

Expte. N° 13-05718258-4, “García Méndez Daniel Ramón c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ Acción Procesal Administrativa”

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I.-Las constancias de autos

i.- La demanda

El Sr. Daniel Ramón García Méndez, interponen acción procesal administrativa contra el Gobierno de la Provincia de Mendoza, a fin de que se declare la nulidad de la Resolución N°275-S-2019 emitida por el Sr. Ministro de Seguridad de la Provincia de Mendoza, mediante la cual no se hizo lugar al pedido de promoción extraordinaria por acto Heroico y su consecuente Decreto N° 13/21 del Poder Ejecutivo Provincial de fecha 07 de enero de 2021, que rechaza en lo sustancial el Recurso Jerárquico interpuesto contra la mencionada Resolución y solicita el pago retroactivo de las diferencias salariales entre la vigencia de la resolución y hasta que V.E. así lo resuelva.

Expresa que las decisiones atacadas se encuentran afectadas de vicios graves que las tornan nulas al transgredirse derechos fundamentales al trabajo, a la promoción en la carrera, la protección al salario digno, la protección integral de la familia y a la seguridad social, especialmente protegidos por los arts. 14 y 14 bis de la C.N., art. 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 14 y 16 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros.

Relata que con fecha 05 de noviembre , siendo las 20.30 hs., sale a comprar algo para cenar, cuando advierte una discusión entre unos niños menores que jugaban en la vereda, entre los cuales se encontraba su hijo menor Bruno, con otros menores adolescentes que circulaban por la vereda en moto sin caso, con luces apagadas.

Refiere que los adolescentes amenazaban a los niños e insultaban a su vecino e hijo discapacitado, lo que generó una fuerte discusión, sumándose la madre de uno de los menores y otra vecina, por lo que decide intervenir para salvaguardar la integridad de sus vecinos y menores, diciéndole a su vecina que no valía la pena discutir, por lo que comienza a increparlo la

madre de uno de los adolescentes amenazándolo que le contaría lo ocurrido a su marido penitenciario y que “le iba a dar vuelta”; ante esa situación tomó a su hijo y se retiró a su casa.

Agrega que al poco tiempo le tocan el timbre y al abrir la puerta puede ver a la vecina que lo había amenazado junto a su esposo que lo pateaba brutalmente empujándolo dentro del garaje y continúa pateándolo junto con el hijo de su pareja, hasta que un vecino logra separar al agresor, Carlos Carrizo, a los minutos llega la policía y el Servicio Coordinado de Emergencias y lo trasladan a él y a su esposa al Sanatorio Fleming y al Hospital EL CARMEN, respectivamente, quedando los niños al cuidado de su madre.

Sostiene que de la paliza recibida resultó derivado a la clínica San Jorge para recibir tratamiento traumatológico, lesiones que resultaron verificadas por el médico de la Comisaría 36, instruyéndose la debida causa penal la que tramitó ante la Primera Cámara del Crimen.

Indica que como consecuencia de ese hecho inició acciones civiles contra el Sr. Carrizo, quien fuera sentenciado al pago de los daños y perjuicios ocasionados en los autos N° 4678 del Segundo Juzgado de Gestión Asociada y ante la Fiscalía de Instrucción N° 7 tramitó la causa n° 80.883/10 carat. en Averiguación Amenaza Simple en concurso real con lesione, resultando imputado y condenado el Sr. Carlos David Carrizo ante lo resuelto por la Primera Cámara del Crimen.

Destaca que el agresor es personal penitenciario dependiente del Ministerio de Seguridad del Gobierno y que lo denunció como funcionario policial, siendo absuelto por falta de mérito.

Menciona que a partir de fecha 01/11/2011, se le dio de baja ordinaria con derecho de haberes conforme art. 56 y 57 de la ley de Policía de Mendoza, por lo que hasta ese momento se encontraba bajo el Régimen Policial y la pérdida de su estado policial se produce por baja voluntaria, y no obligatoria por enfermedad y que de acuerdo a la normativa art. 199 inc. 1 y 200, corresponde la promoción extraordinaria por haber sido lesionado en forma permanente por incapacidad.

Sostiene que se puso en riesgo la integridad física de su grupo familiar por un acto considerado policial y no necesita hacer uso del arma reglamentaria para que el Ministerio de Seguridad lo evalúe como acto de servicio, dado que tal exigencia resulta un abuso de autoridad por parte del

Ministerio interviniente.

Relata que efectuado el reclamo administrativo resultó rechazado en todas sus etapas con nula valoración jurídica y afirmaciones livianas como que no actuó con valentía, intrepidez, arrojo y con peligro grave de perder la vida, sosteniendo erróneamente que se limitó a defenderse de un ataque, perdiendo de vista que el ataque sufrido tuvo su casusa en su conducta de salir a defender menores (entre ellos un discapacitado) jugando en la vereda al ser molestado y violentados por los hijos de la pareja del Sr. Carrizo.

Alega que su conducta se enmarca dentro de lo calificado por el art. 47 inc. 2 de la Ley Provincial N° 6722 y la entrega de un diploma de agradecimiento, no exime a la administración del cumplimiento de la normativa.

