

La Plata, 4 de marzo de 2004.-

**URRIOLABEITIA, NANCY C/FISCO DE LA PCIA DE BS.AS Y OTROS S/AMPARO**

- - - **AUTOS Y VISTOS:** Para resolver el recurso de revocatoria y apelación en subsidio interpuesto a fs. 89/99 y su réplica de fs. 106/114, y: - - - - -

**CONSIDERANDO:**- - - - - I) Que el Sr. Fiscal de Estado Adjunto mediante su presentación de fs. 89, se disconforma con la sentencia dictada a fs. 69/73. Sus agravios se dirigen a cuestionar: la procedencia del amparo por mora, la imposición de costas y a la aplicación de astreintes. Para una mejor claridad en la exposición se tratara cada uno en acápites separados: - - - - - **a) Procedencia del amparo por mora:**- - - - -

- - - - - 1. En cuanto al primero de los agravios, entiende el recurrente que no están reunidos los requisitos legales del amparo por mora en razón de que no ha existido inactividad por parte de la administración; refiere que tal como surge de las actuaciones agregadas a la causa la vacante existente en el Jardín de Infantes 950 fue adjudicado a la docente Norma Blanco por acreditar mayor puntaje que la Sra. Urriolaibeitia; que esto se le hizo saber a la accionante por distintos medios, entre ellos, la carta dirigida por la Dirección del Colegio 910 por la cual se le indicó claramente cuál sería el establecimiento donde debía prestar servicios. Que con fecha 30 de octubre de 2002 la accionante se notifica de lo dispuesto en ese sentido por el Tribunal de Clasificación (ver fs. 56 y 57 de esta causa) y frente a ello no presentó recurso o reclamo alguno, ello debió entenderse como que la cuestión había quedado finiquitada. - - - - -

- - - - - Sobre esta base, sostiene que no es exacto que luego de la carta documento remitida en el mes de abril de 2002 no existió actividad administrativa tendiente a resolver la cuestión de la docente. Así la actora debió impugnar, si estaba en disconformidad, lo notificado por el Tribunal de Clasificaciones de conformidad al art. 49 de la ley 10.579 para habilitar la intervención del Director General de Escuelas.- - - - - 2. Por otra parte y previa descripción de la distribución legal de la competencia en la organización administrativa demandada, señala que la sentencia intima a la Dirección de Cultura y Educación para que resuelva la cuestión de autos, cuando la misma ya ha sido resuelta por el órgano competente, el Tribunal de Clasificaciones, según la normativa específica en la materia. Así mediante la carta documento enviada por la Directora del Jardín 910, como la remitida en el mes de noviembre de 2003, el órgano encargado de resolver la cuestión puso en conocimiento de la actora que debía tomar posesión del cargo en el Jardín N° 910 del Distrito La Plata. Si lo que se pretende es un acto del Director General de Escuelas, debió seguir las pautas que expresamente prevé la norma, art. 49 de la ley 10.579. Luego de la notificación efectuada por el Tribunal en octubre de 2002 -donde se toma vista del trámite administrativo y de su designación definitiva- como también la de diciembre de 2003, debió presentar formal recurso de revocatoria y jerárquico en subsidio. Como ello no sucedió, entiende el Sr. Fiscal Adjunto que, no puede reputarse inactividad de la Administración en la instancia judicial.- - - - -

- - - - - 3. Corrido el pertinente traslado, la accionante sostiene que la situación planteada se origina a partir del mediados del mes de junio de 2002 y el agravio se configura por el estado de indefinición de su situación laboral desde que

en fecha 10-07-02, momento en que se presentó a tomar posesión de su cargo en el Jardín de Infantes 950 se le negó tareas. Relata y describe el curso de las actuaciones administrativas, señalando que hasta la emisión de la Disposición 2126/04 no existió acto definitivo, todo fueron de mero trámite y dilatorios de la cuestión. Además la notificación de fs. 18 sólo implicó tomar conocimiento de meros actos de trámite, interlocutorios y preparatorios del acto definitivo que por entonces no existía.----- 4. Entrando a considerar esta primer cuestión, como ya se estableciera en la sentencia dictada en autos, en este proceso especial de limitado alcance no se discute sobre la decisión de fondo sino sobre la existencia de mora en el dictado de un acto definitivo. Así el principal inconveniente que se visualiza en este entuerto es la discordancia, suscitada entre las partes, en torno a la existencia o no del acto definitivo en las actuaciones administrativas llevadas adelante en virtud del reclamo producido por la Sra. Urriolaibeitia en cuanto a la definición de su destino definitivo.----- En este punto es preciso señalar que si bien, mediante las enmiendas producidas en el "Acta de destino definitivo año 2002" (fs. 13 del exp. administrativo), en el acta de fs. 7, y en el "Anexo I - Acta de destino definitivo -cargos-" de fs. 14 y 15 del mencionado expediente, por orden de la Dirección de Tribunales de Clasificación (ver fs. 16 del exp.adm.), se estaría adelantando que el destino de la docente Urriolabeitia sería el Jardín N° 910 nunca se dictó el pertinente acto administrativo que diera respuesta al recurso interpuesto por la misma mediante la carta documento de fs. 4 de citado expediente administrativo (fs. 44 de esta causa); en esta lógica la notificación de fs. 18 no cumplió el efecto que pretende la demandada.----- Tan determinante es la ausencia del acto, que la misma Dirección de Tribunales de Clasificación así lo reconoce en la respuesta brindada a fs. 22: "...Cuando este sea remitido por la Secretaría de Inspección (se refiere al certificado de aptitud psicofísica), se propiciará el dictado del acto administrativo según lo prescripto en el art. 65 de la Reglamentación del estatuto del Docente....".-----

