

Mora Pago Tardio Cuestion Abstracta Costas

JURISPRUDENCIA

En la ciudad de Mendoza, a los veintiocho

días de febrero de dos mil trece se reúnen en la Sala de Acuerdos de la Excm. Cámara Segundo de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributario, los Sres. Jueces titulares de la misma Dres. Gladys Delia Marsala, Horacio C. Gianella y Silvina Del Carmen Furlotti, y traen a deliberación para resolver en definitiva la causa N° 221.097/36.583, caratulados: "DALLAPE ADRIANA LIDIA C/ MUNICIPALIDAD DE LUJAN DE CUYO P/ ACCION DE AMPARO?" originaria del Vigésimo Juzgado Civil Comercial y Minas, de la Primera Circunscripción Judicial, venida a esta instancia en virtud del recurso de apelación interpuesto a fs. 141/148v, por la parte actora, contra la sentencia de fecha 24 de mayo de 2012, obrante a fs.133/135, la que decidió: declarar que la presente causa ha devenido en abstracto y en consecuencia, abstenerse de emitir pronunciamiento sobre el fondo de la misma, imponer las costas en el orden causado y regular los honorarios a los profesionales intervinientes. Habiendo quedado en estado los autos a fs. 166, se practicó el sorteo que determina el art. 140 del C.P.C., arrojando el siguiente orden de votación: Dres. Gianella, Furlotti y Marsala. **SOBRE LA PRIMERA CUESTION, EL DR. GIANELLA DIJO:** 1. En contra de la sentencia obrante a fs. 133/135 v., dictada por la Sra. Juez del 20mo. Juzgado Civil de la ciudad de Mendoza, en el expediente nro. 221.097, caratulados -?DALLAPE, ADRIANA LIDIA C/ MUNICIPALIDAD, DE LUJAN DE CUYO P/ Acción de amparo?, apeló la actora, según su escrito de fs. 141/148v. La Sra. Juez decidió declarar que la presente causa ha devenido en abstracto y, en consecuencia, abstenerse de emitir pronunciamiento sobre el fondo de la misma, impuso las costas del proceso en el orden causado y reguló los honorarios profesionales. 2. Los antecedentes de la causa, tal como los relata adecuadamente la Sra. Juez de la instancia precedente, en lo hace al objeto de la apelación son los que en síntesis siguen: a. Adriana Lidia Dallapé promovió acción de amparo en contra de la Municipalidad de Luján de Cuyo, pidiendo se deje sin efecto el cambio de funciones y el traslado a ella ordenado y se ordene el ejercicio legítimo del ?ius variandi? por parte del organismo público, en tanto corresponde se respeten las funciones que le corresponden en virtud de su cargo de Planta Permanente y su agrupamiento y categoría, de conformidad con la ley 5.892. b. Impetró además se declare la ilegitimidad y la inconstitucionalidad del acto lesivo, es decir del cambio de funciones que se ordenado en exceso del derecho al ?ius variandi? que tiene todo empleador. c. Requerido el informe previsto en el art. 20 del Dcto. Ley 2589/75 a fs.41/50 contestó la Municipalidad de Luján de Cuyo, la que a través de su apoderado rindió informe circunstanciado y solicitó el rechazo de la acción impetrada con expresa imposición de costas, por las razones que allí expresó. d. Luego de decretada la admisión de pruebas a fs.118/120 la actora solicitó el sobreseimiento de la causa; expresó que la demandada ha notificado a la amparista -mediante un MEMORANDUM de fecha 09/04/2012-, que por disposición del Señor Intendente Municipal se ha dispuesto efectuar su traslado, en forma transitoria, que actualmente cumple funciones en Dir. De Deportes y Recreación Playón Alerces a la Dirección de Industria y Comercio, traslado con vigencia a partir de la fecha de la resolución. e. Sostuvo que de este modo se efectuó un cambio de funciones, dejándose sin efecto el acto administrativo que se impugnaba por la vía de la acción iniciada, configurándose lo que la doctrina califica como ?moot case? o caso abstracto. f. Concibe como justo, que las costas sean impuestas a la demandada, por las razones que explicó, las que se sintetizan en que el resultado final de la causa se debió a un acto de la propia municipalidad. g. La