

Amparo Por Mora Recurso Jerarquico Reclamo Del Adicional Por Desarraigo Acto Administrativo

JURISPRUDENCIA

Amparo por mora. Recurso jerárquico. Reclamo del adicional por

desarraigo. Acto administrativo Se revoca la sentencia que admitió la demanda interpuesta por una agente contra el Instituto de Obra Social de Corrientes a fin de que se expida ante el reclamo de pago del adicional por desarraigo por ella realizado con fundamento en la distancia existente entre el lugar de prestación de servicios y su domicilio particular. Corrientes, 3 de marzo de 2015. ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar en autos? El Dr. Panseri dijo: I. Contra el pronunciamiento de la Sala IV de la Excma. Cámara en lo Civil y Comercial de esta ciudad que al desestimar el recurso de apelación interpuesto por el I.O.S.COR. confirmó la orden de pronto despacho para que se resuelva la presentación de la actora en el expediente administrativo 880-1040-2011 dentro del término de diez días de notificado, bajo apercibimiento de tener por agotada la instancia administrativa a los efectos del artículo 222 de la ley 3460, la obra social demandada interpuso a fojas 97/100 el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley venido a consideración de este Superior Tribunal. II. Para así decidir, sostuvo la Cámara que el amparo por mora se encuentra regulado por el artículo 216 y siguientes de la ley 3460 que prevé que la orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos fijados y, en el caso de no existir, si hubiere transcurrido uno que excediere a criterio del juzgador lo razonable sin haberse emitido dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. En ese marco se propuso analizar si en el caso se configura una demora de la Administración en expedirse ante el reclamo efectuado por la accionante. Advirtió que la accionante petitionó el 15 de febrero de 2011 el pago del adicional por desarraigo formándose el expediente administrativo 880-1040/11. Por resolución 2597 del 28 de abril de 2011 se denegó su petición, interponiendo contra ella recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio. Desestimado el primero por resolución 4419 del 13 de julio de 2011, se concedió el segundo, disponiendo su elevación al Poder Ejecutivo provincial. Posteriormente y una vez cumplidas las diligencias requeridas por el Fiscal de Estado, éste dictaminó aconsejando que se haga lugar al recurso interpuesto por la administrada, y que se le liquide y pague el adicional por desarraigo, girando las actuaciones al I.O.S.COR., las que fueron recepcionadas el 7 de marzo de 2012. Refirió que el dictamen del Fiscal de Estado fue motivo de una presentación por parte de los Asesores Letrados del I.O.S.COR., lo que motivó un nuevo dictamen recomendando que se imprima a la cuestión el trámite que fuera anteriormente por él auspiciado a fin de no perjudicar los derechos que le asisten a la recurrente en la dilación del procedimiento. Y con ese fin remitió nuevamente las actuaciones al organismo demandado para la elaboración del proyecto del acto administrativo, las que fueron recibidas en fecha 3 de diciembre de 2012. Y desde allí en adelante no se llevó a cabo ninguna actividad en el expediente administrativo referido a la solicitud de pago del adicional en cuestión. Consideró, de acuerdo al relevamiento realizado, que no recayó ninguna decisión respecto del requerimiento solicitado, coincidiendo con la decisión de la Jueza de grado, en el sentido de que al momento de iniciar el reclamo jurisdiccional el lapso de tiempo transcurrido había excedido lo razonable a la luz de lo establecido por el artículo 216 de la ley 3460, siendo procedente el amparo por mora administrativa. III. Se agravia el recurrente aduciendo que no existe mora de su parte, pues por resolución 2597 ya se expidió sobre la cuestión. Sostiene que la interpretación del inferior de que la cuestión se encontraba pendiente de resolución administrativa por haber sido devueltas las actuaciones al I.O.S.COR. por parte de Fiscalía de Estado para la resolución del recurso jerárquico que se hallaba pendiente, no fue propuesto en el escrito de demanda, y que la jueza de primer grado incurrió en incongruencia al fallar del modo en que lo hizo. Agrega que al estar pendiente de resolución el recurso jerárquico, el I.O.S.COR. nada tenía que hacer puesto que es competencia del superior, es decir del Poder Ejecutivo provincial. De tal modo que si existió mora no lo fue del ente autárquico sino del órgano jerárquico superior que no fue ni siquiera demandado. Reconoce que luego del dictamen del Fiscal de Estado, de acuerdo al artículo 35 de la ley 5883, debió sobrevenir el decreto del Poder Ejecutivo acogiendo o denegando el recurso jerárquico, siendo que la elaboración del proyecto del decreto corresponde a los Asesores de Fiscalía y no al I.O.S.COR. En otro orden de consideraciones y no obstante lo expuesto anteriormente, alega que la Sra. Dubarry formuló un nuevo planteo solicitando su traslado a la ciudad de Esquina y que ello ocasionó que el I.O.S.COR. retenga el expediente administrativo para resolver el pedido. Por esa razón, afirma, no devolvió el expediente al Poder Ejecutivo para el dictado del decreto que resolviera el recurso jerárquico. Y porque además el pedido de traslado reviste la naturaleza de previo y especial pronunciamiento respecto del pago del desarraigo, de tal suerte de que si es acogida su pretensión quedaría abstracto el pago de una compensación por desarraigo. IV. Efectuando el pertinente examen de admisibilidad del recurso, corresponde mencionar liminarmente que si bien este Superior Tribunal de Justicia en los autos caratulados: "Mancini Guido Cesar c. Ministerio de Hacienda y Finanzas de Corrientes s/ Amparo por Mora