----- Lo cierto es que la mora ha existido y le es imputable a la Secretaría de Inspección en tanto que luego de cumplir con la notificación referida, se ha limitado a remitir el expediente a la Dirección de Tribunales de Clasificación -trámite que insume más de dos meses y medio- donde se procede a su archivo hasta poder dar trámite al destino definitivo. Así, según surge del informe producido en autos a fs. 63, la Secretaría de Inspección ha omitido remitir copia del certificado de aptitud psicofísica de la accionante, lo que se esgrime como justificante de la demora .-----

----- Por razones de brevedad reitero lo considerado en la sentencia a fs. 73 en cuanto a la inidoneidad de la inexistencia del certificado de aptitud psicofísica alegada por la demandada para purgar la inactividad; en consecuencia entiendo que la mora en la resolución del recurso interpuesto por la accionante se ha configurado sin ninguna duda. La diferencia entre meros actos de trámite –en el caso: poner en conocimiento a la actora de las rectificaciones y criterio que se aconseja seguir- y el acto definitivo que resuelva la cuestión –tomar la decisión por el órgano competente y con los requisitos indispensables- es tan obvia que no merece mayores comentarios (arts. 108, 109, 110 del Dec Ley 7647/70). Además debo agregar que no se trata de un capricho de la accionante, sino del ejercicio de su legítimo derecho a que se resuelva la cuestión en debido tiempo y forma (arts. 103, 104, 108, 68, 69 y 78 del citado Decreto Ley; art. De la CN). Por todas estas razones la revocatoria deducida sobre este punto no ha de prosperar.-----

----- **b) Imposición de costas.**-----

-----1. Se agravia la demandada de la imposición de costas fundadas en la aplicación

de normas del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia, omitiéndose las reglas propias del contencioso administrativo (ley 12.008 y mod.). Expresa que el legislador ha dejado clarificado cuál es el criterio imperante en los procesos que regula la ley 12.008 en materia de costas. Sostiene que ante una norma especial resulta imposible recurrir a la analogía para aplicar un régimen general. La Ley análoga sólo es de aplicación ante la existencia de una laguna legal, a falta de ella no puede por vía analógica restringirse un derecho o extender una excepción a supuestos distintos. En el caso del amparo por mora no existe vacío legislativo que necesite la aplicación del Código Procesal Civil y Comercial, pues resulta compatible las previsiones de la norma procesal específica en la materia con el régimen del amparo por mora previstos expresamente en la citada ley. Tampoco la sentencia funda la imposición en supuesta “temeridad y malicia” de la administración en su actuación en el presente proceso. Finalmente agrega que en doctrina se ha sostenido la improcedencia de la imposición de costas en el amparo por mora sobre la base de que en el mismo no hay partes, en consecuencia no hay vencidos; también se ha resaltado el carácter unilateral del proceso.-----

----- 2. La accionante replica que la SCBA ha establecido en el caso “Mayer” el carácter suprallegal del amparo por mora, encontrando apoyo normativo en el art. 20.2 de la Constitución Provincial, en dicho precedente aclaró que la misma garantiza el acceso a la justicia y la tutela judicial continua y efectiva (art. 15) contra la actuación u omisión administrativa (conf. Art. 20.2, 166 quinto apartado y concordante; art. 1 y concordantes de la ley 7166). Así se deja bien a las claras la relación existente entre el género amparo y su especie: el amparo por mora. Luego alega sobre la procedencia de la aplicación supletoria y no analógica del Código Procesal Civil y Comercial en la materia de agravio. La actual redacción del art. 77 del C.C.A no ha cambiado la regla del Código Varela y nada impide al Juez acudir a la aplicación del art. 68 del C.P.C. Además interpreta que en la sentencia se corrobora en forma implícita la existencia de temeridad o malicia. Finalmente la accionante refuta que no se encontraba obligada a litigar; esgrime para ello el carácter opcional de recurrir al silencio como acto denegatorio. - - - -3.