Municipalidad de Luján de Cuyo señaló que si bien la actora se encuentra conforme con su nuevo destino ello no es lo que habitualmente se denomina ?moot case? o causa abstracta, ya que el objeto de la pretensión del principal fue dejar sin efecto el traslado dispuesto a lo que se denomina triple frontera y el efectivizado con fecha 9 de Abril de 2012 lo es a la Dirección de Industria y Comercio. h. Agregó que para el hipotético caso que el Tribunal interprete que el desistimiento que a su juicio debería haber realizado la accionante, estaría originado en la conducta de ambas partes, debe evaluarse que las costas deberían imponerse por el orden causado pero de ninguna manera asumidas por el municipio. 3. La Sra. Juez tuvo en consideración las siguientes razones para resolver como lo hizo: a. Acorde surge de los antecedentes obrantes en autos a fs.112/118 la actora denunció un hecho sobreviviente o subsiguiente a la traba de la litis, que a su entender tornaría abstracta la resolución de la misma. b. Así las cosas y más allá de las alegaciones de la demandada, en cuanto a que el traslado a la Dirección de Industria y Comercio de la actora -operado en fecha el 9 de Abril de 2012- no significa que la causa haya quedado abstracta ya que subsiste para ella la posibilidad de continuar con el pedido de regreso a su Oficina de origen -lo cual según ella constituye el verdadero objeto del amparo-, lo cierto es que con este nuevo traslado ha quedado sin efecto el acto administrativo comunicado mediante MEMORANDUM de fecha 29 de Febrero de 2012 y notificado el 02/03/2012, en el que disponía el traslado de la actora, dándole un nuevo destino. c. A diferencia de lo que expresa la municipalidad entiendo que el verdadero objeto perseguido por la amparista era que se dejase sin efecto el traslado al Playón del Barrio Huarpes III por entender que al efectuar el mismo la

municipalidad como organismo empleador había excedido su derecho al ?iusvariandi? ya que en él no se habían tenido en cuenta ni la categoría ni el agrupamiento que le correspondía a la actora según la ley 5892; esto surge claramente del exordio, en donde la accionante propone ??se declare la ilegitimidad y la inconstitucionalidad del acto lesivo, es decir del cambio de funciones que se está haciendo en exceso del derecho al ?iusvariandi? que tiene todo empleador?. d. Teniendo en cuenta entonces que la acción iniciada tenía por objeto que la Municipalidad de Luján de Cuyo dejara sin efecto el traslado operado mediante el acto administrativo notificado por Memorandum de fecha 29 de Febrero de 2012, por medio del cual según la amparista se había hecho un uso abusivo del ?iusvariandi?, no caben dudas que la cuestión planteada, luego del nuevo traslado, ha devenido abstracta; aunque no en forma directa sino indirecta y/o tácitamente, el primer traslado ha sido modificado, trasladando a la amparista a un lugar que, si bien no es el que tenía originariamente, según ella misma interpreta, respetaría las funciones que le corresponden en razón del cargo y jerarquía que ostentaba, llegándose a tal conclusión por el hecho de haber sido la propia actora la que, aún cuando no se la ha trasladado a su lugar originario de trabajo, sostiene que el presente caso se ha tornado en una cuestión abstracta. e. Es de recordar que, conteste criterio unánime y reiterado de nuestros tribunales, ?Moot case" o caso abstracto, tal como se lo denomina doctrinariamente, se da cuando no existe discusión real entre el actor y el demandado, ya porque el juicio es ficticio desde su comienzo, o porque a raíz de acontecimientos subsiguientes como en esta causa se ha extinguido la controversia o ha cesado de existir la causa de la acción. Ante la desaparición del interés que sustentaba la controversia, el juzgador se encuentra inhabilitado para ejercer su jurisdicción, no pudiendo exigirse pronunciamiento sobre lo que ya ha dejado de existir, sobre