos expuestos que propiciaré la confirmación del rechazo in limine de la acción de amparo decretada.

Por ello, esta **Sala III**

RESUELVE:

1.- Confirmar la Resolución obrante a fs. 81/84 y vta., en todo lo que ha sido materia de recurso y agravios.

2.- Regístrese, notifíquese electrónicamente y, oportunamente vuelvan los autos al Juzgado de origen.



**PODER JUDICIAL
DE NEUQUÉN**

Dr. Fernando Marcelo Ghisini - Dr. Marcelo Juan Medori
Dra. Audelina Torrez - SECRETARIA