Administrativa" (Sent. N° 50/07) declaró inadmisibile el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, ello obedeció a que el amparo por mora había sido rechazado por la ausencia de requisitos en orden a su procedencia. Ello así, pues el tema podía ser reeditado en otro juicio, aunque no ya dentro de un trámite similar a ese. Tampoco se invocó alguno de los supuestos de excepción como ser "gravamen irreparable" o "de dificultosa reparación ulterior" que posibilitaría de todas formas la apertura de ésta instancia extraordinaria. Ahora bien, en el presente caso al haberse hecho lugar a la acción de amparo por mora, quedó cerrada toda discusión ulterior acerca de la incursión en "mora" por parte del Instituto accionado, lo que nos coloca frente a una sentencia definitiva habilitante de los recursos extraordinarios, pues adquieren tal nota aquellas que, pronunciándose o no sobre los derechos básicos debatidos en un pleito, impiden toda discusión judicial ulterior sobre tales derechos. En ese sentido, la resolución impugnada genera un agravio al recurrente de imposible reparación ulterior, autorizando la apertura de esta instancia casatoria. V.

Determinada la admisibilidad de la vía incoada, considero necesario para una mejor comprensión de la solución que habré de propiciar, resaltar las contingencias relevantes de la causa: a) El 15 de febrero de 2011 la Sra. Angela Florencia Dubarry presenta una nota al I.O.S.COR. solicitando el pago del adicional por desarraigo previsto en el artículo 37 de la ley 4067, en razón de la distancia existente entre el lugar de prestación de servicios y el de su domicilio particular. b) Por resolución 2597 del 28 de abril de 2011 la petición le es denegada por el Interventor del I.O.S.COR., fundado en que el traslado a la ciudad de Esquina en el año 1996 se debió pura y exclusivamente a su voluntad y que luego, el traslado a la ciudad de Corrientes no se debió a razones de servicio, elemento requerido para la constitución del desarraigo, sino que respondió al cumplimiento de una orden judicial dictada por el Superior Tribunal de Justicia. Además no se comprobó que la agente registre su domicilio en aquella localidad. c) Contra esa decisión el 31 de mayo de 2011 la administrada interpone recurso de revocatoria con jerárquico en subsidio, que es rechazado por resolución 4419 del 13 de julio de 2011 y, a la vez otorgado el jerárquico en subsidio, de acuerdo al procedimiento previsto en el artículo 205 del Cód. de Procedimientos para la Provincia de Corrientes. d) El 18 de octubre de 2011 el Sr. Fiscal de Estado como medida previa solicita que se le remita el acto administrativo por el que se dispuso el traslado de la agente de la ciudad de Esquina a la ciudad de Corrientes; que informe además si en la estructura orgánica de la delegación de Esquina del I.O.S.COR. no está contemplado el cargo y función de Jefe de División; y finalmente que se adjunte por cuerda el expediente administrativo 880-8169/10. e) Una vez cumplidas con las diligencias requeridas, las actuaciones son giradas nuevamente a Fiscalía de Estado el 14 de diciembre de 2011. f) El 2 de marzo de 2012 el Sr. Fiscal de Estado dictamina sobre el fondo de la cuestión propiciando