Arguye que se ha efectuado una mala interpretación de la correlación de los hechos como bases jurídicas para el rechazo, por lo que el acto adolece de falta de motivación, vicio grosero en el objeto, arbitrariedad al no concederle el ascenso por acto heroico para luego felicitarlo por la eficiente labor desempeñada y su vocación de servicio.

Denuncia afectación a su salario por la negativa de ascenso extraordinario lo que se agrava al acceder al beneficio y se contradice con los principios fundamentales especialmente protegidos en la C.N., como la protección al salario, el del trabajador como objeto de tutela preferente, progresividad, seguridad económica, *pro homine*, entre otros.

ii.- Contestación de demanda

A fs. 29/31 y vta. se presenta la Provincia de Mendoza, demandada, contesta y solicita el rechazo de la acción por las razones que expone.

Plantea en primer lugar la prescripción conforme lo establecido por el art. 38 bis del Decreto-Ley N° 560/73, dado que el hecho sobre el que se funda el pedido de promoción extraordinaria aconteció el 4 de noviembre de 2010 y el pedido de promoción fue realizado el 11 de abril de 2018, tal como surge de la nota 116/18 obrante a fs. 41 de las actuaciones administrativas.

Defiende la legalidad del acto por cuanto la actividad desplegada y las lesiones sufridas han sido declaradas ajenas al servicio,

resultando lesionado por un tercer, en un problema vecinal, aun cuando hubiera intentado con su conducta anterior evitar un daño a los menores, y se trata, en su caso dentro de las funciones habituales relacionadas con la prevención y represión del delito y de acuerdo a los deberes y obligaciones previstas en el art. 43 inc. 2,4 de la Ley N° 6722.

Afirma que ha habido en la tramitación respeto al debido proceso legal, se rindió información sumaria a fin de acreditar los requisitos exigidos; la Comisión Asesora de Reconocimientos Oficiales se expidió concluyendo que no correspondía la promoción por acto heroico, pero aconsejó se otorgara una felicitación por la labor desarrollada, lo que fue en definitiva resuelto en la norma cuestionada.

- Fiscalía de Estado en la presentación de fs. 35/38 se hace parte, constituye domicilio legal, manifiesta que además de adherir en todas sus partes a la contestación de la demandada directa, entiende que no se encuentran cumplidos los requisitos establecidos por el artículo 200 de la Ley 6.722 para otorgar el ascenso por promoción extraordinaria.

II- Consideraciones

i- Analizadas las presentes actuaciones, se advierte que en primer lugar corresponde abordar el aspecto vinculado a la prescripción opuesta por la demandada directa, quien sostiene que conforme lo establecido por el art. 38 bis del Decreto-Ley N° 560/73, el reclamo está prescripto dado que el hecho sobre el que se funda el pedido de promoción extraordinaria aconteció el 4 de noviembre de 2010 y el pedido de promoción fue realizado el 11 de abril de 2018, tal como surge de la nota 116/18 obrante a fs. 41 de las actuaciones administrativas, sin que consten en las actuaciones actos interruptivos o suspensivos del curso de la prescripción.

De las constancias del procedimiento administrativo surge que si bien el reclamo de promoción extraordinaria por acto heroico fue iniciado en 2018 por un hecho ocurrido en 2010, la autoridad administrativa dio curso al mismo, rechazando en lo sustancial el pedido de promoción extraordinaria por acto heroico pero otorgándole una Felicitación, mediante Resolución N° 0275 de fecha 23 de enero de 2019, confirmada por Decreto 13/2021, sin invocar ningún argumento relativo a la temporalidad del

reclamo y limitándose a resolver el fondo del planteo, reconociendo efectos jurídicos al hecho base del reclamo.

Tal circunstancia, a criterio de este Ministerio Público, impide hacer lugar en esta instancia, a la defensa de prescripción deducida por la demandada, conforme al principio de buena fe, incluido en el de buena administración, previsto en el inc. f acap. II art. 1 de la Ley 9.003 (cfr. autos N° 13-04569729-5, “Valle Farias, Juan de Dios Fernando y ots. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza p/ A.P.A., Sala I, de fecha 26/04/23).

ii- En lo sustancial, compulsadas las constancias de la causa, los expedientes administrativos venidos como AEV, los argumentos esgrimidos por las partes en litigio, los elementos de juicio incorporados y teniendo en cuenta el control jurisdiccional que ejerce V.E. respecto al obrar de la Administración Pública, este Ministerio Público Fiscal, considera que correspondería rechazar la acción intentada en atención a las siguientes consideraciones:

a- La pretensión del actor encuadra en la normativa que regula el Régimen policial que es la Ley N° 6722 modificada por las Leyes 7769, 8346 y 8848, la cual prevé un régimen de promociones en el Capítulo VII Carrera Policial, artículos 178 y siguientes, el que establece que el personal policial podrá ser promocionado a un grado superior al que detenía dentro de la escala jerárquica y que las promociones podrán ser ordinarias y extraordinarias, y que se concretarán mediante Decreto del Poder Ejecutivo de la Provincia a propuesta del Ministerio de Justicia y Seguridad (art. 178 y 179).

