

## Migraciones Rechazo De Residencia Y Expulsion Falta De Motivacion Nulidad Del Acto Administrativo

### JURISPRUDENCIA

Migraciones. Rechazo de residencia y expulsión. Falta de motivación. Nulidad del acto administrativo

Se confirma el fallo que hizo lugar a la acción y anuló la resolución de la DNM que denegó la residencia temporaria solicitada por el actor y dispuso su expulsión, ya que no se cumplió con el deber de motivación establecido en el art. 7, inc. e), de la ley 19549, al no fundarse la denegatoria de la dispensa por razones de reunificación familiar prevista en el art. 29 in fine de la ley 25871.

En Mendoza, a los 28 días del mes de agosto de dos mil diecinueve, reunidos en acuerdo los Sres. Jueces de la Sala ?A? de la Excma. Cámara Federal de Apelaciones de Mendoza, Dres. Manuel Alberto Pizarro, Juan Ignacio Pérez Curci y Alfredo Rafael Porras, procedieron a resolver en definitiva estos autos N° FMZ 35177/2015/CA1, caratulados ?SALVADOR VILLANUEVA, JULIO ENRIQUE c/ DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES s/ CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO VARIOS?, venidos a esta Cámara para resolver los recursos de apelación interpuestos a fs. 334 por la demandada y a fs. 335 por la actora, ambos contra la sentencia de primera instancia obrante a fs. 323/331 vta., la que se tiene aquí por reproducida. El Tribunal se planteó la siguiente cuestión a resolver: ¿Debe modificarse la sentencia apelada? De conformidad con lo establecido en los artículos 268 y 271 del CPCCN y los artículos 4 y 15 del Reglamento de esta Cámara, se procedió a establecer por sorteo el siguiente orden de estudio y votación: Vocalías N° 3, 1 y 2.

Sobre la cuestión propuesta, el Sr. Juez de Cámara Dr. Manuel Alberto Pizarro dijo: 1. Que la presente causa se inicia con una acción contencioso administrativa incoada por el Sr. Julio Enrique Salvador Villanueva contra la Resolución N° 1296 del entonces Ministerio del Interior y Transporte de la Nación (en adelante ?MIyTN?) por la cual éste confirmó la Disposición DNM N° 700 de la Dirección Nacional de Migraciones (en adelante ?DNM?), confirmatoria, a su vez, de la Disposición SDX N° 10391 de la Delegación Mendoza de la DNM que denegó la residencia temporaria solicitada por el actor y dispuso su expulsión. El Sr. Juez de primera instancia hizo lugar a la acción y anuló la Resolución N° 1296 del MIyTN por entender que no se cumplió con el deber de motivación establecido en el art. 7 inc. e) de la ley 19549 toda vez que, a su juicio, no se fundó la denegatoria de la dispensa por razones de reunificación familiar prevista en el art. 29 in fine de la ley 25871. En consecuencia, mandó dictar nuevo acto administrativo conforme a la sentencia. Contra esta decisión se alzaron ambas partes. 2. Que la demandada apeló la sentencia a fs. 334 y expresó agravios a fs. 345/351. En primer lugar, criticó a la sentencia en crisis por haber dado un erróneo alcance al deber de motivación. En esta dirección, adujo que la DNM motivó correctamente el acto impugnado en el hecho de que el actor ha sido condenado a las penas de un año por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de Mendoza como autor de portación de documentos falsos y de tres años por el Tribunal Oral en lo Criminal Federal N° 1 de La Matanza como coautor de asociación ilícita en concurso real con defraudación a la Administración Pública. Es decir -continuó la recurrente, la denegatoria responde al criterio objetivo de la existencia de penas, lo cual constituye motivación más que suficiente. Como segundo agravio, alegó que el único vínculo acreditado para solicitar la dispensa por razones de reunificación familiar fue su concubinato con la Sra. Carmen del Pilar Acosta, lo cual no resulta suficiente -según la demandada para justificar la dispensa atento a la gravedad y monto de las condenas penales. En relación a los otros vínculos familiares alegados por el actor, sostuvo que el embarazo de su concubina y el nacimiento de sus hijas nunca fue probado en sede administrativa. A su vez, dijo que la radicación de su madre tampoco fue demostrada y que el vínculo con sus hermanos no genera derecho a reunificación familiar. Acto seguido, señaló que el otorgamiento de la dispensa es excepcional y constituye una facultad discrecional para la Administración. Por ello, concluyó que ella no está obligada a otorgarla. A partir de esas premisas, consideró que debe fundamentar el acto administrativo cuando da la dispensa de la expulsión pero no cuando la deniega. En otro orden de ideas, alegó que la actora no probó los extremos alegados para solicitar la dispensa por reunificación familiar. Concretamente, adujo que no se acreditó que conviviera junto a su familia, ni la relación afectiva y espiritual con los menores, ni que sea el sostén económico, más allá de que esta circunstancia por sí sola no genera el derecho a permanecer en el país. Como tercer agravio, refirió que la sentencia de grado incurre en una suerte de retroactividad judicial debido a que se excedió del marco de lo sometido a su conocimiento. Puntualmente, argumentó que el tribunal fundó la dispensa en los vínculos con un hijo menor y con su madre, lo cual estaba vedado al Magistrado porque no había sido probado en sede administrativa. En la misma línea de pensamiento, arguyó que es inadmisibles la motivación contextual y la motivación ?ex post facto?, que implica modificar los motivos del acto original por motivos posteriores, pues la competencia jurisdiccional está limitada a lo debatido en la instancia administrativa en virtud de lo normado por el art. 89 de la ley 25871. Finalmente, hizo reserva del caso federal. 3. Que la actora apeló a fs. 335 y expresó agravios a fs. 340/343 vta., criticando la