que el Ejecutivo a través del acto administrativo pertinente haga lugar al recurso jerárquico interpuesto, disponiendo la liquidación y pago del beneficio de desarraigo. Para arribar a esa conclusión considera que, de la sentencia dictada en los autos caratulados: "Dubarry Angela Florencia c. Estado de la Pcia. de Ctes. e Instituto de Obra Social de la Provincia s/ Demanda Contenciosa Administrativa", Expte. N° 22.716/03, surge que se condenó al Estado provincial a restituir a la actora en el cargo de Subtesorero y Jefe de División o en otro equivalente, manteniendo el sueldo y beneficio de que le correspondiera a ese carácter, más nada se dijo respecto al lugar de prestación de servicios, considerando que lo podía seguir ejerciendo en el lugar en que lo venía haciendo [Esquina], con la adecuación de sus haberes a los de Subtesorero y Jefe de División. Y si en cambio el I.O.S.COR. impuso el traslado a la ciudad de Corrientes, ello obedeció pura y exclusivamente a razones de servicio. Además considera "pueriles" los argumentos de que no se encuentre acreditado el domicilio de la agente en la ciudad de Esquina, toda vez que ello surge de las constancias de las actuaciones administrativas. Por tales motivos considera que se encuentran reunidos los extremos exigidos por el artículo 37 de la ley 4067 para la liquidación y pago del adicional por desarraigo, por cuanto el traslado fue dispuesto por la Administración por razones de servicio y fuera de su asiento habitual. g) El 06 de marzo de 2012 las actuaciones son enviadas nuevamente al I.O.S.COR., quién las recepciona al día siguiente, y motiva una especie de "réplica" por parte de los Asesores del Instituto demandado, quienes exponen las razones por las que no debe hacerse lugar al recurso jerárquico y solicitan al Sr. Gobernador que confirme el rechazo del adicional por desarraigo solicitado por Dubarry. h) Por disposición del Secretario Legal y Técnico de la Secretaría General de la Gobernación del 12 de septiembre de 2012, se remiten las actuaciones a Fiscalía de Estado "...para la intervención que pudiese corresponder...". i) El 15 de noviembre de 2012 el Sr. Fiscal de Estado se pronuncia nuevamente señalando, entre otras cuestiones, la irregularidad de la tramitación impresa por la Secretaría Legal y Técnica de la Gobernación, y también ratificando la pertinencia del adicional por desarraigo reclamado por la agente, pues reitera que la sentencia del Superior Tribunal nada expresó sobre el lugar en que debe prestar servicios la agente Dubarry, sino que se le debía mantener el sueldo y beneficios del cargo de Subtesorero y Jefe de División. El cumplimiento del fallo no exigía el traslado obligatorio a la casa central del I.O.S.COR. sino el reestablecimiento remunerativo, manteniéndose firme la resolución administrativa 127/96, por la que se dispuso el traslado a la ciudad de Esquina. j) El 30 de noviembre de 2012 el Secretario Legal y Técnico de la Gobernación, ordena la remisión de las actuaciones al I.O.S.COR. a fin de que "...tengan a bien elaborar el proyecto de acto administrativo correspondiente, de conformidad con lo dictaminado por Fiscalía de Estado...". k) El expediente administrativo fue recibido en