En concreto las promociones extraordinarias están previstas en los artículos 199 a 202, y pueden otorgarse por acto heroico o post mortem (art. 199); el artículo 200 determina que será considerado acto heroico, toda acción ejecutada por el personal policial con valentía, intrepidez, arrojo y con peligro grave e inminente de perder la vida, que tuviere por objeto preservar la vida o la libertad de sus semejantes o bienes de la comunidad.

Por su parte el artículo 201 refiere al ascenso post-mortem, y el artículo 202 dispone que “*los ascensos extraordinarios serán*

propuestos, previa informaciones sumarias, que demostraren fehacientemente el hecho que los hubiera promovido en el plazo máximo de diez (10) días de iniciados”.

Conforme a estas disposiciones, la promoción extraordinaria por acto heroico aparece como potestativa, salvo la post Mortem y V.E. así lo ha interpretado en numerosos precedentes en los que se dijo que la promoción es un acto discrecional (“Escudero”), más aún cuando la misma tiene carácter de extraordinaria como es el caso, ello por cuanto implica un procedimiento sumario previo y, una compleja evaluación y ponderación por parte de la autoridad administrativa, de ciertos elementos, circunstancias y requisitos que, sólo “demostrados fehacientemente” (art. 202), se tendrán por cumplidos y configurarán el acto heroico -acción ejecutada por el personal policial con valentía, intrepidez, arrojo y con peligro grave e inminente de perder la vida, que tuviera por objeto preservar la vida o la libertad de sus semejantes o bienes de la comunidad (art. 200)-, el que posibilitará que el personal policial sea propuesto para que luego su ascenso sea concretado (art. 179).

Asimismo se sostuvo que la jurisprudencia del Máximo Tribunal es concluyente en afirmar que el control de los actos primordialmente discrecionales encuentra su ámbito de actuación, por un lado, en el respeto de la legalidad, conformada por los elementos reglados de la decisión (entre los que cabe encuadrar, esencialmente, a la competencia, la forma, la causa y la finalidad del acto) y por otro, en el examen de su razonabilidad o ausencia de arbitrariedad. En ese orden, también se señaló que es la legitimidad (constituida por la legalidad y la razonabilidad) con que se ejercen las facultades discrecionales, el principio que otorga validez a los actos de los órganos del Estado y que permite a los jueces, ante planteos concretos de parte interesada, verificar su cumplimiento, sin que ello implique la violación del principio de división de los poderes que consagra la Constitución Nacional (Fallos: 315:1361; 319:1201; 320:2509; 331:735). En cualquier caso, el control judicial de la actividad administrativa en sus diversos campos, incluido el de la discrecionalidad, no puede traducirse en la sustitución de los criterios de oportunidad, mérito y conveniencia adoptados por el órgano competente, de conformidad con las pautas definidas por el legislador (Fallos: 343:990 v. voto Dr. Rosatti).

b. En este orden de ideas, se observa de la compulsión de los expedientes administrativos, que no que existe ilegitimidad e ilegalidad manifiesta en el obrar de la administración y en esta instancia no se acompañan pruebas o elementos de convicción que permitan afirmar con pleno convencimiento que el obrar de la administración fue irrazonable o contrario a derecho.

c- Las Resoluciones impugnadas se encuentran debidamente fundadas en la relación de los hechos y el derecho aplicable, con sustento en las pruebas colectadas, de las que surge conforme a los considerandos, que el accionar del reclamante no puede considerarse Acto Heroico, ya que no tuvo por objeto preservar la vida o la libertad de sus semejantes sino tan solo defenderse de los ataques directos hacia su persona de un vecino por problemas vecinales, sin hacer uso del arma reglamentaria, tampoco logró la aprehensión de un delincuente ni detener una tragedia o la comisión de un delito, ya que el mismo a prima facie se cometió y contra su persona exclusivamente.

En tal sentido, la Dirección de Asesoría Letrada a fs. 41 detalla que de los hechos narrados por el recurrente surge que su accionar se limitó a disuadir una discusión entre sus vecinos adultos y entre menores de edad, momento en el cual no se produce ninguna agresión que ponga en peligro la vida o libertad de los demás ciudadanos, por lo tanto no se encuentra configurado el acto heroico en cuanto su accionar no tuvo por objeto preservar la vida o la libertad de sus semejantes, en cuanto el menor discapacitado o su familia no estaban siendo víctimas de un delito.

d- Así, las meras discrepancias del actor, en cuanto a las valoraciones efectuadas por la autoridad administrativa, no resultan suficientes para nulificar el acto, máxime tratándose de un procedimiento extraordinario de promoción, que debe ser interpretado restrictivamente, ante hechos que exceden los exigidos para el cumplimiento del deber policial, por lo que se impone el rechazo de la demanda.

III.- Dictamen

A mérito de lo expuesto, este Ministerio Público Fiscal entiende que la demanda no puede prosperar, correspondiendo que V.E. rechace la acción, atento a las consideraciones expuestas en el acápite II.

Despacho, 26 de julio de 2023.