una cuestión que ha devenido abstracta, correspondiendo en tales supuestos, proceder a sobreseer los procedimientos. (Cámara 2da de Apelaciones, Civil, Comercial, Minas, Paz y Tributario; ?Banco Regional de Cuyo S.A. en J: c/Inmobiliaria Cartellone S.A.s/Quiebra Incidente?; 23/06/88 L.A. 069-151). f. ?Los tribunales no deciden en abstracto o sea que no resuelven cuestiones en las cuales no existe o ha desaparecido la materia propia de juzgamiento. En fallo de noviembre de 2.004, en expediente n° 79.603, "Poder Ejecutivo en juicio 96.219/28.331 TAM S.A. c/ Gobierno de la Provincia por Acción de Amparo", la Suprema Corte de Justicia Provincial ha dicho que: "La sentencia, puede tener en cuenta los hechos sobrevinientes a la traba de la litis. En reiteradas ocasiones, los hechos sobrevinientes producen la sustracción de la materia justiciable. El requisito del interés personal debe subsistir a lo largo de toda la existencia del proceso, consecuentemente, si al momento de dictar sentencia ese interés ha desaparecido, la causa debe sobreseerse". Conforme los grandes lineamientos sentados por la Corte Federal, puede decirse que la justicia no puede expedirse sobre consultas que le formulen: debe existir una "causa" y en ésta un "gravamen". El gravamen es precisamente, el agravio, perjuicio, ofensa o ultraje que produce en el derecho la cuestión en debate. Este agravio no debe tener carácter hipotético, futuro, meramente conjetural, que no provenga de la misma conducta recurrente. En consecuencia el gravamen para ser tal debe ser concreto, efectivo y actual. Concreto, importa que el perjuicio se encuentra suficientemente determinado y precisado. Efectivo, exige que sea cierto, no tienen relevancia los gravámenes aparentes o supuestos. Y por último, actual, significa que el gravamen contenga vigencia, que exista al momento que la Corte deba resolver (Salvadores de Arzuaga, Carlos - Fornaciari, Mario A. "La cuestión abstracta o la ausencia de gravamen actual", L.L. 2.000-E-70).- g. En suma, no existe en la actualidad una verdadera controversia entre las partes y por lo tanto la cuestión debe considerarse abstracta. h. Con respecto al tema de la imposición de costas, fundada en la circunstancia de que las partes emergen de la litis en igual condición y ninguna puede ser calificada de vencido o vencedora, ello ha merecido la atención de nuestro Superior Tribunal in re: 44297 Prov. Franc. De la As. De La Sma. Virgen del Río de la Plata en J: Prov. Franc. De La As. De La Sma. Virgen del R. De La c/ Banco de Mendoza? (08/08/1988; L.S. 204-274) como in re ?Albarracín Carrau, Carlos c/Gobierno de la Provincia s/Acción Procesal?.L.S.177-215, en el que se decidió que ?Cuando la pretensión se torna en abstracta por no existir lesión efectiva de un derecho, el órgano jurisdiccional, no puede resolver cuestiones en las cuales no existe o ha desaparecido la materia propia del juzgamiento. En consecuencia, las costas deben imponerse en el orden causado; no siendo aplicable el inc. I del art. 36 del C.P.C., por no existir parte vencida, ni interés jurídico en el recurrente (art. 41 del C.P.C.); hacerlo en otro sentido implicaría ingresar en el fondo de los derechos en disputa, remedio contradictorio con el sobreseimiento de la causa. (SCJMza, Sala I. Autos No. 79.603 - "Poder Ejecutivo en j 96.219/28.331 TAM S.A. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza, Ministerio de Ambiente y Obras Públicas p/ Acción de Amparo". Fecha 23/11/2004. .L.S. 344-78). 4. La recurrente expresó sus agravios en los términos del memorial de apelación, el que admite la siguiente síntesis y que está acotado a la imposición de las costas en el orden causado: a. Lo solicitado en la demanda fue cumplido más de 30 días después de interpuesto el amparo y de no haberse intentado aquél la municipalidad no habría revocado el acto. b. El cambio de actitud implícitamente supone el reconocimiento de la ilegitimidad del acto atacado con la acción de autos. c. El acto administrativo que dejó sin efecto el impugnado se notificó casi 30 días después de promovida la acción de amparo, y cobró validez a partir de la mencionada notificación. d. La juez no meritó la prueba de autos; no diferenció entre la ofrecida por la apelante e incorporada en la causa y la que estaba en poder de la municipalidad, emplazada a acompañarla conforme al art. 182 del C.P.C., la que debió ser tenida por