mesa de entradas del Instituto accionado el 3 de diciembre de 2013. Posteriormente se agrega una solicitud de traslado a la ciudad de Esquina por parte de la Sra. Dubarry por problemas de salud, habiendo dictaminado el Departamento Jurídico del I.O.S.COR. el 13 de junio de 2013, aconsejando su rechazo, luego nada más se dijo respecto del adicional en cuestión. VI. De lo brevemente reseñado corresponde determinar si existe o no mora por parte del Instituto demandado en la resolución del reclamo oportunamente realizado por la accionante para la procedencia de la acción intentada contra aquél órgano administrativo. En ese quehacer, no quedan dudas de las constancias del expediente administrativo que el pago del adicional por desarraigo reclamado por la agente Dubarry fue rechazado por el I.O.S.COR. y que disconforme, aquella recurrió esa decisión mediante el recurso de revocatoria con el jerárquico en subsidio conforme lo autorizan los artículos 197 siguientes y concordantes del Cód. de Procedimiento Administrativo local. El I.O.S.COR. mantuvo su decisión de no hacer lugar al recurso de revocatoria y con apego a la norma procedimental dispuso la elevación de las actuaciones al superior para el conocimiento y decisión del recurso jerárquico. Una vez elevadas aquellas al Ejecutivo provincial, se corrió vista al Fiscal de Estado para que dictamine de acuerdo a lo normado por el artículo 36 de la ley 5853. Así lo hizo, auspiciando el acogimiento del recurso y por consiguiente la revocación del acto administrativo recurrido, y sobre esa base, ordenó que se liquide y pague el adicional por desarraigo. Lo que debió sobrevenir era el dictado del acto administrativo por parte del Poder Ejecutivo provincial que acogiera o rechazara el recurso, pues si bien el dictamen del Fiscal de Estado es obligatorio, el mismo no es vinculante. Desde ese momento la cuestión quedó en estado de resolver, pues la presentación de un recurso administrativo suscita el deber del órgano competente para su resolución de pronunciarse en forma expresa, estimando o denegando la impugnación, sin embargo, como vimos, otro fue su destino. En efecto, una vez producido el dictamen, inexplicablemente se giran las actuaciones al Instituto de Obra Social y más sorprendente aún es la nota dirigida al Sr. Gobernador por parte de los Asesores Jurídicos del I.O.S.COR. quienes desairadamente expresaron su disconformidad con lo dictaminado por el Sr. Fiscal de Estado. Pero la cuestión no termina allí, sino que una vez que las actuaciones fueron nuevamente elevadas se corrió vista al Fiscal de Estado, quién se pronunció indicando las irregularidades en la tramitación del expediente dispuesta por el Secretario Legal y Técnico de la Gobernación; la improcedencia de los cuestionamientos realizados por los Asesores del I.O.S.COR; y ratificando la pertinencia del reclamo realizado por la Sra. Dubarry. La cuestión que podría haberse zanjado allí mediante el dictado del correspondiente acto administrativo por parte del Poder Ejecutivo provincial, no sólo que no sucedió, sino que el expediente volvió a bajar por orden del Secretario Legal y Técnico para que el I.O.S.COR. elabore el "proyecto de acto administrativo". Y desde entonces la decisión final quedó paralizada. Estas serias irregularidades que confirman la falta de compromiso de la Administración Pública en la resolución en tiempo oportuno de las cuestiones planteadas por los administrados, no son suficientes, sin embargo, para hacer lugar a la acción de amparo por mora. Más, deberán ser tenidas en consideración por parte del Ejecutivo provincial para una pronta resolución del planteo de la accionante. Explico por qué. Es incuestionable que la Sra. Dubarry se encuentra legitimada para accionar, toda vez que es parte en el expediente administrativo al haber solicitado al Instituto de Obra Social de la provincia el pago del adicional por desarraigo previsto en el artículo 37 de la ley 4.067, formándose el expediente administrativo 880-1040-11. Recuerda Barra, en este sentido, que es parte en un expediente administrativo la persona física o jurídica que invoque a su favor la existencia de un derecho subjetivo o un interés legítimo, ya sea que actúe como interesado originario o como tercero interviniente ("El amparo por mora de la Administración", ED, 59-797). Luego también se encuentra acreditada la mora en la resolución del recurso jerárquico, pues si bien la ley local no tiene un plazo específico para su resolución, a diferencia del artículo 91 del decreto reglamentario de la ley nacional, transcurrió un lapso que excede lo razonable, de conformidad con lo que prevé el artículo 216 del Cód. de Procedimiento Administrativo local. Sin embargo, no era el Instituto demandado el órgano que estaba obligado a expedirse, pues como bien lo expresa el recurrente, ya lo habían hecho oportunamente rechazando el recurso de reconsideración y ordenando elevar las actuaciones al superior para que se siga el trámite del recurso jerárquico. En ese orden de consideraciones, la autoridad administrativa que debió ser traída a juicio es la que tuvo que haber emitido el acto administrativo de que se trate, que en el caso no es otro que el Poder Ejecutivo provincial, pues éste era quién tenía a su cargo el deber de resolver el recurso en cuestión. En sentido coincidente señala Sagüés que el amparo por mora debe dirigirse hacia el órgano que ha omitido pronunciarse y que debe adoptar la decisión, y no hacia otro. En definitiva, agrega el autor, procede contra quien debe darle respuesta ("Acción de amparo", ed. Astrea, Bs. As., 2007, p. 605). Cassagne también refiere que el legitimado pasivo de un amparo por mora será la autoridad administrativa interviniente que se encuentre en mora en emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el administrado en su condición de parte de un expediente administrativo (Cassagne, Ezequiel, "El amparo por mora de la administración", LA LEY, 2010-E, 881). En base a las consideraciones expuestas y en caso de ser compartido por mis pares la solución que propicio, corresponderá hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto a fojas 97/100 y revocar la decisión apelada, para así rechazar la acción de amparo por mora interpuesta por la Sra. Angela Dubarry contra el Instituto de Obra Social de Corrientes. VII. En razón de cómo se resuelve el presente y teniendo en cuenta que la accionante pudo