Observe al respecto que el principio establecido por el art. 51 del Código Contencioso Administrativo se halla previsto sólo para el proceso ordinario. Frente a la ausencia de una norma que establezca, para los procesos especiales, una remisión al proceso ordinario en los supuestos no previstos y en atención a que dicha remisión se establece en el art. 77 del citado cuerpo legal hacia el Código Procesal en lo Civil y Comercial, entiendo que en el amparo por mora no debe aplicarse el art. 51 del C.C.A. Así, la imposición de costas a la demandada se ha fundado en la aplicación subsidiaria del Código Procesal Civil y Comercial, donde el criterio imperante es la condición objetiva de vencido.-----

----- Por otra parte, la aplicación de norma en cuestión (art. 68 del C.P.C.C.) resulta razonable y congruente con el amparo constitucional, en tanto habilita una instancia judicial especial a quién se encuentre afectado por la inactividad de la administración y, en caso de comprobarse dicho supuesto, resulta lógico imponer las costas al vencido. Sostener lo contrario implica agravar aún más la situación de aquel que se vió obligado a litigar para obtener una decisión y desvirtuar el fin perseguido por esta especial vía judicial. -----

----- 4. A mayor abundamiento, resulta de dudosa constitucionalidad el criterio adoptado por el Código Contencioso Administrativo en materia de costas (art. 51 inc. 1) afectando el principio de acceso irrestricto a la justicia (art. 15 de la C.P.). En efecto, su aplicación en el presente

caso donde la Administración ha incumplido con su obligación de impulsar el procedimiento (art. 48, 50, 51 y 54 del D. Ley 7647/70) perjudicando a la parte con la demora en el dictado del acto definitivo, la imposición de costas por su orden aparece como un obstáculo al derecho a reclamar ante la Justicia, además de conculcar el principio de equidad. La aplicación de costas al accionante, colisiona con el citado principio en tanto constituye un privilegio inaceptable de la Administración que no reconoce causas o motivos de interés público. Adviértase asimismo, que frente a la carga que se impone al particular, mediante la aplicación de costas por su orden, la Administración cuenta con un cuerpo estable y permanente de abogados altamente especializados en la materia, situación que, a diferencia de aquél, no le provoca ningún costo adicional. -----

----- Pero considerando que la declaración de inconstitucionalidad es la última ratio de la labor de los jueces y en tanto existe otra solución normativa que satisface el mencionado principio de equidad -conforme a lo expresado en el punto 3 de este capítulo- corresponde la aplicación subsidiaria de ésta última, antes que la invalidación constitucional del citado precepto legal.-----

----- **c. Aplicación de astreintes.**-----

1. La demandada se agravia por entender que las mismas no son aplicables en este caso, en tanto que no ha existido inactividad de la administración y que, además, el Tribunal de Clasificaciones dio respuesta efectiva a la actora en dos oportunidades. No desconoce la facultad de los Jueces de imponer sanciones pecuniarias, compulsivas y progresivas; añade que tales sanciones son de carácter restrictiva y excepcionalísima.-----

----- **2.** La accionante solicita que el planteo sea rechazado por tratarse de una mera disconformidad sin refutar la validez y vigencia de las normas procesales y de fondo que permiten a los jueces proceder en tal forma.-----

----- **3.** En la sentencia dictada en autos, comprobada la existencia de la mora, se ordena la emisión del acto definitivo por parte de la Dirección General de Educación (punto 1 del fallo), la aplicación astreintes se encuentra expresamente fundada en normas legales (art. 1 y 50 Decreto Ley 7647/70, 163 de la Constitución Provincial, art. 77 del CCA, y art. 37 del CPCC) , y cumple la función de asegurar efectividad de la orden judicial, potestad que el ordenamiento jurídico otorga al Juzgador para no tornar sus sentencias en meros actos declarativos. No encuentro en los agravios vertidos, fundamentos suficientes para dejarlas sin efecto, puesto que su aplicación no aparece como errónea o irrazonable. Es más, en el caso de autos, la prolongada renuencia de la administración en dictar el acto definitivo, configura un antecedente indiscutible para acudir a esta forma de coerción; por lo que se ha de rechazar la revocatoria deducida en este punto.-----