válida. e. El art. 30 del Dec. 2589/75 determina que no habrá imposición en costas si la demandada, antes de producir el informe o contestar la demanda, cesare en los hechos, actos u omisiones que motivaron la acción de amparo, situación que no se da en el caso, por lo antes expuesto. 5. La municipalidad contestó a los agravios a fs.155/156. Pidió su apoderado el rechazo de la apelación, por las razones que allí expuso a las que me remito en honor a la brevedad, sin perjuicio de su concreta consideración en cuanto sea pertinente. Fiscalía de Estado tuvo participación en los términos de su escrito articulado a fs. 162. 6. Entrando en la consideración del recurso, en primer lugar comparto la calificación que mereció a la Sra. Juez la razón por la cual concluyó la causa, vale decir, el acto que emanó de la demandada en virtud del cual el atacado por la amparista dejó de existir y, por ende, el objeto de la acción. No lleva razón el municipio al sostener que la actora debió desistir de su acción, pues quedaba latente su pretensión de ser restituida a su cargo anterior al traslado decidido por su empleadora y considerado ilegítimo por aquélla. Lo cierto y concreto es que la amparista atacó aquel acto que dispuso su traslado el que, como consecuencia del posterior que se le notificara el 9 de abril de 2.012, quedó sin efecto. No se advierte de qué modo puede exigírsele a la actora que desista de su pretensión de anulación de un acto que quedó sin efecto. No es dable desistir de lo que no existe. En todo caso, para mantener su pretensión originaria, debió impugnar el nuevo acto de traslado. Por otra parte, queda en claro implícitamente que el nuevo traslado conformó a la amparista, y así no hubiese sido, debía iniciar un nuevo trámite de impugnación de la nueva disposición de traslado, pero en modo alguno desistir de su acción, cuyo objeto había desaparecido. Luego, lo que corresponde analizar es si las razones por las cuales la causa devino en abstracto, llevaban a la imposición de costas en el orden causado -principio en la materia-, como resolvió la Sra. Juez que me precedió en el juzgamiento o, por el contrario, debía imponerlas a la demandada, como excepcionalmente se ha decidido. En el caso que nos ocupa, a diferencia de lo que ocurre usualmente en los amparos de urgimiento, en los que el organismo público emite el acto, lo cual deja sin materia jurisdiccional a la causa, sino que el municipio dictó un acto distinto por el cual, o como consecuencia indirecta del mismo, hace caer el atacado. Al suceder ello deja al tribunal sin posibilidad alguna de ingresar en la cuestión de fondo y determinar si aquella actividad de la administración fue ilegítima y/o arbitraria, por lo que no cabría imponerle las costas por ser ?vencida? en los términos de los arts. 36, inc. I del C.P.C. y 30, primera parte, del instituto del amparo. Sin embargo, para estos casos en que no es posible la determinación de la calidad de vencedor y vencido, debe estarse, al menos como principio del cual no escapa el caso de autos, al art. 30 del amparo, el que, en lo que nos interesa, dispone que ?No habrá condenación en costas si el accionado, antes de producir el informe o contestar la demanda, cesara en los hechos, actos u omisiones que motivaron la acción de amparo.?, concordante con los arts. 582 del Código Procesal civil de San Juan, Ley 8037, 15 y 16 Ley N° IV-0090-2004 de San Luis y 14 de la Ley 16.986 (parcial), en el orden nacional. Tal