razonablemente creerse con derecho a litigar, cabe hacer una excepción al principio objetivo de la derrota contenido en el art. 68 del CPCyC e imponer las costas en todas las instancias en el orden causado. Por ello; corresponde hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad interpuesto a fojas 97/100 revocando la sentencia apelada, para así rechazar la acción de amparo por mora interpuesta en causa. Costas por su orden. Regular los honorarios conjuntos de los Dr.es ... y ..., en el 30% de lo que se fije respectivamente en primera instancia, debiendo adicionarse respecto del primero el porcentaje que deberá tributar frente al IVA y el segundo en la condición de monotributista (artículo 14; ley 5822). El Dr. Chaín dijo: Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Eduardo Gilberto Panseri, por compartir sus fundamentos. El Dr. Niz dijo: Me permito disentir con la solución a la que arriban los Señores Ministros preopinantes, pues en base a los fundamentos que a continuación expongo, el acogimiento del amparo por mora se impone, debiendo rechazarse el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley venido a consideración. Por razones de brevedad y a fin de evitar repeticiones me remito a los puntos I al V del voto que antecede. Ahora bien, declarada la admisibilidad del remedio extraordinario y teniendo a la vista el expediente administrativo N° 880-1040-2011, cuyo fiel relato se encuentra detallado en el punto V del voto del Dr. Panseri, considero que el Instituto de Obra Social de la Provincia de Corrientes incurrió en mora siendo procedente la acción intentada por la Sra. Dubarry. En efecto, cierto es que una vez que hubo emitido el dictamen el Fiscal de Estado el trámite siguiente era el dictado del acto administrativo correspondiente por parte del Ejecutivo provincial. Luego, el derrotero que siguió el expediente administrativo sin que se expida la Administración no puede serle imputado al administrado, máxime cuando por disposición del Secretario Legal y Técnico de la Gobernación se ordenó al Instituto demandado la elaboración del proyecto de acto administrativo en base a lo dictaminado por Fiscalía de Estado y una vez cumplido debía remitirse nuevamente el expediente a esa repartición. Y ello no es un dato menor. En primer lugar, porque desde ese momento quedó en la órbita del I.O.S.COR. emitir un pronunciamiento, y si se consideraba incompetente así lo debió expresar, pues, como lo señala Sagüés, si el órgano que debe expedirse no es competente para hacerlo de todos modos debe pronunciarse declarándose incompetente o negándose a adoptar una decisión que no está en condiciones de tomar ("Acción de amparo", ed. Astrea, Bs. As., 2007, p. 605). En segundo, coincido con aquellos autores que consideran irrazonable exigirle al actor que investigue en que repartición se produjo la demora, toda vez que sabido es que en muchos casos el trámite del expediente administrativo es sinuoso y no siempre fácil de seguir (Cfr. SALGADO y VERDAGUER; "Juicio de amparo y acción de inconstitucionalidad", ed. Astrea, Bs. As., 2004, p. 291/292; y Agustín, "El dédalo administrativo en el amparo por mora de la administración", LA LEY, 1998-A, 295). Por lo demás se encuentra debidamente acreditado el transcurso de un tiempo razonable sin que se hubiera expedido el I.O.S.COR., razón por la cual, corresponderá rechazar el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley interpuesto, para así confirmar el acogimiento de la acción de amparo por mora interpuesta en causa. En cuanto a las costas, no encuentro mérito suficiente para apartarme del principio objetivo de la derrota, motivo por el cual, corresponde imponerlas a la recurrente vencida. Regulando los honorarios conjuntos de los Dr.es ... y ..., en el 30% de lo que se fije para el vencedor en primera instancia, debiendo adicionarse respecto del primero el porcentaje que deberá tributar frente al IVA y el segundo en la condición de monotributista (artículos 9 y 14; ley 5822). Así voto. El Dr. Semhan dijo: Que adhiere al voto del Sr. Ministro Dr. Eduardo Gilberto Panseri, por compartir sus fundamentos. En mérito del precedente Acuerdo el Superior Tribunal de Justicia dicta la siguiente: Sentencia N° 2 1°) Hacer lugar al recurso extraordinario de inaplicabilidad interpuesto a fojas 97/100 revocando la sentencia apelada, para así rechazar la acción de amparo por mora interpuesta en causa. Costas por su orden. 2°) Regular los honorarios conjuntos de los Dr.es ... y ..., en el 30% de lo que se fije respectivamente en primera instancia, debiendo adicionarse respecto del primero el porcentaje que deberá tributar frente al IVA y el segundo en la condición de monotributista (artículo 14; ley 5822). 3°) Insértese y notifíquese.

Eduardo Panseri Alejandro Chain Fernando Niz Guillermo Semhan. 013988E