----- **d. Apelación en subsidio:**-----

-----

----- **1.** Por último, debo considerar la interposición de la apelación subsidiaria del recurso de revocatoria oportunamente planteado. Al respecto la accionante sostiene la improcedencia ante la claridad del art. 76 inc. 4 in fine del C.C.A. Entiende que el legislador se apartó deliberadamente del esquema general previsto en el Capítulo X del código ritual. Señala por otra parte que en modo alguno el texto constitucional nacional y provincial garantizan la doble instancia judicial -excepto en materia penal- y por ello válidamente el legislador local, al momento de crear su sistema de Administración de Justicia, pudo contemplar casos o situaciones que no sean recurribles o limitar su impugnación con recursos que deban ser resueltos por el mismo órgano del cual emanó el acto en crisis. Finalmente argumenta sobre la inaplicabilidad de los antecedentes en el orden nacional.-----

----- **2.** En este

tópico se ha dicho con claridad que los recursos tienen por objeto evitar que la posibilidad del error judicial ocasione un agravio al litigante (Fairen Guillen, Víctor. *Estudios de Derecho Procesal*, citado por Hitters, Juan Carlos, en *Técnica de los recursos ordinarios*, Librería Editora Platense, La Plata, 2000, pag. 3). Además el sistema impugnatorio busca el aumento de las garantías de una correcta administración de justicia y, a la vez, al acceso irrestricto a la misma (art. 15 de la C.P.); para cumplir con esa manda constitucional no es suficiente habilitar la instancia judicial, sino que en la misma se cumplan los requisitos indispensables que aseguren al litigante su derecho de defensa en juicio, y uno de ellos lo configura la doble instancia judicial.-----

-- En torno a la necesidad de cumplir estos requisitos existe una pauta hermenéutica insoslayable: las recomendaciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (En los casos "Maqueda", "Abella") ratificadas por la Corte Interamericana (En el caso "Castillo Petrucci"), donde se estableció que si bien la Constitución Nacional no impone la doble instancia sí lo hace el Pacto de San José de Costa Rica en el art. 8.2 h. ----- Desde esta óptica interpreto que el art. 76 último párrafo, en tanto dispone que la sentencia será susceptible de reposición no veda la apelación de la misma, sino que, establece una doble vía recursiva como excepción a la regla general en materia impugnatoria, que indica que las sentencias definitivas no son susceptibles de tal recurso, sino directamente de apelación (arts. 53 y 55 del C.C.A.; y arts. 238 y 242 del C.P.C.). Sin perder de vista que en el caso de autos, la concesión de la apelación podría implicar el agravamiento del estado de mora, ello no es óbice para otorgar a la contraria la posibilidad de recurrir a otra instancia de revisión plena. Recordemos que la apelación parte del presupuesto de la falibilidad humana: errores, oscuridad, interpretaciones contradictorias, diversidad de reglas jurídicas aplicables etc. -----

----- Como ya lo dejé establecido en el considerando I b).3, en el proceso especial de amparo por mora se debe acudir subsidiariamente a las normas del Código Procesal en lo Civil y Comercial. Atento a la finalidad de este tipo de proceso y a su regulación constitucional, que exige un amparo "expedito y rápido" (arts. 43 de la CN y 20 de la CP), se ha de conceder la apelación con efecto devolutivo prevista en el art. 496 inc. 4 del C.P.C.C. que resulta compatible con dicha vía. -----

----- **II) Las costas del presente se impondrán parcialmente a la demandada en calidad de vencida (art. 68 del C.P.C. y 77 del C.C.A.), quién deberá afrontar el pago del 70% de los honorarios que se regulen.-----**

----- Por ello, citas legales, jurisprudencia y doctrina, **RESUELVO: 1) Rechazar el recurso de revocatoria interpuesto por la demandada en todos sus términos. 2) Conceder el recurso de apelación en subsidio con efecto devolutivo (art. 496 inc. 4 del C.P.C.C.). A tales fines deberá la apelante acompañar fotocopias de la totalidad del expediente a los fines establecidos en el art. 250 del C.P.C.C. (arg. art. 77 del C.C.A.), ello en el plazo de cinco días bajo apercibimiento de declarar desierto el mismo (art. 250 inc. 3 del C.P.C.C.). 3) Imponer parcialmente las costas de la instancia recursiva a la demandada con los alcances fijados en el considerando II. 4) Regular los honorarios del Dr. M. H. E. O. (Leg. 58.149/5) en la suma de PESOS DOSCIENTOS VEINTIOCHO (\$ 228,00) con más el 10% de aportes legales (art. 47 último párrafo del Decreto Ley 8904 y 12 de la ley 6716). **REGISTRESE. NOTIFIQUESE POR CEDULA A LAS PARTES.****