como explica el Dr. Gabriel Orbelli -comentarios a la Ley de amparo, aún no editados- ?Como lineamiento básico en materia de costas, la ley de amparo recepta -al igual que el art. 36 CPCM- el principio general de la doctrina chiovendiana de la derrota?. ?La excepción al principio general viene dada por el párrafo segundo, en cuanto exime al accionado del pago de las costas si antes de producir el informe o contestar la demanda cesara en los hechos, actos u omisiones que motivaron la acción de amparo?. ?En estos casos, entonces, el proceso debe concluir con el sobreseimiento de la causa por sustracción de materia justiciable (?moot case') y la imposición de costas en el orden causado?. ?Como se advierte el límite temporal para que opere la exención es preciso: antes de producir el informe circunstanciado en los casos del art. 20°; o antes de contestar el traslado de la demanda en los supuestos del art. 21°?. En la causa no se encuentra explicación ni razón alguna que autorice a apartarse de la solución legal. Si la ley dispone que ?No habrá condenación en costas si el accionado, antes de producir el informe..., cesara en los hechos, actos u omisiones que motivaron la acción de amparo.?, no es discutible que si ello ocurre con posterioridad a este límite procedimental, si ?habrá condenación en costas?. Con anterioridad hemos señalado, siguiendo la línea de pensamiento de las anteriores integraciones de este Tribunal, lo siguiente: ?En estos casos, como es el de autos, el principio es que las costas deben ser soportadas en el orden causado, aunque como recientemente ha explicado este Tribunal,.... contrariamente a la jurisprudencia que sienta como principio que las costas, mediando ?moot case?, deben ser soportadas por su orden, en virtud de que no hay vencedores ni vencidos, ello no es así si la sustracción de materia jurisdiccional ha sido provocada por un acto de una de las partes, que por acción u omisión, pueda imputársele. (v. EXPTE. NRO. 79082 ?BACCARELLI F. C/ MORRIELO J. P/ PRESC. ADQ.?, resolución de fecha 28 de julio del año 2006). Por ello y en concordancia se ha resuelto que....El estado de mora -retardo imputable- en que se encontraba la accionada, motivó la interposición de la demanda, y si luego el proceso devino abstracto, ello obedeció a una actuación directa de la demandada (pago) posterior a aquélla. En tal caso, no puede sino ponderarse que la pretensión devino "moot" por un acto expreso de la demandada, resultando por ello ajustado encuadrar la conducta descrita en el inciso V del art. 36 del C.P.C., imponiéndole las costas tanto de primera como de segunda instancia. (3ra. Cámara Civil de Mendoza, LS 91 - 59). En materia de amparo, la cuestión de la imposición de las costas en estos casos, está regida en general por la norma del párrafo tercero del art. 30 del Dec. 2589/75, por lo que la cuestión a resolver discurre, a mi juicio, por la interpretación que quepa hacer de la misma, flexibilizando la misma o haciendo estricta su

aplicación, sin discriminar en función de la actitud de la demandada. A mi entender, no puede ni debe tener idéntica solución aquel supuesto en que el Estado ha tenido, invocado y demostrado alguna razón para omitir, de aquel en que simplemente omitió y cuando se vio acuciado por la acción de amparo se expidió, sin dar explicación alguna de su demora en actuar conforme es su deber -se de amparo por mora se trata, o, como en el caso, por no emitir un acto reclamado por el administrado-. En otros términos, emanando clara la injusticia de dar tratamiento idéntico a estos dos supuestos genéricos, estimo que corresponde analizar cada caso en concreto, para determinar si las costas deben ser soportadas por su orden o cargarlas sobre la demandada. Con esta inclinación se ha dicho que... Corresponde imponer a la Administración Nacional de Aduanas las costas del amparo por mora si, pese a haberse tornado abstracta la cuestión, fue la