imposición de costas. En primer término, sostuvo no debía resolverse sobre ellas hasta tanto se resuelva el beneficio de litigar sin gastos que se encuentra pendiente, en virtud de lo dispuesto por el art. 83 del CPCCN. De otra manera, según la actora, el incidente devendría abstracto. En subsidio, para el caso de que esta Sala no comparta lo anterior, solicitó que se impongan las costas a la demandada vencida. En esta línea argumental, criticó la sentencia de grado al decir que no dio razones para apartarse del principio objetivo de la derrota. Finalmente, hizo reserva del caso federal.

4. Que, corridos los traslados de las respectivas expresiones de agravios, fueron contestadas por la demandada a fs. 345/351 y por la actora a fs. 353/362 con argumentos que tengo presentes sin transcribir.

5. Que, ingresando al examen de la apelación de la demandada, entiendo que es improcedente. Observo que la recurrente no ha desvirtuado el fundamento expuesto por el Sr. Juez Federal subrogante para sostener su decisión. Él concluyó que el entonces MIyTN incumplió su deber de motivar el acto administrativo por el que confirmó el rechazo de la dispensa de la expulsión por razones de reunificación familiar, infringiendo así el art. 7 inc. e) de la ley 19549. Ello así, porque la invocación de facultades discrecionales y de razones de oportunidad, mérito y conveniencia aparecía como una fórmula genérica e imprecisa que impide conocer las razones que informaron el obrar de la Administración.

a. La apelante considera en una porción de su escrito recursivo que, atento al carácter excepcional y discrecional de la dispensa, no es necesario fundar su denegación sino sólo su concesión (v. fs. 348, tercer párrafo). Este argumento fue rebatido por el Magistrado de primera instancia en términos que comparto y que no han sido desvirtuados, al decir: "Si bien del texto legal resulta que el otorgamiento de la dispensa es una facultad discrecional, tal circunstancia no excusa al organismo demandado de fundar adecuadamente su rechazo a fin de conocer los elementos fácticos, jurídicos y demás circunstancias que lo indujeron a resolver en tal sentido?" (v. fs. 329). Y, más adelante, citó doctrina según la cual el deber de motivación es mayor frente a actos marcadamente discrecionales y sobre la importancia de la fundamentación de los actos administrativos. En consecuencia, considero que la Administración Pública debía motivar la desestimación de la dispensa aun cuando su otorgamiento sea discrecional y excepcional.

b. En otro orden de ideas, e independientemente de lo anterior, la DNM argumenta que sí motivó la denegatoria. Explicó que la fundó en la existencia de dos condenas penales, lo cual constituye un criterio objetivo que configura motivación suficiente. Al respecto, observo que no es como dice la recurrente. De la lectura de la resolución advierto que la invocación de las condenas penales lo fue al efecto de fundamentar la procedencia de la expulsión en virtud del art. 29 inc. c) de la ley 25871, pero no para justificar la denegatoria de la dispensa. En efecto, se lee en el resolución: "Que habiendo sido el extranjero de que se trata condenado judicialmente a pena de prisión, surge con claridad que su situación encuadra en el supuesto contemplado en el inciso c) del artículo 29 de la Ley N° 25.871" (v. fs. 116, segundo párrafo). Además, la mera existencia de condenas no podría haber sido justificación del rechazo de la dispensa porque, precisamente en ese caso, la legislación permite su otorgamiento mediante resolución fundada. En cambio, respecto de la dispensa lo que dijo fue: "Que en cuanto la aplicabilidad de la dispensa prevista por el artículo 29 'in fine' de la Ley N° 25.871, cabe destacar que tal decisión responde al ejercicio de facultades discrecionales, habiendo considerado oportunamente la DIRECCIÓN NACIONAL DE MIGRACIONES que no se daban los supuestos de mérito, oportunidad y/o conveniencia que justifiquen su aplicación al caso." "Que en tal sentido se ha pronunciado la CAMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO FEDERAL, SALA III, en autos "GRANADOS POMA Héctor c/ ENDNM" Resol 104574/09 (Expte. 2293077/07) s/ amparo ley 16.986' por Sentencia de fecha 21 de noviembre de 2010, en la que se resolvió que: "...la última parte del art. 29 de la citada ley...sólo puede ser considerada una facultad discrecional otorgada a la Dirección Nacional de Migraciones...". (v. fs. 116 vta. y 117). Es decir, tal como se lee y como relató el Sr. Juez de grado, el fundamento del rechazo de la dispensa fue el carácter discrecional de su otorgamiento y razones de mérito, oportunidad y conveniencia. Tal motivación ciertamente es insuficiente por cuanto no se explicitaron, aunque sea escuetamente, razones que expliquen la denegatoria. Además, el caso "Granado Poma", citado por el MIyTN en la porción de su resolución arriba transcrita, difiere de la presente causa.

En efecto, aquel caso llegó al Máximo Tribunal y éste resolvió, por remisión al dictamen de la Procuración General de la Nación, que la fundamentación de la dispensa dada por la Dirección Nacional de Migraciones había sido suficiente, la cual había consistido en lo siguiente: "Visto el monto de la pena impuesta al solicitante, la naturaleza del delito por el que ha sido condenado y su carácter de reincidente, vuelvan las presentes haciendo saber que esta Instancia no ha de propiciar la dispensa ministerial prevista en el Art. 29 'in fine' de la ley 25.871" (expediente G. 206. XLVII, sentencia del 28 de agosto del 2012). Se colige de este precedente que la fundamentación no necesita ser extensa; por el contrario, puede ser escueta, con tal que se enuncien los motivos específicos de la denegación. Sin embargo, en el presente caso la fundamentación es prácticamente inexistente dado que la fórmula "razones de oportunidad, mérito y conveniencia" nada dice acerca de los motivos concretos del rechazo. Por ello, el sub lite difiere del caso "Granado Poma" y justifica la confirmación de la anulación del acto administrativo y de la orden de dictar uno nuevo conforme a la sentencia. Vale aclarar que el vicio de falta de motivación que afecta al acto impugnado lo reputo de tal gravedad que genera en este caso una nulidad absoluta e insanable. Ello así, porque afecta la existencia de un elemento esencial del acto, cual es la

motivación (cfr. art. 7 inc. e y art. 15 a contrario sensu de la ley 19549). De ello se sigue que el defecto no es susceptible de subsanación mediante las justificaciones posteriores del acto que se brindaron en esta sede judicial. Así corresponde proceder por cuanto, si se admitiera la posibilidad de saneamiento de la omisión de fundamentación mediante explicaciones ulteriores brindadas en sede judicial, se incentivaría a la Administración a incumplir su deber. Ello así ella porque sabría que, en el supuesto eventual de que el particular acusara ante la justicia la falta de motivación, podría sanearla con explicaciones en sede judicial. Finalmente, también corresponde señalar que el temperamento aquí adoptado no importa en modo alguno una directiva acerca del tenor del nuevo acto administrativo que la Administración Pública deberá dictar. Únicamente se exige que cumpla con el deber de motivación.

c. Los fundamentos antes desarrollados determinan el rechazo del recurso sin que sea necesario adentrarme en el examen de los restantes agravios. Vale recordar: ¿no es necesario que se ponderen todas las cuestiones propuestas por el recurrente, sino sólo aquellas que se estimen decisivas para la solución del litigio? (conf. Fallos 312:1500; 308:2263; 234:250; 294:427; 322:270; 316:2908; 316:50; 315:1185; 311:1191). En suma, por todo lo expuesto, considero que debe rechazarse el recurso de apelación de la demandada. 6. Que, a mi juicio, es procedente el recurso de apelación del actor en su petición subsidiaria de imposición de costas a la contraria. a. Así, entiendo que no es acogible la primera alegación, hecha con fundamento en el art. 83 del CPCCN, referida a la prematuridad de la distribución de costas debido a la pendencia del incidente de beneficio de litigar sin gastos. Aquella norma dispone: ¿Hasta que se dicte resolución la solicitud y presentación de ambas partes estarán exentos del pago de impuestos y sellado de actuación.? ¿Éstos serán satisfechos, así como las costas, en caso de denegación. El trámite para obtener el beneficio no suspenderá el procedimiento, salvo que así se solicite al momento de su interposición?. Como puede observarse, el primer párrafo exime a ambas partes del pago de impuestos y sellados hasta la decisión del beneficio, pero no de las costas. El segundo párrafo, por su parte, supedita la satisfacción de las costas a la denegación de la carta de pobreza, y ¿satisfacción? equivale a pago. De ello se desprende que el artículo 83 no impide la imposición de costas mientras está pendiente la resolución del beneficio de pobreza; sólo impide su cobro. Impuestas las costas al solicitante del beneficio, si éste fuera denegado, podrá procederse a su cobro (cfr. art. 83, último párrafo del CPCCN); y si fuera otorgado, podrá procederse a su cobro recién cuando se acredite la mejoría de su fortuna (cfr. art. 84 del CPCCN). b. Sin perjuicio de lo anterior, considero procedente la solicitud subsidiaria de la actora respecto de la imposición de las costas a la demandada vencida. En efecto, asiste razón al recurrente en cuanto a que no se ha fundado debidamente el apartamiento del principio objetivo de la derrota al referirse el A quo genéricamente a las particularidades del caso?, sin explicitar cuáles son esas particularidades. Por otra parte, no encuentro motivos especiales para apartarme de la regla general de imposición de costas al vencido, razón por la cual voto por imponerlas de ese modo. 7. Que, por último, resta pronunciarme sobre las costas y honorarios en esta instancia. Tocante a lo primero, propongo imponerlas a la demandada perdidosa (cfr. art. 68 del CPCCN). En lo concerniente a los honorarios, primeramente debo señalar que, a los devengados por los trabajos desarrollados ante esta Alzada, es aplicable la nueva ley arancelaria N° 27423 por cuanto las apelaciones fueron deducidas durante su vigencia, el 26 de setiembre de 2018 (v. fs. 334 y 335). Ello así, conforme al criterio reiteradamente sostenido por esta Sala que puede consultarse, por ejemplo, en el precedente ¿Massarelli?, FMZ 39515/2016/CA1, resolución del 07/12/2018, considerandos N° IV y V, disponible en el sitio web [www.cij.gov.ar](http://www.cij.gov.ar). Aclarada la ley aplicable, propongo regular los emolumentos de los letrados intervinientes ante este Tribunal en un ... por ciento (...%) de lo regulado en primera instancia (cfr. art. 30 de ley 27423). Así, para el Dr. Alejo Amuchástegui, resulta la suma de cuatro mil quinientos pesos (\$4500), equivalentes a ... UMAs al valor actual establecido por la acordada N° 8/2019 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; y, para los Dres. Carlos Spiazzi y María Eva Carreras, en conjunto y en el doble carácter, resulta la suma de tres mil seiscientos pesos (\$3600), equivalentes a ... UMAs. De acuerdo a las consideraciones efectuadas, voto por la negativa a la única cuestión propuesta. Ese es mi voto. Sobre la única cuestión propuesta, los señores Jueces de Cámara doctores Alfredo Rafael Porras y Juan Ignacio Pérez Curci dijeron: Que adhieren por sus fundamentos al voto que antecede. En mérito del resultado que instruye el acuerdo precedente, por unanimidad, SE RESUELVE: 1° Rechazar el recurso de apelación deducido a fs. 334 por la demandada y, en consecuencia, confirmar los resolutivos N° 1, 2 y 4 de la sentencia de fs. 323/331 vta. 2° Hacer lugar al recurso de apelación del actor y, en consecuencia, modificar el resolutivo N° 3 de la sentencia de fs. 323/331 vta., imponiendo las costas de primera instancia a la demandada perdidosa (cfr. art. 68 del CPCCN). 3° Costas de esta instancia a la demandada perdidosa (cfr. art. 68 del CPCCN). 4° Regular los honorarios correspondientes a esta instancia del siguiente modo: Para el Dr. Alejo Amuchástegui, letrado de la actora, en la suma de cuatro mil quinientos pesos (\$4500), equivalentes a ... UMAs; y para los Dres. Carlos Spiazzi y María Eva Carreras, en conjunto y en el doble carácter, la suma de tres mil seiscientos pesos (\$3600), equivalentes a ... UMAs (cfr. ar. 30 y 51 de ley 27423 y acordada N° 8/2019 de la CSJN). Notifíquese, protocolícese y publíquese. Firmado: Dres. Manuel Alberto Pizarro, Juan Ignacio Pérez Curci y Alfredo Rafael Porras. Correlaciones [Mariner Sociedad Anónima Comercial Industrial y Agrícola Ganadera c/DGA s/impugnación de acto administrativo](#)- Cám. Fed.

Posadas - 23/02/2018- Cita digital: IUSJU028019E

043771E