demandada quien con su proceder -en el caso, retardo en la resolución del reclamo interpuesto- dio motivo suficiente para que el actor se viera en la obligación de litigar.... (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso administrativo Federal, sala V - 02/12/2002 - Volkswagen Argentina S.A. c. Dirección Gral. de Aduanas - DJ 12/03/2003, 639 - DJ 2003-1, 630). La inexplicada concesión de la licencia en cuestión por la administración, previa firme negativa, no puede hacer recaer este peso sobre el amparista. Por ello se ha decidido que ... Corresponde imponer las costas al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires demandado en el marco de una acción de amparo por mora, toda vez que debe indemnizar los perjuicios causados por su demora, cuales son los gastos necesarios para hacer cesar esa demora.... (Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala I - 12/11/2002 - Mercau, Jorge R. c. Ciudad de Buenos Aires - DJ 18/06/2003, 487 - DJ 2003-2, 487). Este Tribunal en su anterior composición ha dejado sentado estos principios y excepciones al señalar que.... Como regla general las costas en el moot case se aplican por su orden, ya que el resultado del pleito no genera en las partes la condición de vencedor o vencido. Sin embargo, excepcionalmente se deja de lado esta premisa, cuando se arriba a esta situación por la conducta deliberada de una de ellas..... (L.A. 84-290, resolución del 22/05/98; idem L.A. 79-304). Y más recientemente, mi distinguida ex colega Dra. Varela de Roura, ha explicado que.... Sin embargo hay situaciones de excepción a la normativa y jurisprudencia general que obligan, por razones de equidad a imponer las costas en el sobreseimiento a una de las partes. Se fundamenta este régimen de excepción en la posibilidad que tienen los jueces, a la luz de lo normado por el art. 36 inc. 2 y 90 inc. 8 del CPC de imponer las costas a quienes han sido causantes de la interposición de la demanda, aún cuando ésta haya sido sobreseída. (Expte. Nro. 147.512.- "HIRSCHEGGER PEDRO PABLO C/CITIBANK N.A. Y OTS. P/HABEAS DATA.", L.S. 97-50, del 5/10/00).?. Por ello es que, si mi opinión es compartida por mis distinguidas colegas que integran el tribunal, corresponde acoger el recurso de apelación y en consecuencia de ello modificar la sentencia de primer grado en cuanto ha sido motivo de agravios, es decir, imponiendo las costas del proceso al municipio demandado. Así voto. Sobre la misma cuestión las Dras. Furlotti y Marsala, dijeron que adhieren al voto que antecede. **SOBRE LA SEGUNDA CUESTIÓN EL DR. GIANELLA DIJO:** Las costas de Alzada son a cargo de la apelada, que resulta vencida (art. 36, I del CPC). Así voto. Los honorarios deben ser calculados sobre el monto litigado en Alzada, es decir, sobre el monto de los honorarios de los profesionales que asisten a la actora. Sobre la misma cuestión las Dras. Furlotti y Marsala, dijeron que adhieren al voto que antecede. Con lo que se dio por finalizado el presente acuerdo, procediéndose a dictar la sentencia que se inserta a continuación: **SENTENCIA:** Mendoza, 28 de febrero de 2013. **Y VISTOS:** Por lo que resulta del acuerdo, precedente el Tribunal **RESUELVE:** 1. Acoger el recurso de apelación interpuesto a fs.141/148 v. en contra de la sentencia obrante a fs. 133/135 v., dictada por la Sra. Juez del 20mo. Juzgado Civil de la ciudad de Mendoza, la que en consecuencia se modifica en su dispositivo II, el que queda redactado del modo que sigue: ?II. Imponer las costas a la demandada?. 2. Imponer las costas de Alzada a la apelada. 3. Regular los honorarios profesionales del Dr. LORENZO LÓPEZ NAVARRO en la suma de PESOS ? con ? (\$?) sin perjuicio de los complementos que correspondan al momento del efectivo pago (art. 15 LA). **NOTIFÍQUESE y BAJEN.** Dr. Horacio Carlos GIANELLA Correlaciones: Pagoda SA c/Aduana de San Lorenzo s/amparo - Cám. Fed. Rosario - Sala B - 28/03/2011 Cita digital: