CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA

FALLOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

XI

2009/A

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES

www.tsjbaires.gov.ar @TSJBaires tsjbaires

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires
Constitución y justicia : fallos del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2009. (vol. XI – 2009/A)
Libro digital, PDF

Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-46946-1-4 (Obra completa)
ISBN 978-987-794-007-7

1. Tribunal Superior de Justicia. 2. Jurisprudencia. 3. Derecho Constitucional. I. Título.
CDD 342

Compilación anónima

ISBN 978-987-794-007-7
9 789877 940077

CONSTITUCIÓN Y JUSTICIA

FALLOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires

Presidente

Dra. Conde, Ana María

Vicepresidente

Dr. Lozano, Luis F.

Jueces

Dra. Ruiz, Alicia E. C.

Dr. Maier, Julio B. J.

(jubilado a partir del 1º de octubre de 2009)

Dr. Casás, José O.

Secretario Judicial
en Asuntos Contencioso-Administrativos y Tributarios

Dr. Said, José L.

Secretario Judicial Interino en Asuntos Originarios

Dr. Saavedra, Heriberto V.

Secretario Judicial en Asuntos Generales

Dr. Perrone, José M.

Secretario Judicial Subrogante de la Secretaría Judicial
en Asuntos Penales, Contravencionales y de Faltas

Dr. Said, José L.

CONSTITUCIÓN y JUSTICIA

FALLOS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

XI

2009/A

ÍNDICE

FALLOS

I *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: 'Constructora Dos Arroyos S.A. c/GCBA y otros procesos incidentales'"* 3

Expte. n° 5883/08 - 4/2/2009 5

II *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'López, Héctor Jorge s/infr. art. 83, CC'"* 20

Expte. nº 6095/08 - 4/2/2009 21

III *"Compromiso Porteño, Partido s/infr. art. 17, inc. b), de la ley 268"* 31

Expte. n° 6003/08 - 5/2/2009 31

IV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sociedad del Estado Casa de la Moneda c/GCBA s/acción meramente declarativa'"* 34

Expte. n° 6210/08 - 4/2/2009 34

V *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*. 35

Expte. n° 5904/08 - 5/2/2009 36

VI *"Rodríguez, Celia Cristina s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Rodríguez, Celia Cristina c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"*. 41

Expte. n° 5897/08 - 10/2/2009 42

VII *"Fraschini, Denise Mariel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 45

Expte. nº 6067/08 - 10/2/2009 46

VIII *"Ful-Mar S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ful-Mar S.A. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)* 51

Expte. n° 6163/08 - 10/2/2009 52

IX *"Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"* 63

Expte. n° 5940/08 - 11/2/2009 64

X *"Línea de Microómnibus 47 SATCFI s/infr. art. 6.1.63 violación de semáforos sin poder identificar al conductor s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 68

Expte. nº 6009/08 - 11/2/2009 69

XI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Repetto, Domingo José María s/expropiación'"* 37

Expte. n° 6047/08 - 11/2/2009 74

XII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cosentino, Alcira Ester c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni remuneración)'"* 78

Expte. nº 6031/08 - 11/2/2009 79

XIII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Orígenes AFJP S.A. c/GCBA s/repetición (art. 457, CCAYT)'"* 85

Expte. nº 6038/08 - 11/2/2009 85

XIV *"Dolmann, Francisco y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Dolmann, Francisco s/infr. art. 78, obstrucción de vía pública —CC—'"*. 88

Expte. nº 6061/08 - 11/2/2009 89

XV *"Baigorria, Fabián Gabriel y otros s/inf. art. 189 bis, C.P. portación de arma de fuego de uso civil s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 6195/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Baigorria, Fabián Gabriel y otros s/inf. art. 189 bis, C.P. portación de arma de fuego de uso civil'"* 95

Expte. n° 6192/08 - 11/2/2009 96

XVI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Morlan, Fernando Luján c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni remuneración)'"* 103

Expte. nº 6021/08 - 11/2/2009 105

XVII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Datco S.A. y otros c/GCBA s/impugnación actos administrativos'"* 110

Expte. nº 5831/08 - 12/2/2009 111

XVIII *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Saavedra, Walter Ernesto s/infr. art. 81 del CC —oferta y demanda de sexo en espacio público—'"*. 117

Expte. nº 6230/08 - 12/2/2009 118

XIX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sada Manzini, María Inés c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'"* 123

Expte. nº 6022/08 - 18/2/2009. 125

XX *"Personal Card S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Personal Card S.A. c/GCBA s/beneficio de litigar sin gastos'"* 136

Expte. nº 6062/08 - 18/2/2009 137

XXI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: Vega, Artemia s/inf. art. 83, CC (regulación de honorarios del perito psiquiatra)'"*. 140

Expte. n° 6120/08 - 25/2/2009 140

XXII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Arce Goitía, Guillermo Federico s/inf. art. 111, CC'"*. 143

Expte. nº 5999/08 - 25/2/2009 143

XXIII *"Isacoff, Gastón Andrés y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Isacoff, Gastón Andrés y otro c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'"* 146

Expte. nº 5982/08 - 25/2/2009 147

XXIV *"Gaido, Lucio Miguel c/CASSABA s/otros recursos judiciales c/resolución de personas públicas no estatales s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 158

Expte. n° 5943/08 - 25/2/2009 159

XXV *"Transportes Veintidós de Septiembre SAC s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Transporte Veintidós de Septiembre SACI s/infracción arts. 6.1.63, violación de semáforos sin poder identificar al conductor. Ley 451'"* 160

Expte. nº 6037/08 - 25/2/2009 162

XXVI *"Martín, Mauro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Club Atlético Vélez Sarsfield s/inf. art. 96, CC —apelación—'"* 167

Expte. nº 5978/08 - 25/2/2009 168

XXVII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Huarte, Aída Margarita c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"* 172

Expte. nº 6102/08 - 4/3/2009 172

XXVIII *"Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"* 178

Expte. n° 6054/08 - 4/3/2009 179

XXIX *"Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/impugnación de actos administrativos'"* 183

Expte. n° 6096/08 - 4/3/2009 184

XXX *"Metrovías S.A. c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Bs. As. s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est. s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. . 191

Expte. n° 6138/08 - 4/3/2009 192

XXXI *"Sapoznikow, Jacobo David s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sapoznikow, Jacobo David c/GCBA s/impugnación actos administrativos"*. 203

Expte. nº 6008/08 - 4/3/2009 206

XXXII *"Copacabana S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Copacabana S.A. c/GCBA (Secretaría de Salud-Tesorería General) s/cobro de pesos'"* 232

Expte. nº 5909/08 - 4/3/2009 233

XXXIII *"Multigap S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Multigap S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales en Multigap S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'"* 249

Expte. nº 6018/08 - 4/3/2009 249

XXXIV *"Isely, Guillermo Rodolfo y otros c/CASSABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 254

Expte. n° 6041/08 - 4/3/2009 255

XXXV *"Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/res. personas públicas no estatales'"*. 262

Expte. n° 6081/08 - 4/3/2009 263

XXXVI *"Acebedo, Horacio Néstor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 270

Expte. n° 6218/08 - 4/3/2009 271

XXXVII *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Dorelle, Daniel Héctor y otros c/GCBA s/recusación (art. 16, CCAYT)'"*. 276

Expte. nº 6190/08 - 5/3/2009 280

XXXVIII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'López, Romina y Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. arts. 116, 117 y 118, CC'"*. 307

Expte. n° 6131/08 - 4/3/2009 307

XXXIX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Galli, Andrea Carolina y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*. 313

Expte. n° 5925/08 - 4/3/2009 313

XL *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'García, Juan Fernando s/inf. art. 89, vender alcohol en horario nocturno (de 23 a 8 hs.), CC'"* 317

Expte. nº 6169/08 - 4/3/2009 319

XLI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro, Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 325

Expte. nº 6162/08 - 5/3/2009 327

XLII *"Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA y otro s/acción declarativa de certeza"* 344

Expte. n° 6242/08 - 5/3/2009 344

XLIII *"Davo, Mariano c/Caja de Seguridad Social para Abogados de la CABA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 349

Expte. n° 5987/08 - 11/3/2009 350

XLIV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ceriani, Nélida Matilde c/GCBA y otros s/revisión cesantías o exoneraciones de empleo público'"* 355

Expte. n° 6099/08 - 11/3/2009 355

XLV *"Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Montes, Alberto Omar c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"* 360

Expte. n° 5898/08 - 11/3/2009 361

XLVI *"GNC S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GNC S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos'"* 364

Expte. nº 6039/08 - 11/3/2009 365

XLVII *"Di Giorgio, Matías s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Di Giorgio, Matías c/GCBA s/otros procesos incidentales' en: 'Di Giorgio, Matías c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 377

Expte. nº 6207/08 - 11/3/2009 378

XLVIII *"Maggio, Rodolfo Diego Agustín s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Maggio, Rodolfo Diego Agustín c/GCBA s/otros procesos incidentales en: Maggio, Rodolfo Diego Agustín c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 388

Expte. n° 6209/08 - 11/3/2009 390

XLIX *"Marocchi, Haydée Susana s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Marocchi, Haydée Susana c/GCBA s/otros procesos incidentales: Marocchi, Haydée Susana c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 401

Expte. nº 6208/08 - 11/3/2009 403

L *"Asociación de Abogados de la Procuración General CABA c/CASSABA y otros recursos judiciales c/resolución de personas públicas no estatales s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 414

Expte. n° 5994/08 - 11/3/2009 415

LI *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Toscana Emprendimientos S.A. s/ejecución fiscal – ingresos brutos'"*. 418

Expte. nº 6052/08 - 11/3/2009 419

LII *"Plana, Laura Mariana c/GCBA y otros s/revisión cesantías o exoneraciones de empleados públicos s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 433

Expte. n° 6137/08 - 11/3/2009 433

LIII *"Waingarten, Sebastián c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 6199/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Waingarten, Sebastián c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 438

Expte. nº 6219/08 - 11/3/2009 441

LIV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bentolila, Jorge David c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277, CCAYT)'"*. 446

Expte. n° 6063/08 - 11/3/2009 447

LV *"Mena, Ubaldo Alberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mena, Ubaldo Alberto c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 459

Expte. nº 6217/08 - 12/3/2009 461

LVI *"Ministerio Público – Asesora General Tutelar c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 473

Expte. n° 6153/08 - 16/3/2009 473

LVII *"Montenegro, Fandor Lucio y otros c/GCBA s/amparo"*. . . . 476

Expte. n° 6425/09 - 16/3/2009 477

LVIII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Villar, Valeria y Oniszczuk, Carlos Alberto s/infr. arts. 116, 117 y 118 organizar y explotar juego'"* 479

Expte. n° 5905/08 - 18/3/2009 480

LIX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mirci, Hilda Martha c/GCBA s/expropiación inversa-retrocesión'"* 482

Expte. nº 6122/08 - 18/3/2009 482

LX *"Gurrieri, Mónica Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gurrieri, Mónica Beatriz c/OSCBA s/revisión cesantías o exoneraciones de emp. públ.'"* 486

Expte. n° 5979/08 - 18/3/2009 487

LXI *"Línea de Microómnibus 47, SATCFI s/infr. art. 6.1.63, violación de semáforo sin poder identificar al conductor —ley 451— s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 498

Expte. nº 6128/08 - 18/3/2009 499

LXII *"Tejerina, Víctor Ángel s/inf. art. 81, CC, oferta y demanda de sexo en espacios públicos s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 504

Expte. n° 6033/08 - 18/3/2009 505

LXIII *"Ambrosi, Leonardo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"*. 508

Expte. nº 5859/08 - 23/3/2009 510

LXIV *"Lewinzon, Julio s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lewinzon, Julio c/GCBA s/otras demandas c/la aut. administrativa'"* 527

Expte. nº 5948/08 - 23/3/2009 528

LXV *"Dávila 380 S.A. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia"*. 543

Expte. nº 6405/09 - 23/3/2009 544

LXVI *"Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Bs. As. s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"* 551

Expte. n° 6216/08 - 25/3/2009 552

LXVII *"Zurcher, Silvia Adelina c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 556

Expte. n° 6296/08 - 25/3/2009 556

LXVIII *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Montiel, Sergio Leonardo s/inf. art. 189 bis, C.P.'"* 560

Expte. n° 6179/08 - 25/3/2009 560

LXIX *"Martínez Peria, Francisco Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Martínez Peria, Francisco Jorge c/CASSABA s/impugnación de actos administrativos'"* 561

Expte. n° 6090/08 - 25/3/2009 563

LXX *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Humboldt 1967 S.A. y otros c/GCBA s/otros procesos incidentales'"* 568

Expte. n° 6106/08 - 25/3/2009 570

LXXI *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Estigarribia, Federico Milcíades y otros s/infracción art. 189 bis portación de armas de fuego de uso civil (P/L 2303)'"*. 577

Expte. nº 6171/08 - 25/3/2009 578

LXXII *"González Taboada, Néstor s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'González Taboada, Néstor c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 583

Expte. n° 6092/08 - 25/3/2009 584

LXXIII *"Barilati, Juan Ignacio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 591

Expte. n° 6278/08 - 26/3/2009 593

LXXIV *"Di Filippo, Facundo y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 599

Expte. n° 6371/09 - 26/3/2009 600

LXXV *"Speroni, Santiago c/GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Speroni, Santiago c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'"* 606

Expte. nº 5983/08 - 26/3/2009 607

LXXVI *"Morello, Roberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Morello, Roberto s/inf. art. 4.1.1, ausencia de habilitación y desvirtuación de rubro, L 451'"* 619

Expte. nº 6365/08 - 31/3/2009 620

LXXVII *"Gerialeph S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Responsable de la Firma Gerialeph S.A. s/inf. art.(s) 2.2.14 sanción genérica L 451'"*. 622

Expte. nº 6408/09 - 31/3/2009 622

LXXVIII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lim, Kyong Yun s/infr. art. 111, conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes —CC—'"* . . 625

Expte. nº 6418/09 - 31/3/2009 625

LXXIX *"Agrupación de Vecinos Malditos Parquímetros (AVMP) c/GCBA s/SAO –otros"*. 628

Expte. n° 6427/09 - 31/3/2009 628

LXXX *"Risso de Silva, Liliana y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Risso de Silva, Liliana c/GCBA s/impugnación actos administrativos'"* 630

Expte. nº 5959/08 - 31/3/2009 631

LXXXI *"Consultores Navesur S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Consultores Navesur S.A. c/GCBA s/cobro de pesos'"* 637

Expte. n° 6064/08 - 31/3/2009 640

LXXXII *"Nuñez, Marcela Alejandra c/GCBA s/daños y perjuicios s/recurso de apelación ordinario concedido"* 664

Expte. nº 5605/07 - 1º/4/2009 664

LXXXIII *"Passarelli, Ariel Oscar s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Passarelli, Ariel Oscar c/GCBA – Secretaría de Educación s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"* 665

Expte. n° 5551/07 - 7/4/2009 666

LXXXIV *"Martínez Saravia, Andrea Carmina c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia"*. 669

Expte. n° 6426/09 SAO - 8/4/2009 669

LXXXV *"Asociación de Psicólogos del GCBA c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"* 675

Expte. n° 5942/08 - 8/4/2009 675

LXXXVI *"Wasserman, Armando Andrés y Bwin Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bwin.com s/infr. art. 116, organizar y explotar juego, CC —apelación—'" y su acumulado expte. n° 6017/08 "Wasserman, Armando Andrés y Bwin Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bwin.com s/infr. art. 116, organizar y explotar juego, CC – apelación'"* 677

Expte. nº 6004/08 - 8/4/2009 678

LXXXVII *"Rodríguez, Marcelo José s/inf. art. 189 bis, C.P., portación de arma de fuego de uso civil s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 6148/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Rodríguez, Marcelo José s/infr. art. 189 bis, C.P.'"* . . . 697

Expte. n° 6146/08 - 15/4/2009 699

LXXXVIII *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'López, Héctor Jorge s/infr. art. 83, CC'"* 703

Expte. nº 6095/08 - 15/4/2009 704

LXXXIX *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sánchez, Héctor Rolando s/inf. art. 81, CC (ley 1472)'"* . 706

Expte. n° 6108/08 - 15/4/2009 706

XC *"Palazón, Mónica Graciela s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Palazón, Mónica Graciela c/GCBA s/daños y perjuicios'" y su acumulado expte. n° 6124/08 "Palazón, Matías s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Palazón, Mónica Graciela c/GCBA s/daños y perjuicios'"*. 708

Expte. n° 6123/08 - 15/4/2009 709

XCI *"Buenos Aires Container Services S.A. c/GCBA s/recurso apel. jud. c/decis. DGR (art. 114, C.F.) s/recurso de inconstitucionalidad concedido"* 722

Expte. n° 5890/08 - 15/4/2009 723

XCII *"Vascello, Leandro Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Vascello, Leandro Jorge c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 724

Expte. n° 6032/08 - 15/4/2009 725

XCIII *"Compañía de Tierras Sud Argentino S.A. (ante Cía. Senipex S.A.) s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Senipex S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos'"* 27

Expte. nº 6116/08 - 15/4/2009 731

XCIV *"Finoli, Micaela c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 744

Expte. n° 5851/08 - 15/4/2009 747

XCV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Bicci, Estela Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"* 772

Expte. n° 5939/08 - 15/4/2009 773

XCVI *"Baigorria, Fabián Gabriel y otros s/inf. art. 189 bis portación de arma de fuego de uso civil, C.P. s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. n° 6195/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Baigorria, Fabián Gabriel y otros s/inf. art. 189 bis portación de arma de fuego de uso civil, C.P.'"* 782

Expte. n° 6192/08 - 21/4/2009 783

XCVII *"Macagno, Carlos Alberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Vitelli, Francisco Mario c/GCBA (Sanatorio Municipal Julio Méndez) y otros s/daños y perjuicios'"* 786

Expte. nº 5655/07 - 21/4/2009 786

XCVIII *"Gelabert, Sergio Claudio y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Gelabert, Sergio Claudio; Spangerberg, Hugo Hernán s/inf. arts. 116 y 117, ley 1472'"* 793

Expte. n° 6453/09 - 22/4/2009 793

XCIX *"Ministerio Público – Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 795

Expte. nº 5541/07 - 27/4/2009 801

C *"Calcaterra, Rubén Alberto c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad"*. 839

Expte. nº 6336/08 - 29/4/2009 843

CI *"GCBA s/SAO —otros— inhibitoria, en: 'Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial c/GCBA s/sumarísimo'"*. 855

Expte. n° 6421/09 - 29/4/2009 858

CII *"Casabona, Marcelo Ángel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia"*. 879

Expte. nº 6447/09 - 29/4/2009 881

CIII *"Titular de la explotación comercial, calle Av. Martín García 896 1º, 2º, 3º y azotea s/allanamiento s/conflicto de competencia"*. 887

Expte. n° 6445/09 - 29/4/2009 888

CIV *"GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Kosovel, Nélida y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'"*. 895

Expte. n° 6185/08 - 29/4/2009 896

CV *"Automóvil Club Argentino c/GCBA s/recurso de apelación ordinario concedido" y su acumulado expte. nº 5977/08: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Automóvil Club Argentino c/GCBA s/repetición (art. 457, CCAYT)'"* 907

Expte. nº 6117/08 - 29/4/2009 908

CVI *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Yebra Rodríguez, José s/inf. 6.1.9, placas de dominio ley 451'"* 920

Expte. nº 6140/08 - 29/4/2009 921

CVII *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sacaca, Benito Gabriel s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes'"* 927

Expte. nº 6235/08 - 29/4/2009 929

CVIII *"Morello, Roberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Morello, Roberto s/inf. art. 4.1.1, ausencia de habilitación y desvirtuación de rubro —L 451'"*. 938

Expte. nº 6265/08 - 29/4/2009 939

CIX *"Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Herrera, Hernán Ezequiel y Molina, Lucas Daniel s/inf. art. 150, C.P. —violación de domicilio'"*. 940

Expte. nº 6274/08 - 6/5/2009 940

CX *"Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'López, Romina y Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. arts. 116, 117 y 118, CC'"*. 942

Expte. n° 6131/08 - 6/5/2009 942

FALLOS

I

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO, EN: 'CONSTRUCTORA DOS ARROYOS S.A. C/GCBA Y OTROS PROCESOS INCIDENTALES'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. Sentencia definitiva. Deber de información. ASTREINTES: Atribución del Poder Judicial. Principio de división de poderes. ARBITRARIEDAD DE SENTENCIA: Debido proceso. Interpretación de normas infraconstitucionales. Derecho común. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. El pronunciamiento que aplica una multa diaria por el incumplimiento del GCBA en contestar un pedido de informes requerido por la parte actora, sanción que tuvo por finalidad conminar a quien debía informar al cumplimiento del requerimiento, en principio no es sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, no obstante cabe equipararlo a tal, ya que el punto ha quedado definido con la decisión que rechazó los pedidos de cesación formulados por el GCBA, quien independientemente de la suerte que corra en el proceso principal, ya ha sido condenado al pago de una multa que es susceptible de ser ejecutada y el pronunciamiento que recaiga sobre el fondo del pleito no habrá de remediar el perjuicio ocasionado por la imposición de la multa. (*Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los jueces Luis F. Lozano, José O. Casás y Ana María Conde).*

2. Los agravios que se vinculan con circunstancias de hecho y prueba, y discrepan con la interpretación del art. 327, CCAyT efectuada por el *a quo* y con la valoración de su conducta por la Cámara para justificar la imposición de una multa debida al incumplimiento en plazo de una intimación procesal, no superan, en principio, el límite de una mera cuestión de interpretación de la ley común, infraconstitucional, que no logra articular ningún agravio constitucional concreto en ese sentido. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

3. La fijación de una multa conminatoria es una atribución claramente puesta en manos de los jueces para hacer cumplir sus decisiones, incluso cuando

se refiere a la autoridad ejecutiva (arts. 30 y 327, II, CCAyT); y no representa invasión alguna, contraria al principio republicano de gobierno, de un Poder, el Judicial, en la esfera de otro, el Ejecutivo, sino que tan sólo implica, en principio, el ejercicio de una atribución concedida a los jueces por el Poder Legislativo, jueces que sólo se caracterizan por ser independientes de los demás poderes del Estado y del propio Poder Judicial (autoridades superiores), pero que están sometidos a la ley. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de los jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

4. Existe lesión constitucional (arts. 17 y 18, C.N.) cuando el rechazo de la solicitud de dejar sin efecto la multa, frente a la comunicación del requerido de que no tiene más información y que ha puesto a disposición del juez toda la documentación requerida y existente en sus archivos, importa la aplicación de una multa indefinida, que el tiempo acrecentará sin final alguno, ya que la información solicitada no resulta disponible para el requerido. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

5. El hecho de que el CCAyT regule los procesos en que las autoridades administrativas son parte (arts. 1° y 2°, CCAyT) y que, a la vez, prevea que los informes pueden requerirse a entidades públicas o privadas, no modifica el destinatario del deber de informar (un tercero), un funcionario determinado u otra entidad pública que no sea parte en el juicio, de modo que la multa prevista en el art. 327, CCAyT para las entidades públicas o privadas que sin causa justificada no contestaren oportunamente el informe, no parece estar prevista para ser impuesta a las partes, sino a los terceros a quienes se les requiere el informe. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de los jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

6. Si bien, como regla general, la valoración de las conductas de las partes o terceros y la imposición de sanciones en el marco del proceso judicial constituye una cuestión de hecho y derecho procesal, de naturaleza infraconstitucional y por ende ajena al ámbito del recurso de inconstitucionalidad local, cabe hacer una excepción cuando la decisión judicial que decretó la sanción incurre en clara arbitrariedad, lesiva del debido proceso y el derecho de defensa en juicio, y del derecho de propiedad del sujeto a quien se impuso la pena. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde)*.

7. La circunstancia de que la ley 402 no contemple a la arbitrariedad de sentencia como fundamento autónomo expreso para la articulación de un recurso de inconstitucionalidad no constituye, en principio, óbice para la procedencia de éste; pues la existencia de una sentencia válida es requisito inexcusable para la adecuada vigencia de la garantía del debido proceso, cuya afectación efectiva y trascendente habilita la evaluación del caso en instancia de control constitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde)*.

8. Las astreintes (art. 666 bis, Cód. Civil) son condenaciones conminatorias de carácter pecuniario, que los jueces aplican a quien no cumple un deber

jurídico impuesto en una resolución judicial, cuya vigencia perdura mientras no cese la inejecución, pudiendo aumentar indefinidamente. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

9. Es arbitraria la sentencia que no analizó y descartó sin brindar ninguna fundamentación válida, la defensa opuesta por el GCBA para solicitar el cese de la sanción de multa fundada en la imposibilidad de proveer la información requerida. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

10. Si los entes gubernamentales oficiados manifestaron expresamente no contar con información adicional, y no hay indicios que permitan presumir que dicha afirmación es falsa, resulta de cumplimiento imposible el deber de informar que se pretende exigir mediante las astreintes. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

11. Si las pruebas obrantes en la causa permiten presumir que el GCBA efectivamente cuenta con documentación donde se encuentra la información que afirmó desconocer, y por lo tanto retaceó maliciosamente la entrega de los datos solicitados mediante la prueba informativa, existen otros institutos procesales que puede aplicar el juez al momento de dictar sentencia, tales como el art. 316, CCAyT, porque no se puede forzar a las partes a observar una conducta procesal contraria al propio interés, pero sí sancionar mediante presunciones en su contra el obrar reticente. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. n° 5883/08 - 4/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Constructora Dos Arroyos S.A promovió demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante: GCBA) para el "cobro de la suma de $ 1.034.600,34 por la rescisión del contrato de obra pública" (véase punto ll, primer párrafo del dictamen de fs. 56/59, véase también punto lV del relato efectuado por el recurrente en el escrito de fs. 32/45).

2. Con motivo de la realización de los medios de prueba dispuestos por la jueza de primera instancia en la etapa correspondiente, se libró un oficio a los efectos de que el GCBA informase sobre puntos que allí se requerían (véase fs. 105/106, of. jud.1739-PGOP-2004, fecha 7/10/2004).

La contestación a ese pedido de informes obra a fs. 132/139 (véase cargo de fs. 139 vta. de fecha 2/11/2004).

En la oportunidad pertinente, la actora impugnó las respuestas dadas por considerar que ellas eran incompletas, evasivas y ocultaban información, pues sólo comunicaban la información en poder de una de las dependencias del

Gobierno de la Ciudad: el denominado "Ente de Mantenimiento Urbano Integral", sin haber dado intervención a las demás dependencias de la demandada, poseedoras de la información solicitada (véase fs. 156/158).

A requerimiento de la actora, se ordenó la reiteración del oficio en relación a los puntos previamente individualizados por ella (véase punto 3.1 de fs. 157 vta. y providencia de fs. 161), reiteración cumplida el 5/4/2005 (fs. 297/300: oficio nº 386-EMUI-2005). Frente al silencio guardado por el GCBA–Secretaría de Obras y Servicios Públicos, con fecha 27/6/2005 se diligenció —mediante escribano público— ante el Ente de Mantenimiento Urbano Integral una nueva reiteración, bajo el apercibimiento previsto en el art. 327 del CCAyT (véase fs. 328/337: oficio judicial nº 797-EMUI-2005).

Luego, otra vez sin respuesta, la jueza de primera instancia intimó al GCBA a que en el plazo de tres días informe la fecha en que exhibiría la documentación relacionada con el oficio acompañado, exhibición que debía llevarse a cabo dentro del plazo de diez días, bajo apercibimiento de usar el art. 331 CCAyT (véase fs. 340 y 351, último párrafo). Esta intimación fue notificada al GCBA–Ente de Mantenimiento Urbano Integral, con fecha 17/11/2005 (véase diligencia de fs. 376 vta.).

Por nota 2577-EMUI/05 el Estado demandado comunicó que se encontraba disponible para su exhibición la documentación requerida (véase fs. 400 y cargo de fs. 400 vta. de fecha 19/12/2005). También por nota 2626-EMUI/05 se hizo saber al juzgado de primera instancia acerca de las notas cursadas a las distintas jurisdicciones del GCBA (véase fs. 403/445 vta. y cargo de fs. 446: 27/12/2005).

Simultáneamente, la actora comunicó que había concertado una entrevista con el Ingeniero Pérez para el día 3/1/2006, a los fines de examinar la documentación respaldatoria (fs. 448, cargo de fecha 27/12/2005).

Con motivo de las notas cursadas a las distintas jurisdicciones de la demandada, se recibe —con fecha 1º/2/2006— la información agregada a fs. 452/536.

A pedido de la actora, la jueza de primera instancia —con fecha 16/2/2006— tuvo por acreditado el incumplimiento del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires respecto del pedido de informes oportunamente cursado y le impuso una multa diaria de pesos cincuenta ($ 50) por cada día de retardo en el cumplimiento de la medida ordenada, contados a partir de la recepción del oficio que notificaba dicha resolución (fs. 540 y fs. 543), hecho que ocurrió el 29/5/2006 (oficio nº 5386-PG-2006, fs. 554/555).

3. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires solicitó —con sustento en las respuestas dadas en el primer oficio diligenciado y a fs. 403/446—, que se dejase sin efecto la multa impuesta por considerar que no fue

reticente al contestar los oficios que le fueron diligenciados; en realidad, no contaba con la información requerida (fs. 662/663 vta.). Por su parte, el Ente de Mantenimiento Urbano Integral (EMUI) —por nota 1311-EMUI/06— contestó el 30/6/2006 el oficio judicial nº 5386-PG-2006 (fs. 710/721, véase cargo de fs. 722).

Previo el traslado pertinente, la jueza de primera instancia rechazó por extemporáneo el pedido de la demandada de que se dejase sin efecto la multa fijada (fs. 737). Sin embargo, la Cámara de Apelaciones consideró que se trataba de un pedido de cesación de sanciones no sujeto a plazo alguno y su rechazo era, en principio, apelable.

Sin perjuicio de lo hecho hasta ese momento, la demandada solicitó nuevamente en primera instancia que se dispusiera la cesación de la multa impuesta, en atención a que —según nota 2156-EMUI/06 de fecha 8/9/2006: fs. 743— no contaba con la información que se le requería (fs. 768/769 vta.) y planteó un recurso de apelación en subsidio. La petición fue desestimada en primera instancia (fs. 777) y se concedió la apelación subsidiaria.

4. Finalmente, la Cámara de Apelaciones rechazó, por mayoría, los pedidos de cancelación de la sanción impuesta por la jueza de primera instancia formulados por el GCBA a fs. 662/663 vta. y 768/769 vta., con costas (fs. 883/886), por los fundamentos siguientes: "la sanción impuesta por la magistrada de primera instancia tiene adecuado sustento fáctico, en la medida en que a pesar de las reiteradas notificaciones remitidas a la autoridad correspondiente y a la Procuración General, ha transcurrido más de un año sin que se proporcione la información requerida.// De las voluminosas actuaciones que componen el incidente de apelación se desprende que incluso al 20/12/2006 (fs. 869/871) persistiría el incumplimiento, y que diferentes áreas u organismos de la demandada no coinciden respecto de quién resulta poseedor de la información solicitada". El citado pronunciamiento también ponderó que "se advertía un uso prudente en grado sumo de la facultad sancionatoria por parte de la jueza de primera instancia que sólo impuso la multa cuestionada al registrarse más de un año de demora en contestar un informe que debió haber sido satisfecho en quince días, y lo hizo por un monto muy inferior al máximo autorizado por la norma".

5. Frente a ello, el GCBA dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 889/897).

En tal sentido, consideró que la sentencia recurrida: *a)* emanaba del superior tribunal de la causa; *b)* revestía el carácter de sentencia definitiva por cuanto le ocasionaba un gravamen de imposible reparación ulterior al derecho de defensa y al debido proceso de su parte consagrados en la Constitución Nacional y local, pues lo decidido no podría ser discutido con posterioridad ni

estaría sujeto a remedio alguno, actual o futuro, que no fuera la vía que intentó; *c)* violaba los derechos constitucionales de propiedad, defensa en juicio, los principios constitucionales de legalidad, razonabilidad, jerarquía de las normas y el sistema federal de gobierno establecido como principio básico por el art. 1° de la C.N.; *d)* era arbitraria, irrazonable y desproporcionada pues la obligaba a abonar una multa que perduraría *sine die* en el tiempo, pues, como lo había expresado, su parte carecía de la información requerida; además, se la intimaba a exhibir una documentación que ya obraba en autos; y *e)* omitió considerar la totalidad de los elementos de la causa y las cuestiones sometidas a su examen, y condenó a su parte de acuerdo a normas y principios no aplicables al caso.

6. La Cámara de Apelaciones, previo traslado a la parte actora, declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado por el GCBA, con costas (fs. 906 y vta.). Fundó su decisión en que la resolución recurrida (rechazo de un pedido de cesación de sanciones impuestas al GCBA, originadas en el incumplimiento de proveer tempestivamente la información requerida por la actora) no constituía una sentencia definitiva, ni podía ser equiparada a tal. La Cámara sostuvo también que no se verificaba la concurrencia de un caso constitucional, ni la arbitrariedad alegada.

7. Interpuesta la queja por el GCBA (fs. 32/44 vta. de esta queja), se remitieron las actuaciones al fiscal general adjunto, quien propició su rechazo en atención a que el pronunciamiento recurrido no constituía sentencia definitiva y a que el recurrente no había logrado exponer fundadamente un caso constitucional (fs. 56/59 de esta queja).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad articulado por el GCBA satisface los requisitos de forma exigidos para la ley 402.

2. Según lo señalado por la Sala II de la Cámara de Apelaciones y por el fiscal general adjunto en su dictamen, primeramente debo examinar si, en el caso, el pronunciamiento recurrido constituye sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, LPTSJ, esto es, si la multa diaria impuesta al GCBA por el incumplimiento en contestar un pedido de informes requerido por la parte actora, sanción que tuvo por finalidad conminar a quien debía informar al cumplimiento del requerimiento, habilita el recurso interpuesto.

Medidas de este tipo no constituyen —en principio— sentencia definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad (expte. nº 3033/04, "Loñ, Carolina y otros c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", sentencia del 12/9/2004).

Sin embargo, el caso expone una situación particular en varios sentidos. El primero de esos sentidos anuncia que el punto ya ha quedado definido con la decisión que rechazó los pedidos de cesación formulados por el GCBA. El demandado, independientemente de la suerte que corra en el proceso principal, ya ha sido condenado al pago de una multa, que es susceptible de ser ejecutada. A ello no obsta la posibilidad, siempre latente, de disculpar y dejar sin efecto el pago, total o parcialmente (reajuste), conforme al art. 30, II, del CCAyT, pues tal facultad, condicionada pero discrecional, opera a la manera de un indulto o una conmutación de pena, instituto éste que tampoco obsta al carácter definitivo de la sentencia de condena penal, para acudir a un ejemplo conocido y admitido en sus alcances. Así las cosas, tampoco el pronunciamiento que eventualmente recaiga sobre el fondo del pleito habrá de remediar el perjuicio ocasionado por la imposición de la multa. El asunto pues, en relación al objeto que examinamos, ha sido concluido con la última decisión de mérito de la Cámara y no se vincula para nada al objeto del litigio.

Por lo demás, el GCBA ha manifestado, incluso con anterioridad a la imposición de la multa y reiterado después de que ella fuera decidida, que no cuenta con otra información que la ya proporcionada (véase fs. 136/137, 404/415, 452/491, 525, 662 vta., 674/675, 683, 710/711, 743, 768, 821/822, 852/855), esto es, que nada puede informar más allá de aquello que informó. Por otra parte, también comunicó que estaba disponible para su exhibición la documental requerida en relación a diversos puntos del oficio judicial de fecha 17/5/2005 (fs. 400 y vta.: 19/12/2005). De tal modo, no resta posibilidad alguna para revertir la sanción impuesta al GCBA (prueba de ello son los reiterados intentos de su parte para que se dispusiese la cesación de la medida; adviértase que se encuentra pendiente de resolución por parte de la Cámara de Apelaciones un tercer pedido en tal sentido, expte. nº 9688/3), pues cierto es que la demandada ya contestó no poseer la información que se le solicitó, que tanto la jueza de primera instancia como la Cámara de Apelaciones consideraron insuficiente la respuesta y que decidieron que no correspondía evitar la multa diaria impuesta a la demandada. Con ello se cerró, prácticamente, toda posibilidad de que el GCBA pueda lograr que las instancias de mérito revoquen la sanción cuestionada, más allá de la posibilidad de perdón, antes expuesta.

De tal modo, tanto desde el punto de vista práctico, como desde el punto de vista teórico, la decisión sobre la multa, extraña por completo al objeto del pleito, ha adquirido la firmeza propia de las sentencias de mérito definitivas y, por ende, forzoso es concluir que la sentencia recurrida reúne la condición a que alude el art. 27 de la ley 402, LPTSJ. Estas advertencias alcanzan para conceder a la decisión alcance de sentencia definitiva del último tribunal de mérito, ya no por equiparación, sino antes bien, por constitución, si dejamos de lado todo eufemismo idiomático, y para considerarla objeto impugnable por el recurso intentado (ley local

402, art. 27), de manera que, desde este aspecto de la cuestión, la queja triunfa y el recurso de inconstitucionalidad debe ser admitido.

3. Tampoco obsta a esta conclusión aquella sostenida por mí en el caso "GCBA y Filmus, Daniel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Berdier, Marcelo Tristán c/GCBA s/otros procesos incidentales'", expte. nº 1503/02, sentencia del 16/7/2002, pues, como se verá, aquel caso también difiere del actual, en tanto: *a)* la multa impuesta como sanción se había consolidado temporalmente y representaba una suma líquida; *b)* se trataba de una multa con idéntico fin, pero impuesta a una persona de existencia visible, un funcionario; y *c)* él no era parte en el juicio. Estas características —alguna de ellas ya anticipada— nos conduce a examinar la existencia de un caso constitucional. En verdad, tanto el planteo de la queja, como el recurso de inconstitucionalidad, son defectuosos en ese sentido. Dicho de modo sintético, ellos adolecen de un defecto convertido en cliché: bajo el paraguas de la voz mágica, arbitrariedad, y de algunas otras referencias constitucionales muy abiertas, como el derecho de propiedad, de defensa y la forma de gobierno republicana, con su señalamiento respectivo, la "invasión" del Poder Judicial en la espera del Ejecutivo, seguramente para "someterlo", los recursos no pasan de ser ensayos de aquello que, a mi juicio, no debe hacerse al interponer un recurso limitado por la materia.

Aunque el GCBA afirma en el recurso —al reseñar la cuestión constitucional— que "en estos autos se configura una lesión al derecho de defensa en juicio, ya que se condena a esta parte por aplicación de normas y principios no aplicables al caso", agravio al que agrega su denuncia de verse lesionada la garantía de la propiedad "obligando en forma contraria a la norma a mi representada a abonar aquello que no corresponde conforme a derecho" (fs. 26), lo cierto es que la invocación de tales principios constitucionales carece de relación directa con la cuestión debatida. De acuerdo con reiterada jurisprudencia del Tribunal, la referencia ritual a derechos, principios y/o cláusulas constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho, principio o garantía de raíz constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, sentencia del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia*, Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 20 y ss.; "Codega, Christian y Fiorentini Rosalino, Jaime s/art. 71, CC s/recurso de queja", exptes. nºs. 897/01 y 900/01, sentencia del 11/7/2001; y mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires c/DGR s/recurso de

apelación judicial c/decisiones de DGR'", expte. n° 1227/01, sentencia del 26/3/2002, entre muchos otros).

La simple lectura del escrito permite advertir, sencillamente, que el recurrente abunda en la relación de circunstancias de hecho y prueba, y discrepa con la interpretación del art. 327 CCAyT efectuada por el *a quo* y con la valoración de su conducta por la Sala II para justificar la imposición de una multa debida al incumplimiento en plazo de una intimación procesal. Estamos frente a un asunto que no supera, en principio, el límite de una mera cuestión de interpretación de la ley común, infraconstitucional, así como de hecho y prueba, que no logra articular ningún agravio constitucional concreto en ese sentido (conf. este Tribunal, mi voto *in re* "GCBA y Filmus, Daniel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Berdier, Marcelo Tristán c/GCBA s/otros procesos incidentales'", expte. nº 1503/02, resolución del 16/7/2002).

Por lo demás, la invocación que efectúa el GCBA de la doctrina de la arbitrariedad, amén de no estar contemplada como causal autónoma de impugnación constitucional por la ley que fija la jurisdicción del Tribunal, sólo pone de manifiesto el desacuerdo del quejoso con la decisión de la Cámara, sin agregar motivo alguno para considerar que existe alguna cuestión constitucional en debate.

Por último, cabe expresarle al recurrente que la fijación de una multa conminatoria es una atribución claramente puesta en manos de los jueces para hacer cumplir sus decisiones, incluso cuando se refiere a la autoridad ejecutiva (véase arts. 30 y 327, II, CCAyT); así, no representa invasión alguna, contraria al principio republicano de gobierno, de un Poder, el Judicial, en la esfera de otro, el Ejecutivo, sino que tan sólo implica, en principio, el ejercicio de una atribución concedida a los jueces por el Poder Legislativo, jueces que sólo se caracterizan por ser independientes de los demás poderes del Estado y del propio Poder Judicial (autoridades superiores), pero que están sometidos a la ley.

4. Empero, muy en el fondo y a pesar de toda la verborragia inconsistente, el recurrente ha acertado con sus recursos acerca del verdadero motivo que, a mi juicio, torna injusta, desde el punto de vista constitucional, la sanción impuesta. Trascribo el párrafo, desde su recurso por inconstitucionalidad, en letra sobresaltada con "negrita" original: "Se reitera por ser de fundamental importancia que se dejó expresa constancia de no poder cumplir con lo requerido por el tribunal y a pesar de ello se sigue devengando una multa de $ 50 diarios desde el 29/5/2006 multa que será *indefinida* (énfasis redoblado, nuestro ahora, por el uso del destacado) por cuanto mi parte no cuenta con la información requerida". En síntesis, producida la definición que antes describimos —rechazo de la solicitud de dejar sin efecto la decisión total o parcialmente frente a la comunicación del requerido que no tiene más información y que ha puesto a disposición del juez toda la documentación re-

querida y existente en sus archivos—, trátase de una multa indefinida: el tiempo la acrecentará sin final alguno, ya que la información solicitada no resulta disponible para el requerido, según contestación doblemente indicada por la demandada y requerida —a la fecha de interposición de la queja ella asciende, según afirma el recurrente, a la suma de $ 34.500.

Tal indefinición, tanto si se la mira desde el aspecto de representar una sanción o pena pecuniaria, una multa, entonces abierta y sin finalización temporal ni determinación económica precisas, esto es, como condena pecuniaria indeterminada, cualquiera que sea el fin que ella persigue (art. 18, C.N.), como si se la observa desde el punto de vista del derecho de propiedad (arts. 17 y 18, C.N.) evidentemente afectado por la medida (injerencia en principio legítima pero ejercida de modo ilegítimo), resulta inadmisible: allí sí existe una lesión constitucional que debe repararse. Para su reparación es procedente anular la resolución recurrida y solicitar a la Cámara que, por intermedio de otros jueces, resuelva nuevamente la cuestión y, en caso de condena, fije con precisión sus límites.

5. La cuestión planteada tiene, además, otros interrogantes, quizás menores, que vale la pena tratar sólo sintéticamente frente al triunfo del recurso por la razón citada, pero a los cuales considero útil referirme aun como presupuestos dudosos y discutibles de la sanción aplicada.

a) Resulta peculiar (art. 18, C.N.) que las astreintes fueran impuestas a la parte demandada en el juicio, precisamente por no haber cumplido con una orden judicial para que ella, en la prueba de la contraria, acompañe cierta documentación, que el actor considera en su poder, y por no informar acerca de ciertos puntos consignados en el pedido de informes, prueba dispuesta en el período respectivo del juicio que tiene por protagonista a quien debe informar (demandado) y que lo vincula con el actor.

Como mínimo, en relación con la exhibición de documentos en poder de las partes, el art. 316, CCAyT, prevé una consecuencia expresa para el caso en que ellos no fueran exhibidos: si resulta manifiestamente verosímil la existencia y contenido del documento, la ley crea una presunción en contra de la parte que negó su entrega. Así lo expresa el art. 316: “Documento en poder de una de las partes. Si el documento se encontrare en poder de una de las partes, se le intima su presentación en el plazo que el/la juez/a determine./Cuando por otros elementos de juicio resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlo constituye una presunción en su contra” (sin destacar en el texto legal). La solución legal específica para una situación como la planteada en autos, por imperio del principio de tipicidad procesal, determina cuál es la consecuencia del incumplimiento de la carga por la parte requerida, y no parece dejar librado a la decisión de los jueces el establecer otras consecuencias (en el caso, la imposición de sanciones). Por lo demás,

ubicado el archivo, en su caso, es posible el secuestro del lugar pertinente y aun otras medidas coercitivas.

b) En relación con la prueba de informes, bien ha señalado la disidencia del juez Centanaro que ella se dirige a terceros —por tanto, extraños al pleito concreto—, para que aporten datos o documentos que deben contar con apoyo en sus registros. El hecho de que el CCAyT regule los procesos en que las autoridades administrativas son parte (arts. 1° y 2°, CCAyT) y que, a la vez, prevea que los informes pueden requerirse a entidades públicas o privadas, no modifica el destinatario del deber de informar (un tercero), un funcionario determinado u otra "entidad pública" (Banco Ciudad, SBASE; AUSA, etc.) que no sea parte en el juicio. En consecuencia, la multa prevista en el art. 327, CCAyT ("A las entidades públicas o privadas que sin causa justificada no contestaren oportunamente el informe, se le puede imponer multa de hasta pesos cien [$ 100] por cada día de retardo") no parece estar prevista para ser impuesta a las partes, sino a los terceros a quienes se les requiere el informe.

c) Aun prescindiendo de la afirmación anterior, de su acierto o desacierto, el precepto establece condiciones para autorizar la imposición de la multa, exige que no se brinde la respuesta: *a)* "oportunamente" y *b)* "sin causa justificada". El GCBA reiteradamente ha manifestado no contar con más información que la que aportó y ha acompañado las respuestas brindadas por diversas oficinas y entidades de su ámbito. La decisión de la Sala II sobre esta cuestión fundamental sólo expresa que "diferentes áreas u organismos de la demandada no coinciden respecto de quién resulta poseedor de la información solicitada" (fs. 15 vta.), afirmación que, aun correcta, nada expresa acerca de aquello reiteradamente afirmado por el Gobierno: no posee más información y nada más le queda por aportar. Por criticable que sea esa afirmación del informante, desde cualquier punto de vista, ella sólo es pasible de valoración con la decisión de la causa y la valoración de la prueba o, en su caso, con la denuncia respectiva, si alguien lo estima posible y necesario. Todo parece indicar que se aplica una sanción por no haber obtenido la respuesta que se buscaba, aunque esa respuesta no pueda ser brindada por el requerido.

6. Las costas del recurso deben ser impuestas al vencido, en este caso al actor, que se opuso a su procedencia y requirió la medida coercitiva; por tanto, no existe espacio para eximir a su parte del pago de las costas, aun parcialmente, si, además, se tiene en cuenta los fundamentos que expuse para acoger el recurso, sobre todo aquellos expuestos en el punto 5 de mi voto, en parte determinado por la cuestión accesoria que ahora resuelvo.

7. De conformidad con lo expuesto propongo:

a) admitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad;

b) revocar la decisión impugnada y reenviar el caso a la Cámara para que, integrada por otros jueces que no conocieron el asunto, decida nuevamente sobre la necesidad de aplicar una multa y, en caso de condena, fije precisamente sus límites; y

c) imponer las costas del recurso al actor.

Los jueces Luis F. Lozano y José O. Casás dijeron:

1. Si bien la decisión que se viene recurriendo no es la definitiva a la que se refiere el art. 27 de la ley 402, resulta equiparable a tal, por el impacto que tiene en el derecho de propiedad del recurrente y la ausencia de un procedimiento normado para su revisión posterior.

2. En cuanto al fondo, el art. 327 del CCAyT, en el que el *a quo* buscó apoyo para su decisión, no presta un sustento mínimo a lo resuelto, razón por la cual coincidimos con el señor juez de Trámite en que el fallo conculca los derechos resguardados por los arts. 17 y 18 de la C.N. Por ello, votamos por: *i)* hacer lugar a los recursos deducidos; *ii)* revocar la resolución recurrida, *iii)* reenviar la causa a la Cámara para que por otros jueces se analice nuevamente la cuestión discutida en el *sub lite*; y *iv)* imponer las costas del recurso a la parte actora.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el señor juez de trámite Julio B. J. Maier, con excepción del penúltimo párrafo del punto 3 y del punto 5 de los fundamentos de su voto. Por las peculiaridades que ocurrieron durante el trámite, las costas del recurso deberán ser soportadas por su orden.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja fue deducido en tiempo y forma (art. 33 de la ley 402), y contiene una crítica adecuada de la sentencia de la Cámara que denegó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, por considerar que se dirigía contra una sentencia no definitiva, y que no se configuraba un caso constitucional (fs. 29 de la queja).

Sin embargo, como acertadamente destaca el GCBA en su recurso de queja (véase fs. 35/36 de la queja), existe una sentencia de carácter definitivo, ya que el debate relativo a la imposición de astreintes ha concluido con la resolución de la Cámara, sin que pueda volver a analizarse la procedencia de las astreintes, ni ser dejadas sin efecto. Y es que el GCBA ha dicho en reiteradas oportunidades que no cuenta con la información solicitada por la parte actora mediante la prueba informativa —cuya contestación considerada incompleta motivó la aplicación de las astreintes—, de manera tal que las astreintes seguirán devengándose inexorablemente hasta el dictado de la sentencia definitiva.

Por otro lado, existe un genuino caso constitucional, ya que el GCBA logró demostrar el modo en que la sentencia recurrida —que rechazó los pedidos de levantamiento de la sanción impuesta por la señora jueza de primera instancia— habría lesionado los derechos de defensa en juicio y propiedad, y los principios de legalidad y razonabilidad, todos ellos de jerarquía constitucional (véase fs. 36/37 de la queja).

Por lo expuesto, corresponde hacer lugar a la queja y resolver el recurso de inconstitucionalidad subyacente.

2. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA se dirige contra la sentencia de la Cámara que resolvió rechazar los pedidos de levantamiento de la multa diaria impuesta por la Jueza de primera instancia en los términos del art. 327, CCAyT (véase copias de ambas resoluciones, obrantes a fs. 48/49 y 15/18 de la queja).

Si bien, como regla general, la valoración de las conductas de las partes o terceros y la imposición de sanciones en el marco del proceso judicial constituye una cuestión de hecho y derecho procesal, de naturaleza infraconstitucional y por ende ajena al ámbito del recurso de inconstitucionalidad local, cabe hacer una excepción cuando la decisión judicial que decretó la sanción incurre en clara arbitrariedad, lesiva del debido proceso y el derecho de defensa en juicio, y del derecho de propiedad del sujeto a quien se impuso la pena; esto último es lo que ocurre en el presente caso.

La circunstancia que la ley 402 no contemple a la arbitrariedad de sentencia como fundamento autónomo expreso para la articulación de un recurso de inconstitucionalidad no constituye, en principio, óbice para la procedencia de éste; pues la existencia de una sentencia válida es requisito inexcusable para la adecuada vigencia de la garantía del debido proceso, cuya afectación efectiva y trascendente habilita la evaluación del caso en instancia de control constitucional.

La de la arbitrariedad es una vía idónea para que este tribunal pueda ejercer control de constitucionalidad en aquellos casos en los que se verifica un conflicto entre la propia sentencia sometida a su revisión y las normas, derechos, garantías y principios que integran el bloque de constitucionalidad que rige nuestra vida social.

3. Sentado lo expuesto, corresponde analizar la resolución cuestionada, y en particular los presupuestos y alcance de la sanción procesal contemplada en el CCAyT, e impuesta en este proceso.

El art. 327, CCAyT, inserto en el capítulo referido a la prueba informativa, establece que “Si por circunstancias atendibles el requerimiento no pudiere ser cumplido dentro del plazo, se tiene la carga de informar al tribunal, antes del vencimiento de aquél, sobre las causas y la fecha en que se cumple.// A las

entidades públicas o privadas que sin causa justificada no contestaren oportunamente el informe, se le puede imponer multa de hasta pesos cien ($ 100) por cada día de retardo.// La apelación que se deduzca contra la respectiva resolución debe tramitar en expediente separado".

Esta norma contempla, para el supuesto de incumplimiento en la contestación de pedidos de informes, la imposición de las denominadas "astreintes" (consagradas en el art. 666 bis, Cód. Civil), que son condenaciones conminatorias de carácter pecuniario, que los jueces aplican a quien no cumple un deber jurídico impuesto en una resolución judicial, cuya vigencia perdura mientras no cese la inejecución, pudiendo aumentar indefinidamente. Tienen especial importancia para compeler al deudor a que cumpla específicamente lo debido, cuando la ejecución forzada de la obligación es imposible (Ameal, Oscar José en "Código Civil y leyes complementarias comentado, anotado y concordado", Belluscio, Augusto C. —dir.—, Zannoni, Eduardo A. —coord.—, t. 3, comentario al art. 666 bis, Cód. Civil, p. 242, Astrea, Buenos Aires, 1994).

Por otra parte, como dije en "GCBA y Filmus, Daniel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Berdier, Marcelo Tristán c/GCBA s/otros procesos incidentales'", expte. nº 1503/02, resolución del 16/7/2002, el derecho de defensa exige que se dé al obligado la posibilidad de invocar ante el magistrado alguna causa que lo exima de la sanción por incumplimiento.

Ahora bien, la defensa opuesta por el GCBA para solicitar el cese de la sanción gira en torno a la imposibilidad de proveer la información requerida; esa es la causa que menciona el GCBA para justificar el incumplimiento en la entrega de toda la información solicitada. Sin embargo, los jueces de mérito no analizaron si dicha justificación era o no procedente, sino que la descartaron sin brindar ninguna fundamentación válida.

En efecto, la resolución de la jueza de primera instancia fundamenta la sanción de la siguiente manera: "...siendo exacto lo expuesto por el presentante, y estando acreditado en autos el incumplimiento del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, impongo una multa diaria de pesos cincuenta ($ 50) por cada día de retardo en el cumplimiento de la medida ordenada en el oficio de referencia..." (fs. 48/49 de la queja).

Al solicitar el cese de la multa, el GCBA sostuvo que "...de la lectura a la respuesta a dichos oficios surgía que el Ente de Mantenimiento Urbano y las distintas reparticiones del GCBA, respondieron el cuestionario requerido en los oficios y también surgía claramente que la información que no fue suministrada es por no contar con la documentación pertinente o no poseer dicha información..." (véanse fs. 8 de la queja).

Sin embargo, al pronunciarse sobre el pedido de cese de la sanción, la Cámara, luego de detallar las distintas actuaciones procesales, concluye que "...del contexto reseñado sintéticamente, se desprende que la sanción impuesta por la magistrada de primera instancia tiene adecuado sustento fáctico, en la medida en que a pesar de las reiteradas notificaciones remitidas a la autoridad correspondiente y a la Procuración General, ha transcurrido más de un año sin que se proporcione la información requerida.// De las voluminosas actuaciones que componen el incidente de apelación se desprende que incluso al 20/12/2006 (fs. 869/871) persistiría el incumplimiento, y que diferentes áreas u organismos de la demandada no coinciden respecto de quién resulta poseedor de la información solicitada (fs. 248, 403/415, 468/478, 507, 644/645, 743).// Por otra parte, se advierte un uso prudente en grado sumo de la facultad sancionatoria por parte de la jueza de primera instancia que sólo impuso la multa cuestionada al registrarse más de un año de demora en contestar un informe que debió haber sido satisfecho en quince días, y lo hizo por un monto muy inferior al máximo autorizado por la norma.// En virtud de tales circunstancias, cabe concluir que los fundamentos de apelación son meras discordancias con la decisión de la *a quo*, sin aportar ningún argumento que permita descalificarla..." (fs. 15 vta. de la queja).

Pero la argumentación de la Cámara no analiza si es viable o no la defensa del GCBA, no fundamenta por qué considera que el GCBA sí cuenta con la información presuntamente retaceada, no explica por qué considera que el GCBA voluntariamente se niega a transmitir la información solicitada.

En conclusión, tanto la resolución de primera instancia que impuso las astreintes, como la decisión de la Cámara que rechazó los pedidos de cese de la sanción, incurren en un dogmatismo y ausencia de fundamentación que permiten tener por configurada la causal de "arbitrariedad de sentencia".

4. Ahora bien, descalificada la sentencia recurrida, y al ser posible resolver sobre el fondo del asunto (en los términos del art. 31, segundo párrafo, de la ley 402), corresponde ahora analizar los elementos obrantes en el presente proceso para determinar si es viable o no la imposición de la multa.

a) Las actuaciones del incidente de apelación permiten apreciar que el GCBA, a través de distintos organismos (el Ente de Mantenimiento Urbano Integrado —véase fs. 136/137, 403/446, 644/645, 710/712, 743 del proceso incidental—, la Dirección de Obras Públicas —véase fs. 525 del proceso incidental—, la Contaduría General —véase fs. 528/534 del proceso incidental—, el Ministerio de Planeamiento y Obras Públicas —véase fs. 852/855 del proceso incidental—), respondió el pedido de informes realizado por la parte actora, y puso a disposición de la parte actora la documental requerida (véase fs. 400, nota del Ente de Mantenimiento Urbano Integral). Dichos entes brindaron la

información de la que disponían, pero negaron poseer otro tipo de información o datos adicionales.

En consecuencia, resulta de aplicación uno de los requisitos para la imposición de astreintes, consistente en que el cumplimiento del deber jurídico que se persigue mediante la sanción debe ser posible, porque nadie está obligado a lo imposible (Kemelmajer de Carlucci, Aída, en "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Bueres, Alberto J. —dir.—, Highton, Elena I. —coord.—, t. 2A, comentario al art. 666 bis, p. 588, Hammurabi, Buenos Aires, 1998). Si los entes gubernamentales oficiados manifestaron expresamente no contar con información adicional, y no hay indicios que permitan presumir que dicha afirmación es falsa, resulta de cumplimiento imposible el deber de informar que se pretende exigir mediante las astreintes.

b) Por otra parte, la contestación del Ente de Mantenimiento Urbano Ambiental (EMUI) de fs. 136/137 menciona que los antecedentes y vicisitudes del contrato de obra pública de autos se encuentran documentados en el expte. n° 58.108/00, y su agregado 13.211/02.

Cabe aquí hacer referencia a un principio en materia probatoria, que es el de originalidad de la prueba, según el cual la elección del medio de prueba debe recaer sobre aquél que sea más apto, directo y económico para demostrar la verdad del hecho controvertido (Arazi, Roland: "La prueba en el proceso civil", p. 431, La Rocca, Buenos Aires, 1998). Este principio ha sido expresamente consagrado en materia de prueba informativa, en el art. 325, primer párrafo, CCAyT, que dispone que "No es admisible el pedido de informes que manifiestamente tienda a sustituir o a ampliar otro medio de prueba que específicamente corresponda por ley o por la naturaleza de los hechos controvertidos...".

Ahora bien, como principio general la Administración Pública se manifiesta por escrito. Así lo establece para el ámbito local el art. 8º de la Ley de Procedimientos Administrativos de la Ciudad de Buenos Aires (dec. 1510/97), conforme el cual "El acto administrativo se manifestará expresamente y por escrito, indicará el lugar y fecha en que se lo dicta y contendrá la firma de la autoridad que lo emite; sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieron podrá utilizarse una forma distinta". Ello implica que las decisiones adoptadas por el Estado local deben estar consignadas por escrito, y constar en expedientes, carpetas, archivos, que pueden ser identificados y acercados al proceso por las partes, con carácter de prueba documental, lo que —en este caso— podría llegar a despejar los interrogantes que plantea la actora en la prueba informativa dirigida al GCBA.

No corresponde en esta oportunidad ni en esta instancia analizar si la prueba informativa que pretende producir la actora es o no el medio de prueba

más idóneo para acreditar los hechos que intenta probar por esa vía, o si hubiera correspondido identificar y ofrecer la prueba documental en poder del GCBA. Pero sí destacar que existen otros mecanismos probatorios a disposición de la parte actora que permiten descartar la aplicación directa de astreintes, que están consagradas para sancionar la infracción al deber de informar por parte de terceros, y no para penalizar a la contraparte (en este caso, el GCBA) por brindar respuestas que no satisfacen a la actora.

c) Y por último, si las restantes pruebas obrantes en la causa permiten presumir que el GCBA efectivamente cuenta con documentación donde se encuentra la información que afirmó desconocer, y por lo tanto ha retaceado maliciosamente la entrega de los datos solicitados mediante la prueba informativa, existen otros institutos procesales que puede aplicar el juez al momento de dictar sentencia.

Me refiero específicamente a lo establecido en el art. 316, CCAyT, según el cual "Si el documento se encontrare en poder de una de las partes, se le intima su presentación en el plazo que el/la juez/a determine.// Cuando por otros elementos de juicio resultare manifiestamente verosímil su existencia y contenido, la negativa a presentarlo constituye una presunción en su contra". Esta norma establece una presunción iuris tantum que puede hacer valer el juez al momento de dictar sentencia, fruto de un análisis global de los elementos probatorios obrantes en autos.

Esta es la consecuencia procesal contemplada en el CCAyT derivada del incumplimiento de la carga de incorporar al proceso la documentación de interés para la resolución de la causa, solicitada por la contraparte. Y ello porque no se puede forzar a las partes a observar una conducta procesal contraria al propio interés, pero sí sancionar mediante presunciones en su contra el obrar reticente.

5. Por todo lo expuesto, voto por hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad deducidos por el GCBA, revocar la sentencia de Cámara (obrante en copia a fs. 15/18 de la queja), y dejar sin efecto la multa diaria impuesta al GCBA por la señora jueza de primera instancia en la resolución obrante en copia a fs. 48/49 de la queja.

Las costas de todo el proceso incidental deberán ser impuesta en el orden causado (art. 62, segundo párrafo, CCAyT), habida cuenta que, aún cuando fuera improcedente la aplicación de sanciones procesales, han existido discordancias entre los distintos entes oficiados sobre quién contaría con la información solicitada por la parte actora, lo que podría haber motivado a la parte actora a considerar que tenía derecho a solicitar la imposición de astreintes.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* el recurso de queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con costas.

2º. *Revocar* la decisión impugnada y reenviar el caso a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que por otros jueces se dicte una nueva sentencia.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita el principal y el incidente con la queja.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

II

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'LÓPEZ, HÉCTOR JORGE S/INFR. ART. 83, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia condenatoria. Principio de inmediación. Cuestiones de hecho y prueba. Derecho común.

SUMARIOS:

1. Ante el agravio referido al art. 286, del Código Procesal, cabe señalar que las normas procesales, aunque inmediatamente aplicables a los actos de los procesos pendientes al tiempo del comienzo de su vigencia, no determinan su adecuación a lo que mandan, de los tramos de procedimiento ya cumplidos, y no estuvo en tela de juicio que el CPP no estaba vigente al tiempo de ser dictada aquella sentencia cuestionada por haber incurrido en la clase de solución que el art. 286 proscribe. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano)*

2. Si la defensa pretendió llevar a conocimiento de la Cámara que el art. 286 del CPP (ley 2303) debía ser aplicado de manera de posibilitar el reexamen de los actos dictados a la luz de la normativa anterior, debió demostrar que la sentencia omitió contestar dicho hipotético planteo, y aun suponiendo que el mismo hubiera tenido ese alcance, debió dotarlo de una "fundamentación" mínima a los efectos del recurso de queja. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Cabe rechazar el recurso de queja si el recurrente no impugnó por inconstitucional, en su momento, la legislación anterior que reglaba el alcance del principio de inmediación (art. 13, inc. 3º de la CCBA) para los procesos contravencionales. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Los agravios dirigidos a calificar de arbitraria la sentencia confirmatoria de la condena anterior traducen el desacuerdo del defensor respecto del valor de la prueba, de la fijación de los hechos y de la interpretación del derecho común aplicable, todas tareas propias de los jueces de mérito y excluidas de la competencia del TSJ. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces José O. Casás; Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde).*

5. Corresponde al recurrente esforzarse por argumentar en favor de la aplicación en el ámbito contravencional del art. 286 del CPP o dar razón en virtud de la cual deba que tenerse por no escrito el art. 51 de la ley 12 que rige en la materia; o exponer algún motivo que justificara la aplicación de esta norma procesal en forma retroactiva a un acto cumplido legalmente de acuerdo a las normas vigentes al momento de su dictado, pues como regla general, los actos procesales deben ajustarse a las disposiciones vigentes al momento en que estos se cumplen. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. La decisión de la Sala II, que se limitó a confirmar una condena previa, impuesta por la Sala I, a través del análisis de los agravios formulados por la defensa —vinculados con la errónea interpretación de lo que se entiende por "organizador" en la contravención del art. 83, ley 1472—, no fue la que revocó la absolución de primera instancia y dictó una condena. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 6095/08 - 4/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad interpuso recurso de queja (fs. 92/105) a favor del Sr. Héctor Jorge López, contra la decisión de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas, de fecha 23/7/2008 (fs. 89/91), que denegó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 80/87) intentado, a su vez, contra la sentencia de esa misma Sala del 28/5/2008. Mediante esta última decisión, la Sala II confirmó la sentencia de la Sala I que había revocado la absolución del Sr. López y lo había condenado como autor de la contravención consistente en organizar actividades lucrativas no autorizadas en el espacio público, en volúmenes y modalidades similares a las del comercio establecido (art. 83, párr. 2°, CC), a la pena de pesos cinco mil ($ 5.000) de multa, conjuntamente con la pena de treinta (30) días de clausura de los locales sitos en Jean Jaurés

428 y 472, ambas en suspenso, debiendo además fijar residencia y comunicar a la fiscalía el cambio de ésta y cumplir con las citaciones o requerimientos que la fiscalía o el juzgado hiciesen (fs. 74/78).

La intervención de la Sala II para revisar la condena impuesta por la Sala I fue producto de una decisión de este Tribunal, de fecha 12/3/2008, que entendió que el mecanismo procesal más adecuado para satisfacer la garantía de la doble instancia en el caso, frente a una primera condena dictada por la Cámara, era encomendar a otra de las Salas que tratara el recurso de la defensa, mecanismo receptado actualmente en el art. 290, CPPCBA, cuya aplicación analógica propugnó.

2. En el recurso de inconstitucionalidad la defensa sostuvo que la sentencia de Cámara atacada: *a)* lesiona los principios de legalidad, defensa en juicio y "resulta *contra legem*", pues se aparta de la letra de la ley y obra en contrario a lo que ella regula. Todo ello, porque no aplicó las prescripciones del art. 286 del Código Procesal Penal (conf. art. 2303) que entró en vigencia con posterioridad a que la Sala I dictase la sentencia de condena; artículo que, a juicio del recurrente, resultaba aplicable sin más a las decisiones aún no firmes. Por lo demás, señala que, en todo caso, la Sala II debió, sobre la base de la institución de la ley penal más benigna, aplicar en forma retroactiva dicho artículo, toda vez que al momento en que ella dictó su sentencia el mencionado código procesal se encontraba vigente; *b)* resulta violatoria del principio de inmediación, porque la Cámara condenó sin haber presenciado el debate; y *c)* resulta arbitraria, porque sus fundamentos son escasos y se trata de afirmaciones vacías tanto de sustento jurídico como lógico.

3. Los integrantes de la Sala II declararon inadmisible el recurso de inconstitucionalidad por entender que el recurrente no ha logrado demostrar la existencia de una verdadera lesión constitucional, sino que sólo expresó su mera discrepancia con la decisión atacada (fs. 89/91).

4. El fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja por entender que no se encuentra fundada, en tanto carece de una crítica pormenorizada al auto denegatorio de la Sala II. En cuanto a la procedencia del recurso de inconstitucionalidad, compartió los argumentos de la Sala II, a los que se remitió, y sobre la supuesta afectación al principio de inmediatez consideró que no fue introducido oportunamente ni logró demostrar el perjuicio concreto irrogado (fs. 108/109).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja no puede prosperar porque la defensa no ha logrado demostrar la existencia en el *sub examine* de alguno de los supuestos susceptibles de abrir

la competencia revisora de este Tribunal (esto es, que se encuentra controvertida la interpretación o aplicación de una norma constitucional, conf. art. 113, inc. 3º, de la CCBA, o la de una norma federal, conf. doctrina de *Fallos,* 311:2478).

2. Corresponde recordar que constituye una facultad privativa de los jueces de la causa establecer el sentido y alcance que corresponde asignarles a las alegaciones formuladas por las partes (*Fallos,* 304:635; 315:1645, entre muchos otros). En ejercicio de esa facultad el *a quo* le contestó a la defensa que no conmovía lo resuelto por la Sala I (el 15/6/2007) el agravio que construyó sobre la base de la entrada en vigencia del código procesal penal (conf. ley 2303) y, en especial, de lo que dispone el primer párrafo de su art. 286, con arreglo al cual, "[a]l resolver sobre un recurso interpuesto contra una sentencia, el Tribunal podrá confirmar la absolución, pero si el/la imputado/a hubiera sido absuelto/a en el juicio la Cámara no podrá dictar una sentencia condenatoria motivada en una diferente apreciación de los hechos". Ello así, porque las normas procesales, aunque inmediatamente aplicables a los actos de los procesos pendientes al tiempo del comienzo de su vigencia, no determinan la adecuación, a lo que mandan, de los tramos de procedimiento ya cumplidos; y no estuvo en tela de juicio que el CPP no estaba vigente al tiempo de dictar aquella sentencia cuestionada por haber incurrido en la clase de solución que el art. 286 del CPP proscribe. En este orden de ideas, el *a quo* señaló que "...sostener que la Cámara no podía dictar una sentencia condenatoria motivada en una diferente apreciación de los hechos, sobre la base de lo regulado por un cuerpo legal que no regía en dicho momento, resultaría improcedente" (fs. 75 vta.).

2.1. A esta altura, conviene distinguir dos posibles planteos relativos al impacto del art. 286 del CPP de la CABA sobre los actos cumplidos con anterioridad al inicio de su vigencia. Uno de ellos, al cual dio respuesta la Cámara, consiste en sostener que la norma sobreviniente —en el caso el art. 286 integrante del CPP sancionado pendiente la resolución contra la que fue articulado el presente recurso de inconstitucionalidad— resultaba aplicable sin más a las decisiones aún no firmes. Ese planteo encontró adecuada respuesta en la segunda instancia, sin que en esta merezca reparo alguno. A este respecto, la regla recordada al comienzo del punto que antecede pone al recurrente en el deber de demostrar que la Sala II obró arbitrariamente al interpretar su agravio o al resolverlo, cosa que no ocurre.

Ahora bien, si el planteo que la defensa en verdad pretendía llevar a conocimiento de la Sala II era que el mencionado art. 286 debía ser aplicado de manera de posibilitar el reexamen de los actos dictados a la luz de la normativa anterior, como parece sugerir la siguiente expresión, consignada en el recurso de inconstitucionalidad: "...resulta incomprensible que [la Sala II] no hayan aplicado la institución de la ley más benigna, toda vez que si bien es cierto que cuando la Sala I. De (*sic*) la Excma. Cámara de Apelaciones del fuero dictó el fallo condenatorio,

no estaba vigente la nueva normativa procesal penal, al momento de dictarse el propio, sí se encontraba vigente..." (fs. 85), ése debió haber sido el alcance de su planteo ante la Cámara y otro su desarrollo. Empero, el recurrente no muestra que la formulación que dio a sus agravios hayan puesto a la Sala II en el deber de tratar dicha cuestión. Consecuentemente, no muestra que la sentencia de Cámara haya omitido contestar dicho hipotético planteo. A su vez, aun suponiendo que su planteo hubiera tenido ese alcance, habría sido menester dotarlo de una 'fundamentación' mínima, ausente, por cierto, en la presentación comentada.

2.2. En ese orden de ideas, ha sido reconocido que cabe revisar la cosa juzgada, a favor del condenado, en situaciones excepcionales (conf. Teague v. Lane, 489 U.S. 288). La Corte de los EE.UU., tras recordar el principio con arreglo al cual la regla nueva no conlleva la revisión de los actos jurisdiccionales dictados con anterioridad, ha reconocido que ello puede ocurrir en circunstancias excepcionales para evitar que perviva una solución violatoria de una garantía constitucional, según el contenido que a ella se le reconozca en el presente. Empero, en el caso que nos ocupa, el recurrente no impugnó por inconstitucional, en su momento, la legislación anterior que reglaba el alcance del principio de inmediación (conf. art. 13, inc. 3º de la CCBA) para los procesos contravencionales. Es decir, no planteó, en su oportunidad, que la decisión de la Sala I hubiese sido adoptada en contraposición al principio constitucional de inmediación.

3. Tal como surge del punto 2 de los resultas, la defensa invoca la existencia de otro caso constitucional configurado por la lesión al principio de inmediación. Sostiene que en virtud de ese principio los jueces de la Cámara, al no presenciar el debate, no pudieron revocar una absolución dictada en primera instancia e imponer una condena sobre la base de una valoración distinta de la prueba producida en la audiencia de debate. En este punto corresponde efectuar las siguientes consideraciones. Si dicho agravio está dirigido contra la sentencia de la Sala I, es extemporáneo, puesto que, tal como quedó expuesto al final del párrafo que antecede, el recurrente no impugnó por inconstitucional la reglamentación que el legislador había hecho al tiempo que la Sala I dictó su sentencia. Ahora bien, si lo que agravia a la defensa es la decisión de la Sala II, cabe recordar que esta última no fue la que revocó la absolución de primera instancia e impuso la condena que pesa sobre el Sr. López, sino que revisó y confirmó una condena ya existente, esto es, la que dictó la Sala I el 15/6/2007. En resumen, si el planteo fue dirigido contra la sentencia de la Sala I resulta extemporáneo y, en cambio, si lo fue contra la de la Sala II la defensa no muestra que él guarde relación alguna con lo resuelto por el *a quo*.

4. Finalmente, en la queja la defensa tacha de arbitrarios, tanto al auto denegatorio de la Sala II, como a las sentencias de las Salas I y II (fs. 101/103 vta).

Con respecto al primero, por considerar que los fundamentos brindados son meras afirmaciones formales tendientes a desechar los agravios planteados en el recurso de inconstitucionalidad. En cuanto a las segundas, básicamente, *a)* por cuanto efectúan un análisis errado de la prueba, diferente al de primera instancia, siempre en perjuicio de López; y *b)* porque la Cámara no ha dado adecuada respuesta a los planteos efectuados por la defensa al momento de interponerse el recurso de apelación. Sin embargo, tal como fue esgrimida la mencionada tacha, no demuestra que la decisión del *a quo* sea fruto de su mero arbitrio y, por ende, corresponda que, más allá de su acierto o error, sea tachada de arbitraria. La defensa se limita a reiterar los planteos ya efectuados en sus presentaciones anteriores, sin rebatir las razones que le fueron brindadas para desecharlas.

En ese orden de ideas, corresponde recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación indicó que "[l]a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la 'sentencia fundada en ley' a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 312:246, 389, 608, 1839, entre otros). En tanto, este Tribunal sostuvo que la discrepancia del recurrente con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (TSJ *in re* "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss.).

Este Tribunal no se encuentra obligado a requerir la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402, toda vez que ello no resulta exigible de acuerdo a los fundamentos que expuse en *in re* "Ronchetti, Leonardo s/art. 47 CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 3996/05, sentencia del 14/9/2005.

Por ello y lo concordantemente dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja interpuesta.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja de la defensa no cumple con el deber básico de explicar por qué, a diferencia de lo sostenido por la Cámara, el recurso de inconstitucionalidad intentado es procedente. El defensor realizó una presentación directa sumamente confusa, en la cual no explica adecuadamente cuáles fueron los hechos procesales que ocurrieron en esta causa (puntualmente, parece con-

fundir cuál es el tribunal que revocó la absolución y cuál confirmó la condena), ni cuáles son los motivos de agravio que pretende sostener ante el Tribunal. Esta razón, por sí misma, me permite rechazar el recurso de queja.

2. El fallo actualmente en crisis (Sala II) fue determinado por el triunfo de un recurso de inconstitucionalidad que había interpuesto la defensa sobre la base de la exigencia de una doble conformidad del fallo condenatorio. Resulta evidente que esta decisión se ha cumplido en tanto la Sala que reexaminó el caso (Sala II) confirmó la condena antes dictada por sus colegas (Sala I).

3. Sostener que la sentencia confirmatoria de la condena anterior es arbitraria sólo significa, en el caso, que el defensor no está de acuerdo (valoración de la prueba, aplicación de la ley) con los argumentos utilizados por la Sala II para confirmar la condena anterior de la Sala I, como bien pone de manifiesto en detalle el voto del señor juez de trámite. Se trata tan sólo de discrepancias respecto del valor de la prueba, entonces de la fijación de los hechos y de la interpretación del derecho común aplicable, todas tareas propias de los jueces de mérito y excluidas de la competencia del TSJ.

Según se observa, las manifestaciones de la defensa constituyen, precisamente, aquello que el Tribunal Superior ya ha aclarado hasta el cansancio que no puede surtir su competencia constitucional, pues "la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad" (conf. "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 20 y ss.).

Por lo demás, el Tribunal ya ha dicho reiteradamente que la arbitrariedad sólo es excepcional y mi posición sobre este punto es aún más estricta (véase punto 3 de mi voto en "Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en 'Clínica Fleming s/art. 72 CC —incidente clausura— apelación'", expte. n° 1215, resolución del 19/12/2001 —y sus citas—, y en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565, resolución del 26/5/2005, entre otros).

4. Por las razones expuestas voto por rechazar el recurso de queja interpuesto.

Según lo expuse en reiteradas ocasiones (véase, *inter alia*, mi resolución como juez de trámite en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71, CC —apelación—'", expte. n° 1509/02: interpretación sistemática del art. 34, II, ley local 402 y art. 3º, inc. a,

ley local 327), no corresponde intimar para que se acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja, relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado, dado que ha sido interpuesto, a favor de su pupilo, por la defensa oficial, órgano del ministerio público según la propia CCBA.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Voto por el rechazo de la queja obrante a fs. 92/105 en virtud de las razones expresadas por mi colega Julio B. J. Maier en el punto 1 de su voto, al que adhiero.

2. Dado que ya me he manifestado a favor de la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la defensa oficial, a tal respecto remito a mi opinión en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40 CC —apelación—'", expte. n° 2212, resolución del 11/6/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63 CC, Apelación'", expte. nº 2197, resolución del 10/9/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Echagüe, Damián s/violar luz roja y otra'", expte. nº 2279, resolución del 30/9/2003; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Prescava, David Daniel s/art. 189 bis CP'", expte. n° 3562/04, resolución del 25/2/2005.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a los puntos 1 a 3 del voto del señor juez, doctor Julio B. J. Maier, más allá de los diversos enfoques que hemos expresado en distintos precedentes a la hora de abordar la denominada doctrina de la "arbitrariedad de sentencia"; matices que, en este caso, resultan totalmente secundarios. Sólo deseo agregar las precisiones que expongo a continuación.

Bajo el título "Afectación del principio de legalidad. Ley penal más benigna. Debido proceso" la recurrente se agravia en tanto, a su criterio, "la Sala II se apartó de la letra de la ley ya vigente en dicha circunstancia, y resolvió en estos actuados abstrayéndose de lo que establece el art. 286 del CPPCBA, aplicable en forma conjunta y supletoria con el art. 290 del mismo cuerpo normativo" (fs. 86 vta.). Afirma, en ese sentido, que los jueces de la Sala II hicieron "lo contrario al mencionado mandato". Sin embargo, como lo expusieron mis colegas precedentemente, la defensa parece confundir las particularidades de este proceso, o, cuanto menos, ha omitido explicar fundadamente en su recurso la razón por la cual para la Sala II resultaba de aplicación el art. 286, CPPCBA,

cuando ya había, en el caso, una condena impuesta en Cámara y este Tribunal había dispuesto, por mayoría —en una decisión impulsada y luego consentida por la defensa—, la aplicación analógica al caso de lo previsto en el art. 290 del CPPCBA. En definitiva, no se observa un apartamiento de la sentencia de este Tribunal, más allá de que el suscripto no haya compartido la decisión en cuanto a la atinencia de la aplicación de la norma del Código Procesal Penal local mencionada a este caso contravencional.

A su vez, la recurrente considera que la circunstancia reseñada denota la vulneración del "derecho a la aplicación de la ley penal más benigna" pues "[s]i el nuevo código de procedimientos establece una norma que favorece al encausado, debió haber sido considerada por los señores jueces intervinientes en el proceso". Afirmó también que se encuentra en juego la garantía del debido proceso, ya que "corresponde la aplicación del nuevo Código de Procedimientos, vigente ya al momento de entender en autos la Sala II, el que además resultaba ser en el caso concreto la ley penal más benigna para el impuesto" (fs. 97/97 vta.).

Si lo que se pretende argumentar es que la decisión de la Sala II es inválida en tanto los jueces debieron anular la condena impuesta por la Sala I aplicando, en forma retroactiva, el art. 286, CPPCBA, por resultar más beneficiosa para el imputado que la regla de la ley contravencional oportunamente aplicada por los jueces que dictaron la condena, debo decir que ni la presentación en estudio ni el recurso de inconstitucionalidad que pretende defender se refieren concretamente a las razones por las que aquello resultaría procedente. Esto es, no se ha realizado esfuerzo alguno por argumentar en favor de la aplicación en el ámbito contravencional del art. 286 referido ni se ha dado razón en virtud de la cual tenga que tenerse por no escrito el art. 51 de la ley 12 que rige en la materia; tampoco se ha expuesto motivo alguno para justificar la aplicación de esta norma procesal (art. 286, CPPCBA) en forma retroactiva a un acto cumplido legalmente de acuerdo a las normas vigentes al momento de su dictado. En ese sentido, el esfuerzo correspondía al recurrente, pues como regla general los actos procesales deben ajustarse a las disposiciones vigentes al momento en que estos se cumplen y la mera afirmación de la defensa no alcanza para fundamentar por qué en este caso correspondería apartarse de aquella regla.

Finalmente, en cuanto al planteo relativo a la "violación a los principios de inmediatez y oralidad", concuerdo en sustancia con lo expuesto por el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en el punto 3 de su voto. Basta señalar, al respecto, que también en este punto el recurrente pretende soslayar que, de hecho, la decisión de la Sala II se limitó a confirmar una condena previa, impuesta por la Sala I, a través del análisis de los agravios formulados por la defensa —vinculados con la errónea interpretación de lo que se entiende por "organizador" en la contravención del art. 83, ley 1472—. Así, contrariamente a lo afirmado por la defensa, la decisión impugnada por

el recurso de inconstitucionalidad que aquí se pretende defender no fue la que revocó la absolución de primera instancia y dictó una condena. Por lo demás, si la impugnación se dirige, en definitiva, contra la condena impuesta por la Sala I, resulta extemporánea, pues nada dijo la defensa, al impugnar aquella decisión, en torno a la posible vulneración del principio de inmediación por la imposición de una condena por parte de jueces que no presenciaron el debate, sino que la cuestión fue denunciada al contestar la vista que le confiriera la Sala II antes de dictar su sentencia —sin que la sanción del nuevo CPPCBA viniera a cambiar nada al respecto.

2. Corresponde entonces, rechazar la queja interpuesta a fs. 92/105 e intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que el imputado no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (n° 327), ni ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos (conf. mis votos *in re*: "Empresa de Transporte Pedro de Mendoza C.I.S.A. —causa n° 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. n° 724/00, resolución del 14/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 16 y ss.; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto y Marquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación— '", expte. n° 2266, resolución del 16/7/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, pp. 437 y ss.; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación—'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega el doctor José O. Casás y también a los desarrollos expuestos en los puntos 1, 2 y 3 del voto del doctor Julio B. J. Maier. De todas maneras considero que aún es necesario realizar algunas precisiones con relación al agravio vinculado, entre otros, con el principio de legalidad y la aplicación supletoria del art. 286, ley 2303, que el esforzado recurrente supone, además de retroactiva, ineludible.

Al momento de pronunciarme en esta causa (conf. mi voto en "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'López, Héctor Jorge s/inf. art. 83 ley 1472 —apelación—'", expte. nº 5496, resolución del 12/3/2008) consideré que era necesario "adoptar una solución concluyente y definitiva" para corregir o enmendar una situación confusa y problemática suscitada en

un significativo número de causas contravencionales en las que debió tomar intervención el Tribunal, ante la posible afectación de la garantía de la "doble instancia" bajo la forma del "doble conforme", porque en ellas se presentaba el escenario de que la primera sentencia de condena provenía de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas. En aquella ocasión tuve presente principalmente que quienes integramos el Tribunal adoptamos distintas posturas en virtud de los matices que presentaba cada causa y que esta disparidad de posturas, en menor o mayor medida, no contribuyó a dar precisamente claridad a la cuestión, sino más bien todo lo contrario. Por esta razón, con el objetivo de evitar un véasedadero "dispendio jurisdiccional", como el que se puso de resalto en dicha oportunidad, que terminaba por conspirar "contra la celeridad" que debía imperar en la rápida resolución de esta clase de controversias, entendí que el procedimiento reglado por el legislador local para un supuesto "análogo" y/o "similar" (art. 290, ley 2303) constituía una "vía razonable, apropiada y conveniente para las causas contravencionales", aun cuando ese procedimiento estaba destinado "esencialmente a regular el trámite procesal que deb[ía] imprimírsele a otro tipo de conductas [esto es, a los delitos]".

No escapó a mi conocimiento en aquella oportunidad, como tampoco escapa ahora, que esta herramienta procesal había sido establecida para un supuesto específico vinculado con la "subsanación de errores de derecho" y no abarcaba, en cambio, aquellos errores relacionados con las denominadas "cuestiones de hecho". Sin embargo, al propiciar el aprovechamiento de este nuevo recurso, inspirado ciertamente en el criterio asumido por varios de mis colegas del Tribunal (conf., entre muchos otros expedientes, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alberganti, Christian Adrián s/art. 68, CC —apelación—'", expte. nº 3910, resolución del 5/8/2005), juzgué innecesaria e improcedente tal distinción para las causas contravencionales, puesto que exclusivamente consideré adecuada la "solución" allí establecida para remediar esa contingencia "análoga" o semejante —no necesariamente idéntica— a la suscitada en aquel momento en autos. Ello fue así en función de una "interpretación razonable y coherente" de todo el conjunto normativo que eventualmente resulta de aplicación en la materia contravencional, tanto de las normas específicas como de aquellas —otras— que pueden aplicarse de manera supletoria (art. 6º, ley 12). En efecto, como lo destaca el doctor Casás, no existió —ni existe en la actualidad— motivo alguno que autorice a desconocer la letra del art. 51, ley 12, que rige la materia y que faculta a los colegas de la Cámara para resolver el recurso y si "procede la nulidad de la sentencia apelada, dicta[r] nueva sentencia con arreglo a derecho". De allí que, según mi opinión, no deviene ineludible la pregonada aplicación del art. 286, ley 2303, pues —al margen de la solución que decidiera propiciar en autos— continúo entendiendo que "el sistema recursivo reglado por la ley 12 resulta adecuado a la

materia normada por las leyes 10 y 1472" (conf. mi voto en la causa "Coultas, Juan Domingo s/inf. arts. 83 y 84, CC s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4451/05, resolución del 6/6/2006). En otras palabras, la determinación del criterio postulado con anterioridad en esta causa de ninguna manera debe ser interpretado como la sustitución del sistema recursivo que el legislador estableció expresamente para la materia, pues la adopción de aquel criterio reconoció una justificación de muy distinta índole, como lo fue, en lo que hoy interesa, la circunstancia de no "oblig[ar] a un presunto contraventor [condenado por el *a quo*] a transitar por una senda recursiva sinuosa y confusa" brindándole finalmente "la posibilidad de que su condena sea revisada por otro tribunal de mérito", como de manera reiterada y constante ha sido peticionado ante este Tribunal.

Por los motivos expuestos corresponde rechazar la queja e intimar al cumplimiento del depósito de ley (art. 34, ley 402), bajo apercibimiento de ejecución.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 92/105.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

III

"COMPROMISO PORTEÑO, PARTIDO S/INFR. ART. 17, INC. B), DE LA LEY 268"

PARTIDOS POLÍTICOS: Financiamiento de campaña electoral. Suspensión del proceso a prueba. Reglas de conducta.

Expte. n° 6003/08 - 5/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Auditoría General de la Ciudad de Buenos Aires en el Informe Final denominado "proyecto nº 5.07.06 A Gastos de Campaña – Período Bajo Exa-

men: abril - junio 2007" agregado a fs. 1/84, observó al Partido Compromiso Porteño por no haber presentado el informe final de cuentas previsto por el art. 17 de la ley 268 (fs. 49 de este legajo).

2. Tras la investigación preparatoria —véase fs. 119/126— ordenada por el Fiscal General en orden a la presunta infracción al art. 17, inc. b, de la ley 268, el Sr. Miguel Ángel Gómez Sanjaume en su calidad de presidente y apoderado del partido político de mención —conforme a la documentación agregada a fs. 159/170— convino con el Fiscal General la suspensión del proceso a prueba (véase fs. 198/199), acuerdo que fue aprobado por el Tribunal mediante resolución obrante a fs. 205/208.

3. Con fecha 27/11/2008 el Sr. Gómez Sanjaume, con la asistencia letrada del doctor Alejandro Emiliano de Echandía, celebró con el señor Fiscal General un nuevo acuerdo de suspensión del juicio a prueba (véase fs. 217/218) motivado en la "especial situación jurídica y patrimonial del partido" ocasionada por la declaración de caducidad de su personería política decretada por el Juzgado Federal Electoral, de la que da cuenta la documentación de fs. 214/216. En el nuevo acuerdo se modifica la primera regla de conducta pactada y el plazo para cumplir la cuarta regla del convenio primigenio y el Partido Compromiso Porteño se compromete a: *i)* realizar una jornada sobre financiamiento de campañas electorales teniendo en cuenta las disposiciones de la ley 268, con presencia de tres autoridades partidarias y con acceso libre y gratuito de los habitantes de la ciudad; *ii)* mantener la sede social en la oportunamente denunciada y comunicar a la Fiscalía General cualquier cambio de ésta; *iii)* cumplir con las citaciones o requerimientos que la Fiscalía General o el Tribunal Superior de Justicia le hiciere; y *iv)* a la creación de bibliotecas en las siguientes entidades: *a)* Polideportivo Nicolás Avellaneda dependiente de la Dirección General de Deportes del GCBA, sito en Lacarra nº 1257 de esta Ciudad; *b)* Hogar Ligüen, entidad convenida con la Dirección General de la Niñez y Adolescencia del GCBA, sito en Almafuerte nº 339 de esta Ciudad; *c)* Comedor Comunitario Juventud del Mañana, sito en Laguna nº 2897 Villa 3, y *d)* Centro de Atención Integral de Niños/as y Adolescentes del GCBA, sito en Paseo Colón nº 1366 de esta Ciudad. Se compromete también a la capacitación del personal encargado de las bibliotecas, mediante cursos de capacitación cuya duración será de cuatro (4) jornadas de tres (3) horas cada una de ellas. El plazo para el cumplimiento de las condiciones acordadas será de un año a partir de la notificación de la suspensión del proceso a prueba resuelta por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad.

4. El señor Fiscal General elevó las actuaciones al Tribunal y solicitó que se apruebe las condiciones del nuevo acuerdo de suspensión de proceso a prueba y se imponga las condiciones de conducta acordadas (fs. 223/225).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

El nuevo acuerdo celebrado a fs. 217/218 entre el Ministerio Público Fiscal y el Partido Compromiso Porteño —representado por el presidente del partido, Sr. Miguel Ángel Gómez Sanjaume— se ajusta a las pautas requeridas por el art. 45 del Código Contravencional para la concesión del instituto de "suspensión del proceso a prueba", en la medida que se verifican todos los presupuestos tenidos en cuenta en la anterior resolución del Tribunal de fecha 17/9/2008, mencionados en los puntos 2, 3, 4, y 5 de mi voto (véase fs. 205/208).

Por ello, y en razón de las especiales circunstancias que se verifican en el caso, descriptas en el punto 3 del resulta, considero que corresponde aprobar el acuerdo de fs. 217/218 y, en consecuencia, imponer al Partido Compromiso Porteño las nuevas reglas de conducta convenidas; hacer saber al Partido Compromiso Porteño que, en caso de no cumplir con las reglas de conducta impuestas, se revocará el beneficio concedido y continuará el proceso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 45, párr. 5º, *in fine* del CC; tener como parte integrante de la resolución al acuerdo de fs. 217/218, a cuyo efecto se agregará copia certificada, y remitir las actuaciones al Ministerio Público Fiscal a sus efectos.

Así lo voto.

Los jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier dijeron:

Nos adherimos al voto del juez José O. Casás.

El juez Luis F. Lozano dijo:

El nuevo acuerdo celebrado a fs. 217/218 entre el Ministerio Público Fiscal y el Partido Compromiso Porteño—representado por el presidente del partido, Sr. Miguel Ángel Gómez Sanjaume— satisface los extremos cuyo control pone a cargo del Tribunal el art. 45 del CC.

Por lo expuesto, voto, simplemente, por aprobar el acuerdo presentado.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero al voto del juez Luis F. Lozano.

Por ello, por mayoría,

el Tribunal Superior de Justicia,

RESUELVE:

1º. *Aprobar* el acuerdo de fs. 217/218 —que se agrega en copia certificada y se tiene como parte integrante de esta resolución.

2º. *Imponer* al Partido Compromiso Porteño las reglas de conducta concertadas con el Ministerio Público Fiscal, detalladas en el acuerdo citado y transcriptas en el punto 3 del resulta.

3º. *Hacer saber* al Partido Compromiso Porteño que, en caso de no cumplir con las reglas de conducta impuestas, se revocará el beneficio concedido y continuará el proceso, de conformidad con lo dispuesto en el art. 45, párr. 5º, *in fine*, del Código Contravencional.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique al Partido Compromiso Porteño y se remitan las actuaciones al Ministerio Público Fiscal a sus efectos.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

IV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'SOCIEDAD DEL ESTADO CASA DE LA MONEDA C/GCBA S/ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA'"

RECURSO DE QUEJA: Efectos suspensivos.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el pedido de suspensión de la ejecución de la sentencia si el recurrente no da fundamento alguno para sostener su pretensión y omite toda carga relevante en el caso, circunstancia que impide al Tribunal considerar por que debería darle a la queja un efecto suspensivo del que, en principio, carece (art. 33, ley 402).

Expte. n° 6210/08 - 4/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

En el punto 4 del petitorio de la queja presentada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 113 vta.) se solicita: "Se disponga suspender el proceso hasta tanto sea resuelta en forma definitiva la presente queja (art. 33, ley 402)".

FUNDAMENTOS:

Los jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier, Luis F. Lozano y José O. Casás dijeron:

1. El art. 33, LPTSJ, establece, en lo pertinente, que: "Mientras el Tribunal Superior de Justicia no haga lugar a la queja, no se suspende el curso del proceso salvo que el tribunal así lo resuelva por decisión expresa". La petición que en ese sentido efectúa el GCBA debe ser resuelta en forma previa a dar trámite a la queja.

2. El recurrente no da fundamento alguno para sostener su pretensión y la omisión de una carga relevante en el caso, para la parte que formula la solicitud, impide que el Tribunal considere por qué habría de dar a la queja un efecto suspensivo del que, en principio, carece.

Por lo tanto, el pedido de suspensión de la ejecución de la sentencia efectuado por el GCBA debe ser rechazado.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la petición de suspensión del proceso efectuada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y que continúe el trámite de la queja.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

V

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'NICASTRO, FÉLIX GUSTAVO Y OTROS C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Plazo. Extemporaneidad.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario federal no resulta admisible pues fue interpuesto tardíamente, desde que no resulta relevante la fecha en que efectiva

y personalmente el funcionario tomó conocimiento de la decisión, sino aquélla en la que el expediente fue recibido en dependencias del Fiscal General, quien, de acuerdo con la Ley de Ministerio Público, debe intervenir ante el Tribunal. (*Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás al cual adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. n° 5904/08 - 5/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) y el fiscal general adjunto interpusieron a fs. 86/104 vta. y 105/116 vta., respectivamente, sendos recursos extraordinarios federales contra la resolución de fecha 8/10/2008 (fs. 62/79) por la que el Tribunal, por mayoría, dispuso "(n)o hacer lugar a la impugnación constitucional planteada por el GCBA contra la sentencia dictada por la Sala II el día 7/8/2007 en los autos principales, cuya copia obra a fs. 20/25 de la queja".

2. El actor contestó el traslado conferido y solicitó el rechazo de los recursos (fs. 129/132).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso interpuesto por el señor fiscal general adjunto no resulta admisible pues fue interpuesto tardíamente. Aunque en la presentación se afirma que "me he notificado de dicho decisorio con fecha 15/10/2008" (fs. 105), el cargo impuesto a fs. 80 por la Secretaría Judicial de la Fiscalía General indica que el expediente fue recibido allí el día 10/10/2008, día que debe ser considerado para dar inicio al cómputo del plazo para recurrir. No resulta relevante la fecha en que efectivamente el funcionario tomó conocimiento de las actuaciones, sino aquella en la que el expediente fue recibido en dependencias del Fiscal General, que es quien de acuerdo con la Ley de Ministerio Público debe intervenir ante el Tribunal.

Esta afirmación no se modifica por la delegación para actuar en la causa que él pudiera efectuar en otro funcionario. De lo contrario, el plazo legal quedaría sujeto a una circunstancia totalmente subjetiva: la prontitud o tardanza con la que las actuaciones lleguen, finalmente, a conocimiento de quien deba tomar

intervención; lo que restaría toda eficacia a la pauta legalmente establecida para regular la actuación de los sujetos procesales.

Así, la interposición del recurso el día 28/10/2008 a las 12.31 horas (véase cargo de fs. 116 vta.) fue efectuada luego de transcurridas las dos primeras horas hábiles del día subsiguiente al del vencimiento del plazo de diez días establecido por el art. 257, CPCCN. Por tal razón, el recurso interpuesto por el señor fiscal general adjunto debe ser denegado.

2. Distinta es la suerte del recurso extraordinario federal interpuesto por el GCBA a fs. 86/104 vta. En efecto, toda vez que al emitir mi voto en la sent. de fecha 8/10/2008 entendí que se había producido en el caso una afectación del derecho de defensa y de la garantía constitucional del debido proceso que asiste a la parte demandada (art. 18, C.N.), y en tanto el recurso de marras ha sido interpuesto contra una sentencia definitiva, ha sido articulado en tiempo hábil y se encuentra debidamente fundado, por razones de congruencia estimo que ahora corresponde habilitar la instancia de excepción ante los estrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante la concesión del presente recurso.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del Dr. Casás, y voto por denegar —por extemporáneo— el recurso extraordinario federal deducido por el fiscal general adjunto y conceder el recurso extraordinario federal interpuesto por el GCBA, toda vez que, en la sentencia dictada el 8/10/2008 en estos estrados, consideré que el criterio adoptado por los magistrados que integraron la mayoría en la anterior instancia había generado la violación del principio de congruencia y la consecuente afectación de las garantías de defensa en juicio y debido proceso de la parte demandada, situación lesiva que continúa subsistente al día de hoy, habida cuenta que en dicha oportunidad este Tribunal decidió, por mayoría, rechazar la impugnación constitucional deducida por la accionada.

Los jueces Julio B. J. Maier, Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano dijeron:

1. El recurso del señor fiscal general adjunto no resulta admisible pues fue interpuesto tardíamente. Aunque en la presentación se afirma que "me he notificado de dicho decisorio con fecha 15/10/2008" (fs. 105), el cargo impuesto a fs. 80 por la Secretaría Judicial de la Fiscalía General indica que el expediente fue recibido allí el día 10/10/2008, día que debe ser considerado para dar comienzo al cómputo del plazo para recurrir. No resulta relevante la fecha en que efectiva y personalmente el funcionario tomó conocimiento de la decisión, sino aquélla en la que el expediente fue recibido en dependencias del Fiscal General, quien, de acuerdo con la Ley de Ministerio Público, debe

intervenir ante el Tribunal. Tal afirmación no se modifica por la delegación para actuar. De lo contrario, el plazo legal quedaría sujeto a una circunstancia totalmente subjetiva: la prontitud o tardanza con la que las actuaciones lleguen, finalmente, a conocimiento de quien debe tomar intervención; lo que restaría toda eficacia a la pauta legalmente establecida para regular la actuación de los sujetos procesales.

La interposición del recurso el día 28/10/2008 a las 12:31 horas (véase cargo de fs. 116 vta.) fue efectuada luego de transcurridas las dos primeras horas hábiles del día subsiguiente al del vencimiento del plazo de diez días establecido por el art. 257, CPCCN. Por tal razón y él debe ser denegado.

2. El recurso del GCBA fue interpuesto en tiempo oportuno, mas resulta inadmisible por varias razones.

La primera de ellas, porque el recurrente no plantea una cuestión de índole federal. El escrito recursivo parece centrar su crítica al fallo del Tribunal en lo siguiente: "...cabe destacar que los agravios vertidos por mi representada no fueron tratados por la mayoría del Tribunal, que a la alegada arbitrariedad de la sentencia de la Cámara en virtud de su contradicción con otra emanada de la misma sala, dictada el mismo día, le dedicó una atención sólo aparente" (fs. 101). Pretende que tal omisión convierte la sentencia en arbitraria y lesiona sus derechos de defensa en juicio, al debido proceso y a la igualdad (fs. 101 vta.). No obstante, el propio recurrente señala los párrafos dedicados por los jueces que conformaron la mayoría a esa cuestión (fs. 101 vta.).

La lectura del fallo apelado pone en evidencia que el recurso del GCBA intentó someter a consideración del Tribunal el alcance que cabía dar a ciertas expresiones del escrito de demanda, y expuso su disconformidad con la interpretación que de ellas efectuara la Cámara, en atención a que en otro pronunciamiento de igual fecha y en un asunto similar la misma Sala interpretó esos términos de modo diferente. A su turno, la decisión del Tribunal no omitió la consideración de ese agravio. Tanto los jueces que conformaron la mayoría y desestimaron la trascendencia del planteo para invalidar la sentencia (véase: voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz, fs. 74, párrs. 4 a 7; voto del juez Julio B. J. Maier, fs. 76/77, punto 7; voto del juez Luis F. Lozano, fs. 78/79, punto 3), como uno los magistrados que, por la minoría, estimó relevante el cuestionamiento (voto del juez José O. Casás, fs. 65/69, puntos 2 y 3) dieron tratamiento a esa cuestión. No se advierte, entonces, la falta de tratamiento del agravio indicada en el recurso. Simplemente, el Tribunal lo resolvió en forma adversa al interés del GCBA.

Por lo demás, el agravio no plantea una cuestión que exija la interpretación de regla constitucional o federal alguna, exigencia ineludible para habilitar la instancia extraordinaria a que se refiere el art. 14 de la ley 48. Las objeciones

se vinculan —como quedó expuesto— con la interpretación y valoración del escrito de demanda en relación con la normativa infraconstitucional aplicable —de manera alguna de índole federal— a la decisión de la causa.

Cabe recordar, en este orden de ideas, que los asuntos de esta naturaleza son, por regla, ajenos al control de la Corte Suprema por la vía del recurso extraordinario federal (*Fallos,* 285:410; 286:87; 291:356; 308:551, entre otros), pues el respeto a las autonomías locales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión definitiva de las causas que, en lo sustancial, versan sobre la interpretación y aplicación de las leyes y disposiciones de orden local (*Fallos,* 289:336; 293:226; 296:642; 311:2004; 323:1217, entre muchos otros), que —como se vio— ocurre en este proceso.

Además, la sola mención de preceptos constitucionales no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) ya que la relación directa entre lo debatido y decidido y la cuestión que se reputa federal, que la ley exige, existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268:247). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por reglas de derecho que no son federales (*Fallos,* 310:2306). Y, en este punto, la recurrente —se insiste— no logra conectar las cuestiones debatidas y resueltas en la causa con una regla de derecho federal.

3. Ante la ausencia ostensible de cuestión federal, la actora procura introducirla merced a la doctrina de la "sentencia arbitraria". La admisibilidad del recurso por esta causal es estricta según lo señala la CSJN, creadora de esta doctrina: "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 312:246; 389, 608; 323:2196, entre otros).

El recurso, en relación con este agravio, también es inadmisible en tanto, como fue dicho, se sostiene, básicamente, en la discrepancia del GCBA con la interpretación efectuada por el Tribunal en su sentencia de los escritos, las pretensiones y las reglas locales y de derecho común aplicadas para fundar su decisión (conf. doctrina de *Fallos,* 114:42; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, 1757, entre muchos otros).

4. Por lo demás, tampoco puede tenerse por cumplidos los extremos requeridos por los arts. 2°, inc. i) y 3º, incs. b), d) y e) del reglamento aprobado

por la acordada 4/07 de la CSJN. Así, el GCBA omitió dar en la carátula (art. 2°) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i). Y, como se observó en los párrafos precedentes, en oportunidad de desarrollar los fundamentos del recurso, la actora no cumplió con las exigencias del art. 3°, relativas a la cuestión federal (incs. b, d y e). Además, el escrito no efectúa (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (inc. d).

6. Por los motivos expuestos, el recurso extraordinario intentado no puede prosperar. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

El juez Luis F. Lozano agregó:

1. Sin perjuicio de que lo dicho respecto del recurso extraordinario federal interpuesto por el señor fiscal general adjunto resulta suficiente para denegar el remedio intentado, la cuestión me suscita algunas consideraciones adicionales.

2. En primer lugar, en relación al momento a partir del cual comienza a correr el plazo que establece el art. 257, CPCCN para la interposición del recurso extraordinario federal, cabe agregar que la cuestión se encuentra regida por el art. 119 *in fine* del CCAyT. La mencionada disposición establece que "[l]os/las funcionarios/as judiciales quedan notificados/as el día de la recepción del expediente en su despacho...", apartándose así de las excepciones que, al respecto, contiene el art. 135 *in fine,* CPCCN —cuerpo normativo que sirvió de antecedente del CCAyT—, en tanto este último, luego de establecer idéntica regla con un idéntico texto, prevé que el Procurador General de la Nación, los Procuradores Fiscales de la Corte Suprema y los Procuradores Fiscales de Cámara (y a partir de la modificación introducida por la ley 24.588, el Defensor General de la Nación y los Defensores Generales de Cámara) serán notificados personalmente en su despacho. Dicha distinción, que el código de rito local no receptó, trasunta una voluntad legislativa de asegurar una dinámica a favor de otros litigantes que no puede ser soslayada por el intérprete. En tales condiciones, el cómputo del plazo comenzó, en el caso, a partir de la recepción de las actuaciones en las dependencias del Fiscal General.

3. Por otro lado, la legitimación del recurrente también configura un capítulo que merece especial consideración.

El fiscal general adjunto busca apoyo para justificar su legitimación en las competencias que le otorgan los arts. 125, CCBA y 1º de la ley 1903, sin embargo no puede soslayarse que la cuestión de fondo sobre la que persistía

la controversia entre las partes versa acerca de si la pretensión del actor, introducida en su demanda, incluía o no los intereses correspondientes al capital reclamado, cuestión relativa a si se ejerce un derecho de propiedad, por su índole, solo disponible por sus titulares, con arreglo al art. 17 C.N. y legislación que la reglamenta, normas que constituyen la legalidad que el recurrente invoca defender.

Así, la CCBA asigna a la Procuración General la representación de los derechos e intereses del GCBA (art. 134), único órgano del Estado local que posee legitimación para recurrir una sentencia adversa a su representado, mientras que es obvio que sólo incumbe al administrado determinar cómo disponer o buscar tutela a su propiedad. Por ello, a más de lo dicho respecto de la oportunidad de interposición del recurso, el señor fiscal general adjunto no se encuentra investido de legitimación para interponer el recurso extraordinario federal.

Por ello, y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* los recursos extraordinarios federales planteados por el fiscal general adjunto y por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 79, punto 2.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

VI

"RODRÍGUEZ, CELIA CRISTINA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'RODRÍGUEZ, CELIA CRISTINA C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL:
Cuestiones de hecho. Interpretación de normas locales.

SUMARIOS:

Cabe rechazar el recurso extraordinario federal, si los agravios no hacen más que reiterar lo expresado con anterioridad en los recursos de queja y de

inconstitucionalidad, y sólo traducen la disconformidad de la recurrente con la interpretación de los hechos y las normas locales en juego que constituyen el fundamento del decisorio, sin demostrar la existencia de la alegada arbitrariedad. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 5897/08 - 10/2/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Celia Cristina Rodríguez interpuso recurso extraordinario federal (fs. 100/117 vta.) contra la decisión de fecha 22/10/2008 (fs. 88/96) mediante la cual el Tribunal rechazó la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, deducida por ella.

Corrido el traslado pertinente, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCBA) solicitó su rechazo (fs. 120/126 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces Luis F. Lozano, José O. Casás, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz dijeron:

1. Pese a haber sido interpuesto en tiempo oportuno el recurso extraordinario planteado por la recurrente no puede prosperar por varias razones.

2. La primera de ellas, porque el escrito de interposición del recurso extraordinario reitera prácticamente —en su totalidad— la fundamentación del recurso de queja de fs. 62/76 y éste la del recurso de inconstitucionalidad de fs. 4/18. El Tribunal, por mayoría, consideró improcedente la queja —principalmente— porque no lograba plantear una cuestión constitucional (conf. puntos 2 y 3, del voto del juez Lozano, a los que adhiere la jueza Conde; y punto 2, del voto del juez Maier; los jueces Casás y Ruiz no intervinieron por estar en uso de licencia).

Corresponde, entonces, aplicar la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia en cuanto sostiene que las decisiones que declaran inadmisibles recursos deducidos ante los tribunales locales, no son revisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 302:1039; 307:819; 311:100, entre muchos otros).

3. La segunda, porque obsta a la concesión del recurso el carácter no federal de la cuestión debatida.

En el caso, debía determinarse si las tareas desarrolladas por la actora encuadraban en las previsiones del art. 9º del dec. 3544/91 y, en caso afirmativo, si en virtud de ello le correspondía el encasillamiento en el Nivel "B" pretendido, a los únicos fines de establecer la procedencia de la indemnización que reclamaba.

Como puede advertirse, el asunto trata aspectos relativos a la relación de empleo público que ligó a la actora con la Ciudad de Buenos Aires. La decisión que la recurrente pretende de la Corte federal exigiría que ésta considere normas de derecho local relativas al empleo público, es decir, se pretende que la Corte Suprema de Justicia sustituya a los jueces de grado en la valoración del derecho infraconstitucional.

Al respecto, la Corte Suprema ha dicho en numerosas ocasiones que las relaciones entre empleados públicos locales y el gobierno del que dependen se rigen por las respectivas disposiciones de orden local, que constituyen el derecho administrativo aplicable, de modo que la interpretación y vigencia en el caso de las normas respectivas es privativa de sus tribunales (conf. *Fallos,* 298:452; 303:801; 304:1345; 305:194, 447, 465; 308:1922).

4. La tercera, porque las garantías constitucionales genéricamente invocadas (arts. 14, 14 bis, 16, 17, 18, 19, C.N.) no guardan relación directa e inmediata con lo decidido (art. 15, ley 48). Al respecto, la Corte Suprema ha establecido que no procede el recurso extraordinario que, fundado en presuntos quebrantamientos a principios y garantías constitucionales, sólo plantea cuestiones de hecho y de derecho local que no guardan relación directa e inmediata con los artículos invocados de la Constitución Nacional (*Fallos*, 300:130).

Atento el carácter excepcional de la jurisdicción extraordinaria, es necesario que la norma federal invocada se vincule de manera estrecha con la materia del litigio, en forma tal que su dilucidación sea indispensable para la decisión del juicio. En el caso, la recurrente menciona normas constitucionales presuntamente afectadas, pero no las vincula argumentativamente con la cuestión debatida ni controvierte los fundamentos de la sentencia sobre esa base, tal como ya había sido puesto de manifiesto en la sentencia de fecha 22/10/2008.

5. Y la cuarta, porque el recurso interpuesto se reduce, en rigor, a alegar la arbitrariedad de la sentencia de este Tribunal y, en consecuencia, pretende introducir la cuestión constitucional federal por afectación de las garantías del debido proceso, defensa en juicio y del principio de legalidad. Sin embargo, la admisibilidad del recurso por esta causal, establecida por la Corte Suprema a partir de *Fallos,* 184:137, es estricta pues atiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, 389, 608, entre otros) y no tiene por objeto

corregir fallos equivocados o que se consideran tales, sino que atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 294:376).

Ahora bien, los agravios —pese a los esfuerzos de la actora por querer demostrar lo contrario— no hacen más que reiterar lo expresado con anterioridad en los recursos de queja y de inconstitucionalidad. En definitiva, ellos sólo traducen la disconformidad de la recurrente con la interpretación de los hechos y las normas locales en juego que constituyen el fundamento del decisorio, sin demostrar la existencia de la alegada arbitrariedad. Tales razones impiden habilitar el remedio extraordinario que se pretende.

6. Por lo demás, la recurrente no dio cumplimiento acabado a los recaudos señalados en los arts. 1º, 2° y 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/2007 de la CSJN.

Así, el escrito supera —en varias de sus páginas— los veintiséis (26) renglones (art. 1º). También se omitió efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inciso i) y el mantenimiento de ella en las distintas instancias (art. 3º, inc. b): adviértase que en la apelación deducida contra la sentencia de primera instancia tal exigencia no fue cumplida, fs. 25/27). Además, el escrito no efectúa (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por la apelante con fundamento en aquéllas (inc. e).

7. Por los motivos expuestos, el recurso extraordinario intentado no puede prosperar. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Celia Cristina Rodríguez, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 96, punto 2.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

VII

"FRASCHINI, DENISE MARIEL C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. Interpretación y aplicación del art. 14 de la CCBA. AMPARO: Requisitos. Empleo público. Psicólogo. Servicio de guardia. Interpretación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. La decisión de la Cámara que concedió parcialmente el recurso de inconstitucionalidad incoado por GCBA en relación con el planteo vinculado con la interpretación del art. 14 de la CCBA resulta acertada y tal agravio debe ser atendido, ya que la recurrente ha logrado demostrar que las razones invocadas por la actora para dar fundamento a la presente acción de amparo no resulta suficientes para acreditar que la supuesta omisión enrostrada al Estado local pueda considerarse arbitraria o portadora de una ilegalidad manifiesta susceptible de amenazar sus derechos constitucionales. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

2. La constatación de la concurrencia de los presupuestos constitucionales del amparo, para admitirlo o para rechazarlo, exige de los jueces un juicio equilibrado que tenga en cuenta, principalmente, si la tramitación de la demanda mediante otro tipo de proceso (con las medidas cautelares que en ellos puedan requerirse) puede llevar a frustrar (y no meramente demorar) la tutela judicial del derecho o interés sobre la base del cual se acciona. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

3. La solución de la cuestión planteada es susceptible de impactar en la organización puntual de la estructura y de los recursos humanos y presupuestarios establecidos para llevar adelante las prestaciones de los hospitales públicos de la Ciudad —no sólo en los servicios de guardia—, materias propias de los departamentos ejecutivo y legislativo, según el caso, lo cual llevaría a abordar el estudio de la pretensión amparista a la luz de un conjunto de reglas y circunstancias que, en el caso, por el estrecho ámbito cognoscitivo de la vía procesal elegida (amparo), no ha sido valorado siquiera en forma superficial. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

4. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad pues la parte actora no ha acreditado encontrarse en la situación fáctica que contempla la normativa que reclama le sea aplicada, de modo que no ha adoptado una conducta procesal acorde a su expectativa, al no haber demostrado la existencia de los presupuestos que acreditaran la necesaria utilización de la vía excepcional del amparo intentada. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

5. Resulta acertada la decisión de la Cámara, en cuanto concede parcialmente el recurso de inconstitucionalidad del GCBA, desde que no están presentes en el caso las dos condiciones cuya concurrencia supone la acción de amparo, pues la presunta lesión de legalidad atribuida a la actuación de la demandada no es manifiesta o evidente, ni tampoco se advierte que el reclamo efectuado en el litigio implique, mucho menos dado el tiempo transcurrido, la consumación o inminencia de producción de un daño de tal gravedad, que implique la afectación del derecho constitucional a trabajar. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. Debe declararse mal concedido el recurso de inconstitucionalidad, toda vez que el GCBA no interpuso recurso directo ante el Tribunal por aquellos agravios que no fueron admitidos por la Cámara y, por tanto, en relación con ellos el decisorio ha quedado firme. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. Cabe declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad, pues el agravio referido a la improcedencia del trámite de amparo para ventilar la cuestión, aun cuando altamente significativo, no suscitaba la competencia de este Tribunal en tanto no versaba acerca del contenido de la sentencia definitiva ni el recurrente invocaba que el contenido de ella habría variado si hubiera resultado de un proceso ordinario; situación que llevaba a que la discrepancia planteada, en esa etapa del análisis, no tuviera más efecto que determinar la elección de una vía procesal para ordenar el debate. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6067/08 - 10/2/2009

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Denise Mariel Fraschini, psicóloga que se desempeña en el servicio de guardia del Hospital General de Agudos "Parmenio Piñeiro" de la Ciudad de Buenos Aires, en calidad de interina, planteó una acción de amparo contra el Gobierno local, para que se cumpla lo dispuesto en el art. 6º del dec. 282/96, que establece el derecho a que se le asigne un mínimo de 12 horas semanales en la planta del Hospital, como prolongación de las 24 horas que trabaja como profesional de guardia (fs. 1/6 vta.).

Al producir el informe establecido por la Ley de Amparo (art. 8°, dec. ley 16.986), el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires solicitó el rechazo de la demanda, tanto por razones atinentes a su inadmisibilidad formal, como por su improcedencia sustancial (fs. 31/37 vta.).

La sentencia de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo y ordenó al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires extender el horario de prestación de funciones de la parte actora a doce horas en planta (fs. 93/96 vta.).

2. La Procuración General de la Ciudad apeló la sentencia (fs. 102/109). La parte actora contestó el traslado del memorial de agravios (véase fs. 114/118 vta.).

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso de apelación y confirmó la sentencia de grado (fs. 126/130 y aclaratoria de fs. 143).

3. Contra dicha sentencia, la Procuración General interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 152/163) en el que articuló los tres siguientes agravios: *a)* no procede la vía del amparo por no ser manifiestamente ilegal el acto impugnado, *b)* el carácter sumarísimo del debate admitido redundó en una limitación severa de la capacidad defensiva en razón del breve término de que dispuso la demandada para organizarla y exponerla y, finalmente, *c)* la interpretación del art. 6° del dec. 282/96 que extendió el universo de sus beneficiarios es arbitraria.

Por medio de la decisión contra la que dirige estos cuestionamientos, el *a quo* habría lesionado la garantía constitucional del debido proceso y el principio de división de poderes.

La Sala I, previa contestación por la actora del recurso de inconstitucionalidad deducido por el GCBA (fs. 165/168 vta.), lo concedió parcialmente —sobre la base del fallo del Tribunal en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Racimo, Mariano Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'"—, únicamente respecto de los agravios que remiten a la interpretación del art. 14 de la Constitución de la Ciudad. En cambio, lo denegó en cuanto a la causal de arbitrariedad y en lo relativo a la interpretación de normas infraconstitucionales (fs. 171/172).

4. En su dictamen, el fiscal general adjunto propicia que se declare mal concedido el recurso (fs. 179/181).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

El recurso de inconstitucionalidad concedido parcialmente por la Sala I a fs. 165/168 vta. no puede prosperar.

Por las razones apuntadas *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sentencia del 29/11/2006, los cuestionamientos de la vía procesal admitida no hacen por sí solos a la sentencia definitiva, única susceptible del recurso de inconstitucionalidad.

Más allá de su relevancia, el agravio referido a la afectación del derecho de defensa —configurada, según la recurrente, por la imposición de plazos más exiguos que aquellos que rigen los procesos ordinarios—, fue introducido en esta instancia, circunstancia que impide que este Tribunal se pronuncie a su respecto puesto que, de hacerlo, obraría en instancia originaria lo que le está vedado en el caso.

Por ello, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad deducido. Costas a cargo de la vencida.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención a las consideraciones expuestas por el juez Luis F. Lozano, y por el señor fiscal general adjunto en su dictamen, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad. Costas a la demandada.

Los jueces Ana María Conde, José O. Casás y Julio B. J. Maier dijeron:

La decisión de la Cámara que concedió parcialmente el recurso de inconstitucionalidad incoado por el GCBA en punto al planteo vinculado con la interpretación del art. 14 de la CCBA resulta acertada y tal agravio debe ser atendido.

Ello así, dado que la recurrente ha logrado demostrar que las alegaciones efectuadas por la actora para dar fundamento a la presente acción de amparo no resultan suficientes para acreditar que la supuesta omisión enrostrada al Estado local pueda considerarse arbitraria o portadora de una ilegalidad manifiesta susceptible de lesionar o amenazar sus derechos constitucionales (exigencias que el mencionado art. 14 de la CCBA establece para el andamiento de la vía procesal elegida).

Si bien ya hemos desarrollado in extenso estas cuestiones en el precedente "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4782/06, sentencia del 29/11/2006" —al que cabe remitirse en lo pertinente— y en los casos: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alonso, Daniel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4781/06, sentencia del 30/11/2006; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Berdiñas, Verónica c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. 4925/06, sentencia del 11/4/2007; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Schajnik, Roxana Judith c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4955/06, sentencia del 2/5/2007; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cazale, María Mercedes c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5069/06, sentencia del 3/7/2007; y más recientemente *in re*: "Maugeri, Dante Abel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5934/08, sentencia del 8/10/2008, entre otros, corresponde efectuar algunas puntualizaciones.

A diferencia de lo sostenido por el tribunal *a quo*, entendemos que en el *sub examine* el Gobierno demandado no sólo ha manifestado distintas objeciones respecto de la vía procesal escogida, sino que también se ha encargado de explicar con argumentos plausibles la complejidad de los hechos de la causa —que no hace manifiesta *ictu oculi* la ilegitimidad del obrar administrativo— y la necesidad de discutirlos en un proceso que permita mayor amplitud de debate (v. informe del art. 8º de la ley 16.986 obrante a fs. 31/37 vta.).

Es que, tal como fuera expresado por los suscriptos en el precedente "Akrich" ya citado, a partir del análisis de las pretensiones de las partes "ninguna de las posibilidades aparece como manifiesta y, por tanto no puede hacerse lugar o rechazar el amparo sobre esta única base. Resulta ser entonces, la presente, una acción típica en la cual es necesario producir un debate de mayor amplitud que el que puede garantizar un juicio de amparo y en este sentido el Gobierno de la Ciudad ha fundado en forma suficiente su oposición al trámite y la necesidad de producir prueba que permita arribar a una conclusión certera acerca de la vigencia de la normativa que se dice inaplicada".../// "Sin ir más lejos y tan sólo a modo de ejemplo, debemos señalar que la decisión de la Cámara que ordena la incorporación de la actora a la planta del hospital con 12 horas como prolongación horaria, nos plantea la siguiente duda: ¿El profesional médico que renuncia a las horas de guardia debe renunciar también a las horas de planta? Porque si ello no es así, entonces llega un punto en que, pese a que se encuentren disponibles horas en la guardia de urgencia, la planta del hospital está completa. ¿Dónde se nombra entonces, por las 12 horas de prolongación, a los futuros médicos que son contratados para trabajar en la Guardia? y ¿Con qué impacto económico sobre la partida adjudicada por ley de Presupuesto?// Este ejemplo resulta suficiente para advertir que asiste razón al Gobierno cuando señala que la cuestión debe ser analizada en otro tipo de proceso, con las garantías que brinda un traslado de demanda y la prueba que se pueda aportar al respecto para despejar estos interrogantes, mediante un procedimiento sujeto a reglas preestablecidas con claridad en el CCAyT.// Pareciera que la solución de la cuestión planteada en el *sub lite* es susceptible de impactar en la organización puntual de la estructura y de los recursos humanos y presupuestarios establecidos para llevar adelante las prestaciones de los hospitales públicos de la Ciudad —no sólo en los servicios de guardia—, materias propias de los departamentos ejecutivo y legislativo, según el caso. Esto, claro está, no impediría de por sí el control de los jueces bajo determinadas condiciones. Pero sí es posible afirmar que para decidir el juicio es necesario abordar el estudio de la pretensión amparista a la luz de un conjunto de reglas y circunstancias que, en el caso, por el estrecho ámbito cognoscitivo de la vía procesal elegida, no ha sido valorado siquiera en forma superficial".

Así entonces, entendemos que estas circunstancias en modo alguno pueden conducir a una decisión de este Tribunal sobre las cuestiones de fondo debatidas, soslayando el hecho que en autos no se encuentran configurados los requisitos básicos que exige la Constitución local para la procedencia de la acción de amparo deducida.

Por las consideraciones expuestas y los argumentos pertinentes desarrollados en el precedente "Akrich" ya aludido —a los que cabe remitirse como parte integrante de esta sentencia, y que son incorporados mediante el agregado de copia de esa decisión a este expediente—, corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, revocar la sentencia recurrida y rechazar el amparo planteado por la Sra. Denise Mariel Fraschini.

Costas por su orden en todo el proceso (art. 14, CCBA).

Así lo votamos.

El juez Julio B. J. Maier agregó:

La decisión de la Cámara, en cuanto concede parcialmente el recurso de inconstitucionalidad del GCBA, resulta acertada, calificativo que alcanza a la decisión de mérito sobre el recurso. En efecto, dos fundamentos centrales —referidos ambos al agravio procesal vinculado con el art. 14 de la CCBA— sostienen el reclamo de la recurrente (en similar sentido, véase mis votos en los casos los casos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alonso, Daniel c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 4781/06, sentencia del 30/11/2006; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Berdiñas, Verónica c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]", expte. nº 4925/06, sentencia del 11/4/2007; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Schajnik, Roxana Judith c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 4955/06, sentencia del 2/5/2007; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cazale, María Mercedes c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 5069/06, sentencia del 3/7/2007, entre otros). En primer lugar, la presunta lesión de legalidad atribuida a la actuación de la demandada no es manifiesta o evidente. Tampoco se advierte que el reclamo efectuado en el litigio implique, mucho menos dado el tiempo transcurrido, la consumación o inminencia de producción de un daño de tal gravedad, que implique la afectación del derecho constitucional a trabajar. De este modo, las dos condiciones constitucionales, cuya concurrencia supone la acción de amparo en la ley fundamental, no están presentes en el caso.

En segundo lugar, la moda consistente en tomar la vía del amparo y sustituir, así, los procedimientos judiciales previstos en la ley de rito, propicia falsas interpretaciones formales sobre el modo y el tiempo en los cuales deben ejercerse los derechos procesales pertinentes y, en el caso, significa un menoscabo a la defensa posible del Gobierno, aquí demandado. El amparo es

un proceso serio, reglado por disposiciones constitucionales, en razón de lo cual no resulta admisible emplearlo como una vía residual, vaciada de toda especificidad y dependiente del gusto del actor. Mucho menos resulta una vía genérica, sustitutita de cualquier procedimiento contencioso-administrativo (para apreciar el desarrollo por el Tribunal de una regla, a mi entender razonable, sobre la procedencia del amparo, véase la sentencia del TSJ en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 4970/06, resolución del 5/6/2007).

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, revocar la sentencia apelada y rechazar la demanda de amparo interpuesta por Denise Mariel Fraschini.

2º. *Imponer* las costas de todo el proceso en el orden causado.

3º. *Agregar* a este expediente copia de la resolución de fecha 29/11/2006, dictada por el Tribunal en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Akrich, Gustavo Raúl c/GCBA s/amparo" (art. 14, CCBA)'".

4º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto 3 y, oportunamente, se devuelva.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

VIII

"FUL-MAR S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'FUL-MAR S.A. C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Cuestiones de hecho y prueba. Exceso ritual manifiesto. PODER DE POLICÍA: Ejercicio. Control judicial.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara

decidió no concederlo. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. El recurso de queja debe rechazarse, cuando si bien sostiene de modo genérico la vulneración de normas constitucionales —arts. 104, incs. 11 y 13 de la CCBA y 42 de la C.N. —, y la consecuente afectación de los derechos de comerciar, de industria, de propiedad, y de los consumidores, el tenor de los agravios impide establecer la adecuada correspondencia entre la afectación que se invoca y el contenido de la sentencia recurrida, y sólo es dable constatar la discrepancia con la sentencia de la Cámara, en cuanto a la valoración que dicho tribunal efectuó de los elementos de prueba para fijar los hechos, de conformidad con la prueba producida para fundar su decisión. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

3. El recurso de queja debe rechazarse si los aspectos relevantes para la solución del proceso giran en torno de los hechos y las pruebas rendidas y omitidas para determinar su suficiencia como elementos que acrediten una supuesta infracción a deberes genéricos de contralor por parte del Estado local —ejercicio del poder de policía local—, pues la decisión del recurso de inconstitucionalidad que le precede no exigiría del Tribunal interpretación constitucional alguna. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. No existe derecho constitucional alguno que ampare a la persona jurídica actuante frente al ejercicio regular o peor del poder de policía de la Administración, en general, que es susceptible de una valoración puramente política, salvo que se lo refiera a un caso particular en el que alguien sufra ese ejercicio que provoca un desmedro de sus derechos básicos. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. La doctrina del exceso ritual manifiesto constituye una directiva a los jueces para evitar la aplicación irrazonable de las normas procesales; pero no puede ser admitida para intentar enmendar los defectos de actuación de la propia parte que la invoca. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

6. La pretensión, consistente en controlar genéricamente la forma en que el Poder Ejecutivo local lleva adelante las tareas que la Constitución le atribuye o la de verificar si dicho Poder cumple o no con las leyes vigentes, se ubica claramente por fuera de las atribuciones propias del Poder Judicial. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. n° 6163/08 - 10/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Ful-Mar S.A. —empresa dedicada a la fabricación y venta de relojes para taxímetros, entre otras actividades— promovió acción de amparo contra

el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA), con el objeto de lograr el cumplimiento de la norma actualmente vigente referida al poder de policía sobre los taxímetros (fs. 1/13, expediente principal).

2. El juez de primera instancia, con sustento en lo establecido en el art. 6º de la ley 2145, resolvió —atento a que la índole de los incumplimientos alegados exigía la conformación de un plexo probatorio más amplio que desnaturalizaría la acción de amparo— reencauzar el proceso y disponer que la actora procediese a readecuar su demanda de conformidad con las previsiones de los arts. 269 y concs. del CCAyT (fs. 43/44, expediente principal).

Apelada dicha decisión por la actora (fs. 46/50, expediente principal), la Cámara de Apelaciones revocó el pronunciamiento recurrido "...dado que la cuestión a decidir se vincula a examinar la vigencia normativa de un recaudo técnico vinculado al servicio de taxímetros y su efectivo control por parte de las autoridades de aplicación y la celeridad del proceso no es un valor despreciable para arribar a una decisión judicial que podría, de asistir razón al reclamo de autos, trascender el propio interés del apelante.// Por lo demás, (...) el único elemento fáctico a tener en cuenta será el efectivo cumplimiento o no por parte de la autoridad de aplicación de la normativa invocada en la demanda, aspecto que posiblemente pueda quedar dilucidado con su sola contestación, y la producción de la prueba ofrecida en autos..." (fs. 57/58 vta.) y dispuso dar trámite al amparo.

3. En la oportunidad correspondiente, el juez rechazó la demanda. Fundó su sentencia en el argumento de que debió haberse probado "...la omisión de ejercer debidamente el control por parte de la Dirección General de Transporte y el consecuente otorgamiento de habilitaciones que no cumplían con la normativa aplicable al caso, hecho que no ha quedado acreditado en autos, toda vez que ni de la documentación aportada por la amparista ni del informe producido surge que se continúen concediendo los referidos permisos...". Puntualizó, en este sentido, que la parte actora "...no ofreció prueba alguna tendiente a demostrar la omisión imputada a la Administración...". Agregó, al respecto, que debía tenerse en cuenta la distribución de la carga de la prueba que consagra el art. 301 del CCAyT y recordarse que la finalidad de la actividad probatoria consiste en crear la convicción en el órgano judicial sobre la existencia o inexistencia de los hechos afirmados. Concluyó: al no verificarse la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta alegadas, existía una valla para el progreso de la demanda (fs. 98/102, expediente principal).

4. Ese pronunciamiento fue impugnado por la actora (fs. 105/115, expediente principal). Ella se agravió porque el juez de primera instancia

había: *a)* considerado que la contestación de demanda del GCBA contenía una negativa de los hechos invocados en el escrito de inicio; *b)* interpretado erróneamente la contestación del oficio librado a la Dirección General de Transporte; *c)* vuelto sobre la admisibilidad formal de la vía de amparo a pesar de haber sido ya resuelta por el tribunal de alzada; *d)* invocado erróneamente la aplicación del art. 133 del CCAyT para interpretar la posición asumida por la demandada al contestar la acción; *e)* considerado que no había sido probada la omisión imputada a la Dirección General de Transporte y —existiendo incertidumbre a su respecto— reputado carga procesal de la parte actora el acreditar la omisión denunciada; *f)* entendido que en autos no existía arbitrariedad o ilegalidad manifiesta en la omisión de ejercer el poder de policía por parte del organismo administrativo; *g)* rechazado la acción, pues ello resultaba contrario a la directiva constitucional del art. 14, CCBA, en tanto, si estaba acreditado que sólo los relojes taxímetros habilitados por Metrología Legal podían ser instalados actualmente en taxis y remises y estaba probado que la Dirección General de Transporte es el órgano competente para ejercer el poder de policía, el rechazo de la acción por inexistentes defectos probatorios no era más que un exceso ritual; y *h)* distribuido las costas en el orden causado.

5. A su turno, la Sala ll de la Cámara de Apelaciones Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso de apelación deducido por la parte actora (fs. 128/130 vta., expediente principal).

Para así decidir, señaló —remitiéndose a la doctrina vertida por este Tribunal en la causa "Usabel"— que "...para que exista una omisión ilegítima susceptible de resultar impugnada en los términos del art. 14, CCBA, el juez debe verificar: *a)* que exista un mandato normativo expreso para actuar, *b)* que se configure la omisión del cumplimiento de tal obligación por parte de un órgano público y *c)* que la omisión produzca la vulneración de un derecho o garantía...". A ello agregó que "...el amparo por omisión, tal y como lo establece la Constitución de la Ciudad, procede ante la ausencia de una acción que constituya el incumplimiento de un deber normativo, que —a su vez— debe presentarse de modo manifiestamente arbitrario e ilegítimo. En otras palabras, debe tratarse de una situación en la cual la constitución de la omisión ilegítima surja de modo prístino, sin necesidad de mayores elucubraciones y alejada de aquello que puede ser materia de opiniones o criterios diversos...".

Recordó que la lesión o amenaza de lesión a un derecho debía ser actual y debía tener vigencia no sólo al iniciarse la acción sino que debía mantenerse al momento de sentenciar. Observó, en tal sentido, que de lo actuado con motivo de la presentación administrativa realizada por la actora, tendiente a que se subsanase la omisión en el control de la habilitación de taxímetros que carezcan del pertinente certificado de aprobación, se desprendía que la Direc-

ción General de Transporte había hecho saber al Gerente General de SACTA S.A. que "...'deberá proceder conforme la normativa de aplicación al efectuar las verificaciones técnicas de los relojes taxímetros de los vehículos afectados a licencias de taxis, en particular conforme lo establecido por la ley 19.511, la resol. ex SCD y DC-169/01, y concs.' (fs. 79/82)" y que ante un reclamo similar formulado ante la Municipalidad de Rosario – Dirección General de Transporte, la actora había obtenido de la administración pública local el ajustar su conducta a las normas invocadas; por lo que cabía "...advertir la similitud existente entre el temperamento adoptado por el citado municipio —invocado por la actora como ejemplo— y el exteriorizado por el órgano competente del GCBA a fs. 82".

La Cámara sostuvo, también, que "...el carácter expedito del proceso de amparo no obsta a su bilateralidad ni al principio general por el cual la carga de la prueba recae fundamentalmente sobre las partes, que deben acompañar u ofrecer los elementos de convicción que hagan a su derecho (...). De allí que no pueda hacerse lugar a los agravios enderezados a tener por probados los hechos y omisiones afirmados en la demanda en virtud de alegadas deficiencias en el escrito de contestación de demanda.// En este sentido, toda vez que a fs. 96/97 la actora desistió de la prueba ofrecida en el escrito de inicio, la prueba de la materialidad de los hechos y omisiones alegados debe valorarse con los elementos efectivamente agregados al legajo".

Por otra parte, acotó que "...el magistrado de grado al señalar que no advierte la presencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiesta no ha 'vuelto a tratar la admisibilidad de la vía de amparo', sino que tras haber sustanciado la demanda, ha evaluado la prueba producida y las presentaciones de las partes y ha concluido en que no se encuentran presentes en el caso los presupuestos sustanciales de procedencia de la acción previstos en el art. 14 de la CCBA".

En cuanto a las costas del juicio, concluyó que atento al modo en que se resolvía tampoco prosperaban los agravios relacionados con su distribución.

6. Disconforme con lo decidido por la Alzada, la actora articuló recurso de inconstitucionalidad (fs. 134/147, expediente principal).

Adujo: *a)* el *a quo* equivocó el juicio al interpretar el sentido de la comunicación cursada desde la Dirección General de Transporte al Gerente General de SACTA S.A., que por otra parte resultó en abierta contradicción con el poder de policía que en carácter de responsabilidad primaria le asignó el dec. 350/06 a la Dirección General de Transporte; *b)* las normas cuya interpretación y aplicación fue materia de debate en autos son los arts. 104, incs. 11 y 13 de la CCBA y 42 de la C.N.; por cuanto al juzgar cumplido el objeto del amparo con la remisión a la nota administrativa de fs. 79/82, la Cámara de Apelaciones efectuó una interpretación de tales normas disvaliosa para los derechos invocados en la demanda y disfuncional con la armónica interpretación de los

principios y normas del derecho administrativo local y de los derechos de los usuarios y consumidores; *c)* la mera remisión de una nota recordatoria de las normas vigentes "*...no equivale a ejercer el poder de policía para lograr el cumplimiento de la norma*. Resulta entonces que *la omisión imputada en el escrito de inicio de la acción de amparo ha sido plenamente acreditada*..." (destacado en el original); *d)* de aceptarse el criterio de la sentencia recurrida, resultaría alterada la distribución de poderes, porque contra la expresa atribución de facultades constitucionales ejercidas a través de un decreto del Poder Ejecutivo, el organismo administrativo cedería a favor de un tercero el pleno ejercicio de sus responsabilidades primarias, sin el ejercicio propio y personal del poder de policía, y sin lograr el cumplimiento de las normas que regulan los taxis y remises; y *e)* corresponde al Jefe de Gobierno la protección de los derechos de los usuarios y consumidores y el servicio de taxis y remises debe ser controlado a los efectos de garantizar a los pasajeros que los relojes taxímetros miden el tiempo y la distancia de manera correcta, sin fraudes y sin errores más allá de los tolerables establecidos por la reglamentación, dado que ello tiene directa incidencia en el costo de cada viaje.

Además, el actor reiteró los agravios vertidos en oportunidad de la interposición del recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. A ellos sumó los que dirigió contra el pronunciamiento de la alzada. Argumentó que: *a)* estaban reunidos los extremos para admitir el amparo por omisión de la autoridad pública a que se hace referencia en el precedente "Usabel", por cuanto: *i)* existía un mandato normativo para actuar, que emanaba del art. 104, inc. 11 de la CCBA y del dec. 350/06; *ii)* se había acreditado la omisión en el cumplimiento de la misión asignada al órgano administrativo y *iii)* la omisión vulneraba los derechos a comerciar, de industria, de los consumidores; *b)* el daño sufrido por la actora y la omisión imputada a la Dirección General de Transporte "*...son actuales*...", pues la falta de control y del ejercicio del poder de policía permite que otras marcas que no tienen la habilitación metrológica sean comercializadas en el mercado con perjuicio patrimonial para la actora, afectando su derecho de propiedad y de comercio y constituyendo una grave violación a la ley de Lealtad Comercial; ello genera, además, perjuicios manifiestos para los consumidores y usuarios de los servicios de taxis y remises, quienes abonan tarifas marcadas por relojes taxímetros que no tienen control metrológico del tiempo y la distancia insumidos; *c)* la demandada —pese a que sobre ella recaía la carga de la prueba— ninguna produjo; *d)* si bien su parte desistió de la prueba que había ofrecido, el reconocimiento de la documental aportada al comienzo de la demanda, por no haber sido desconocida en la contestación de demanda, tornaba superfluo y meramente dilatorio la producción de la prueba informativa, ya que había quedado acreditado que los relojes fabricados por la actora eran los únicos aprobados por la Secretaría de Comercio Interior del Ministerio de

Economía y Producción de la Nación; y *e)* "...la sentencia que ahora se apela viene a contramarcha de la propia decisión del mismo tribunal, lo que deja a mi parte en un *virtual estado de indefensión y privación de justicia, porque a pesar de haberse ajustado a las directivas de la sentencia del 2/11/2007, luego el mismo Tribunal viene a contradecir con la sentencia del 13/6/2008 cuáles eran los extremos de prueba a tener en cuenta. Ello agravado por cuanto a pesar de la claridad normativa invocada en la demanda pretende que la nota de fs. 79/82 agotó el objeto del amparo./ La íntima contradicción en que se ha colocado el Tribunal apelado habilita la instancia federal por sentencia arbitraria*" (destacado en el original).

7. La Sala II, previo traslado del recurso de inconstitucionalidad planteado por la actora al GCBA (el que fue contestado a fs. 152/160, expediente principal), lo declaró inadmisible e impuso las costas en el orden causado (fs. 162/163 vta. y fs. 169 y vta., expediente principal).

Fundó tal declaración, en la inexistencia de un efectivo agravio que constituya una cuestión constitucional encuadrable en el supuesto contemplado en el art. 27 de la ley 402, en tanto se trataba de "...cuestiones relativas a los hechos y su prueba y a la interpretación de normas de derecho público y de derecho procesal, de naturaleza local e infraconstitucional..." y los agravios del recurrente se circunscribían "...a criticar el criterio utilizado por el tribunal para evaluar la prueba, sin proporcionar argumentos que logren dar cuenta de la configuración de un caso constitucional...". En cuanto a la supuesta arbitrariedad alegada, entendió que "...más allá de la circunstancia de que la recurrente discrepe con la solución adoptada, ella se presenta como debidamente fundada y constituye un acto jurisdiccional válido...".

8. Ante el rechazo, la actora interpuso la correspondiente queja (fs. 33/37 vta. de esta queja). Reiteró los fundamentos expuestos en oportunidad del recurso de inconstitucionalidad que planteara. Agregó que su parte había identificado con toda precisión —en el recurso declarado inadmisible— cuáles eran las normas constitucionales cuya interpretación había sido materia de debate y decisión en este proceso y, sin embargo, ellas no habían sido tenidas en cuenta por la alzada; tampoco habían sido considerados los concretos agravios que habían sido vertidos a ese respecto.

9. El fiscal general adjunto, al contestar la vista, propició que se declarase inadmisible la queja (fs. 44/48 de esta queja), fundamentalmente porque la actora no lograba conectar el agravio concreto que —afirmaba— le provocaba la sentencia atacada con un motivo de impugnación de carácter constitucional, de manera de establecer una verdadera causa constitucional. Agregó, por otra parte, que "...la lesión que supone la omisión estatal denunciada por el amparista, para resultar atendible ante estos estrados judiciales, debe explicarse —en mi

opinión— dentro del marco de un proceso en cuya virtud pueda identificarse de manera suficiente el 'caso', 'causa' o 'controversia judicial', y no cuando, como ocurre en el *sub examine*, se intente lograr el cumplimiento de la ley en general, la defensa de los usuarios de taxímetros y pasajeros o bien, respecto de la empresa eventualmente afectada, la defensa de la competencia en el mercado con otros fabricantes./ En efecto, la Constitución de la Ciudad, al efectuar el reparto de atribuciones que corresponde ejercer a cada uno de los poderes que integran el Gobierno local, no ha puesto en cabeza del Poder Judicial el control genérico, sistemático y permanente del ejercicio del poder de policía en materia de seguridad que se encuentra a cargo del Poder Ejecutivo local (art. 104, incs. 11 y 21)".

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo oportuno y forma adecuada; sin embargo no puede prosperar.

2. Ciertamente, ella no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el Tribunal *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001), ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo —principalmente, ausencia de caso constitucional—, omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (*Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338).

En efecto, el escrito de fs. 33/37 vta. no hace más que reiterar los defectos que ya contenía, por cierto, el recurso de inconstitucionalidad. En ninguno de los escritos se plantea en forma correcta un caso constitucional pues, en ambos, los agravios se refieren al alcance que corresponde asignarle a la nota de fs. 79/82 (expediente principal) y a las manifestaciones defensivas de la Administración, a la prueba producida en las actuaciones, a la que fuera desistida por su parte y a la discusión acerca de si el rechazo de la acción por defectos probatorios —inexistentes según el recurrente— constituía un exceso ritual. Aunque la queja sostiene —de modo genérico— la vulneración de normas constitucionales —arts. 104, incs. 11 y 13 de la CCBA y 42 de la C.N.— y la consecuente afectación de los derechos a comerciar, de industria, de propiedad, de los consumidores, el tenor de los agravios expresados impide establecer la adecuada correspondencia entre la afectación que se invoca y el contenido de la sentencia recurrida. Sólo es dable constatar en el recurso, la discrepancia

de la parte actora con la sentencia de la Cámara, en cuanto a la valoración que dicho tribunal efectuó de los elementos de prueba para fijar los hechos, de conformidad con la prueba producida para fundar su decisión.

Cabe recordar, al respecto, que la referencia ritual de derechos o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. el Tribunal *in re* "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000).

3. Bajo la supuesta omisión del GCBA de ejercer las facultades de fiscalización que el art. 104, inc. 11 de la CCBA asigna al Poder Ejecutivo, lo que el recurso planteado persigue es que se revierta dos pronunciamientos de las instancias anteriores que fueron adversos a la pretensión de la actora, con fundamento, principalmente, en el incumplimiento de la carga que le asiste de probar los hechos denunciados, gracias a la orfandad probatoria respecto del incumplimiento manifiesto —u omisión de cumplimiento— que esa parte le atribuye al GCBA, que ella debía demostrar.

En cuanto a la pretendida incompatibilidad de la concesión en una empresa (SACTA S.A.) de las facultades de efectuar las verificaciones técnicas de los relojes taxímetros de los vehículos afectados a licencias de taxis, con la disposición constitucional mencionada —según la interpretación que de esa regla propone el actor—, se advierte que la cuestión no fue introducida oportunamente en el proceso, sino en el recurso de apelación, luego de que el juez ponderara en la sentencia la nota dirigida por la Dirección General de Transporte a SACTA S.A., obrante a fs. 79/82 de los autos principales. La participación de Ful-Mar S.A. en el mercado de relojes para taxis permite concluir que esa concesión no podía serle desconocida al momento de interponer la demanda, razón por la cual los cuestionamientos constitucionales a la delegación de funciones que invoca ahora como agravio, debieron formar parte de la controversia sometida a decisión del juez de primera instancia. Precisamente por ello, se trata de una reflexión tardía de la actora que impide su consideración en esta instancia.

4. Por otra parte, la invocación de los derechos de los usuarios del servicio de taxis, que utiliza la recurrente para justificar el caso constitucional, encuentra —en la referida insuficiencia probatoria— una valla insuperable para considerar, entre otras cuestiones, la posibilidad de que Ful-Mar invoque tales derechos en defensa de su pretensión, cuestión sobre la cual el señor fiscal general adjunto se pronuncia, con razón, en forma adversa a la posición de la actora (véase fs. 47 vta.).

5. Así, en tanto los aspectos relevantes para la solución de este proceso giran en torno de los hechos y las pruebas rendidas y omitidas para determi-

nar su suficiencia como elementos que acrediten una supuesta infracción a deberes genéricos de contralor por parte del Estado local —ejercicio del poder de policía local—, la queja debe ser rechazada, pues la decisión del recurso de inconstitucionalidad que le precede no exigiría del Tribunal interpretación constitucional alguna.

Empero, estimo que existen razones materiales más importantes para rechazar este recurso, que alcanzan a la misma acción de amparo. No voy a volver sobre la legitimación del actor específicamente, pues ella fue atendida judicialmente sin crítica específica hasta el momento; pero lo que resulta chocante en el caso —observo que exactamente lo mismo opina el señor fiscal general adjunto véanse fs. 47 y ss.—, reside en que, bajo el paraguas de la protección del usuario y del consumidor (art. 42 y ss., C.N.) —en este caso de automóviles con taxímetro— y hasta del poder de venta y comercialización del actor (derecho de propiedad, libertad de comercio e industria [véase recurso de inconstitucionalidad, específicamente fs. 17 vta. y 28: recuérdese que él comercializa los aparatos utilizados por los automóviles de alquiler y que su interés en el pleito es absolutamente claro, pues denuncia como falsos o inservibles a los aparatos que no son de su oferta]) se pretenda un control judicial general de la eficiencia con la que la Administración ejerce el poder de policía que le es propio (CCBA, 104, inc. 11), esto es, una valoración genérica por parte de los jueces acerca de la suficiencia de esa tarea estatal y una calificación de lo bien, regular, mal o peor de ese ejercicio para ordenar medidas concretas que tiendan a describir quién y cómo debe realizar esa tarea. Dicho francamente, no existe derecho constitucional alguno que ampare a la persona jurídica actuante frente al ejercicio regular o peor del poder de policía de la Administración, en general, valoración puramente política, salvo que se lo refiera a un caso particular en el que alguien sufra ese ejercicio que provoca un desmedro de sus derechos básicos. Con ello se quiere decir que no existe, desde el comienzo de este proceso, derecho alguno a amparar. Mucho menos existe, en cabeza del recurrente, ese derecho puesto por él en cabeza del consumidor o usuario, no sólo porque él no ha probado serlo —antes bien, confesó ser proveedor de la máquina que posibilita el servicio—, sino, además, porque tampoco ha demostrado el perjuicio para el consumidor o el usuario de automóviles taxímetro. Hasta se podría afirmar que no sabemos si los aparatos criticados por arrojar resultados incorrectos "atrasan" o "adelantan", esto es, en su carencia de exactitud, arrojan resultados "favorables" o "desfavorables" para el usuario, todas cuestiones, por lo demás, de hecho y prueba, cuya dilucidación corresponde a los tribunales de mérito. De la materia que profesé toda mi vida de jurista extraigo el siguiente ejemplo: ¿tengo derecho yo, constructor de cárceles o de barrotes para celdas, o, simplemente, vendedor de raciones de comida para prisioneros, a requerir el amparo judicial para que los jueces se aboquen a la valoración del sistema

penal o policial del Estado, o a la forma en la que ese sistema se ejerce, bajo la invocación de que, si la policía detuviera a más autores o partícipes, o el Estado ejerciera el poder punitivo de modo más eficiente —esto es, hubiera más presos—, yo lograría ampliar mi poder de venta y, con ello, mis ganancias? ¿Es esa expectativa, en todo caso eventual, fundante de algún derecho amparable? No por ridículo se debe dejar de acotar que el ejemplo —adrede construido ridículamente— no le cabe al caso planteado por el actor.

6. Finalmente, en cuanto a la arbitrariedad por exceso ritual, aducida al interponer el recurso de inconstitucionalidad, y más allá de la posición estricta que sostengo al respecto, lo cierto es que la recurrente no expone mención alguna en relación a este aspecto de la decisión recurrida en el escrito de queja que difiera de la oportunamente expuesta al articular el recurso de inconstitucionalidad, sólo que ahora va referida a otra decisión distinta de la impugnada por aquel recurso. Tal circunstancia decide —en sentido negativo— la suerte de este agravio en la queja.

No obstante ello, cabe señalar que la doctrina del exceso ritual manifiesto constituye una directiva a los jueces para evitar la aplicación irrazonable de las normas procesales; pero no puede ser admitida para intentar enmendar los defectos de actuación de la propia parte que la invoca. Es útil recordar que el respeto por los tribunales de la disciplina procesal de las formas resulta fundamental para la vigencia del derecho de defensa en condiciones de igualdad entre las partes. Así, el ofrecimiento insuficiente de medios de prueba y el desistimiento de la producción de algunos de los ofrecidos sólo resultan atribuibles, así como sus consecuencias, a la actora. Como lo ha expresado este Tribunal "si algún agravio genera ahora al demandado lo obrado o decidido en el proceso respecto de la falta de fundamentación o de la ausencia de caso constitucional en el recurso planteado, es porque él se colocó en la situación que ahora objeta y es claro que no pueden ser invocables los agravios de base constitucional, cuando ellos derivan de la propia conducta discrecional del recurrente. No ha habido en el caso violación de la garantía de debido proceso ni puede considerarse que la resolución recurrida sea arbitraria por existir un excesivo rigor formal" (*in re*: "Anapios, Ernesto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Anapios, Ernesto c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/recurso de apelación c/resoluciones disciplinarias art. 34 y DT. 3. a., ley 466'", expte. n° 3855/05, resolución del 28/9/2005).

Por las razones señaladas, de conformidad con el dictamen del señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja interpuesta.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención a los fundamentos expuestos por el juez Maier en los apartados 1 y 2 de su voto adhiero a la solución que propicia.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier. En efecto, tal como lo pone de manifiesto el juez preopinante, el escrito que contiene la queja no logra poner en crisis el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, toda vez que no constituye una verdadera crítica concreta y razonada; ni rebate con fundamento suficiente los argumentos de la Cámara que fundan el rechazo.

2. Sin perjuicio de ello, resulta relevante poner de manifiesto que comparto plenamente las objeciones del juez de trámite y del fiscal general adjunto con relación al objeto de la pretensión que motiva este amparo, consistente en que "…se condene al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —Ministerio de Planeamiento y Obras Públicas— Dirección General de Transporte, a efectuar efectivamente la fiscalización y poder de policía sobre los taxis y remises, exigiendo a la autoridad de aplicación…" (fs. 9, escrito de demanda, donde a continuación describe lo dispuesto en el art. 8º, inc. f] de la ley 2145). Esta pretensión, consistente en controlar genéricamente la forma en que el Poder Ejecutivo local lleva adelante las tareas que la Constitución le atribuye (en el caso, poder de policía sobre el transporte de pasajeros) o la de verificar si dicho Poder cumple o no con las leyes vigentes, se ubica claramente por fuera de las atribuciones propias del Poder Judicial.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a los puntos 1 a 4 del voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, pues allí se brindan argumentos que explican de manera suficiente que la recurrente no ha logrado demostrar en el caso la existencia de un genuino caso constitucional (art. 27, ley 402) y, en consecuencia, la queja deducida no puede prosperar.

2. Los planteos vertidos por Ful-Mar S.A. se orientan, básicamente, a poner en tela de juicio la valoración de los hechos y la prueba efectuada por la Cámara para fundar su decisión. El tribunal *a quo* rechazó la acción de amparo interpuesta, al considerar que los elementos probatorios colectados en el expediente no permitían demostrar la omisión estatal denunciada en el escrito de inicio —por el aparente incumplimiento del GCBA en su función de control para que los taxis y remises habilitados en la Ciudad cuenten con los relojes taxímetros reglamentarios.

A su turno, la parte actora discrepa con esta conclusión, pero sin establecer la adecuada correspondencia entre las afectaciones constitucionales que se invocan (arts. 104, incs. 11 y 13, CCBA y 42, C.N.) y el contenido específico de la sentencia recurrida.

Tampoco la interesada ha acreditado la tacha de arbitrariedad esgrimida a partir de una alegada afectación de la defensa en juicio y el debido proceso, pues, más allá de su acierto o error, la sentencia atacada se encuentra fundada y constituye una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

3. En suma, sin perjuicio de otras objeciones que, tal como lo destacan mis colegas en sus votos respectivos, obstarían a la procedencia de la presente acción de amparo —cuestiones que, por lo demás, no han venido planteadas en el recurso por la forma en que se resolvió en las instancias de mérito—, entiendo que corresponde rechazar la queja incoada por las consideraciones expuestas en los puntos precedentes.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Los argumentos expuestos en los puntos 1, 2 y 6, segundo párrafo, del voto del juez de trámite, Julio B. J. Maier, sustentan, acabadamente, en mi criterio que corresponde rechazar la queja obrante a fs. 33/37. También comparto las consideraciones realizadas por el Dr. Maier en los puntos 4 y 5 sobre la imposibilidad de que una cuestión como la ventilada en autos pueda ser traída a conocimiento de un órgano permanente del Poder Judicial.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado por Ful-Mar S.A.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

IX

"METROVÍAS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'METROVÍAS S.A. C/GCBA Y OTROS S/OTROS REC. JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO EST.'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. La admisibilidad del recurso extraordinario por arbitrariedad es estricta pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional y atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan

descalificados como actos judiciales válidos. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Alicia E. C. Ruiz)*

2. Corresponde rechazar el recurso extraordinario si las afirmaciones de la recurrente sólo reflejan la discrepancia con lo resuelto a través de la reiteración de planteos vinculados con la cuestión de fondo debatida en el caso. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 5940/08 - 11/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La empresa Metrovías S.A. interpuso a fs. 331/346 vta. recurso extraordinario federal contra la resolución de fecha 14/10/2008 por la que el Tribunal admitió el recurso de queja y rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto.

2. El recurso es contestado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, que solicita su rechazo (fs. 355/367 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces Ana María Conde, José O. Casás, Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano dijeron:

1. Pese a haber sido interpuesto en tiempo oportuno, el recurso extraordinario planteado por Metrovías, no puede prosperar por varias razones.

2. Para justificar la existencia de una cuestión federal la recurrente efectúa una invocación genérica de cláusulas constitucionales supuestamente vulneradas —sostiene que la sentencia recurrida le ocasiona "un agravio constitucional irreparable, en tanto se lo priva de una tutela judicial efectiva, al no poder tener acceso a sus jueces naturales, en desmedro de la garantía constitucional consagrada en los arts. 17, 18 y 19..." (fs. 336)—. Agrega que la controversia de autos compromete "un servicio público de carácter nacional" (fs. 334 vta.); por tanto, a su criterio, "la competencia federal deriva de la propia naturaleza del conflicto" (fs. 334 vta.), pues para ejercer las potestades sancionatorias cuestionadas "hay que indefectiblemente interpretar y aplicar lo que prevé sobre el particular el contrato de concesión de conformidad a las disposiciones que conforman el marco normativo de la concesión" (fs. 340), cuyo control está a cargo del Estado nacional. En apoyo de esa posición, Metrovías reitera que el art. 23 del apuntado contrato de concesión establece que, a los efectos derivados del contrato, las partes se someten a la jurisdicción contencioso administrativa

federal de la Capital. También cita, por considerarlo aplicable al caso de autos, el precedente "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Asociación Vecinal Belgrano 'C' Manuel Belgrano y otro c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo'" —*Fallos,* 328:2716—, resuelto por la CSJN con fecha 28/6/2005.

En oportunidad de entender en la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, el Tribunal, por mayoría, confirmó el criterio adoptado por la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario local, al concluir que —a partir de lo dispuesto en los arts. 46, 80, 104, 106, 129, 138 de la CCBA, en los arts. 48 de la ley 7; 1º y 2º del CCAyT y 21 de la ley 210; en las leyes 757 y 899 y en el régimen que la ley 24.240 regula para ser aplicado por las provincias y la CABA— la actora debía acudir a los estrados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, toda vez que en este juicio no persigue otra cosa que obtener la declaración judicial de nulidad de un acto administrativo emitido por el Ente Único Regulador de los Servicios Públicos local, ente contemplado en el art. 138 de la CCBA.

Metrovías pretende que se revise la interpretación que se realizó de la ley 210, cuestión local claramente ajena al ámbito del recurso interpuesto. La propia Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que los asuntos de esta naturaleza son, por regla, ajenos a su control por vía del recurso extraordinario federal (*Fallos*, 285:410; 286:87; 291:356; 308:551, entre otros), pues el respeto a las autonomías locales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión definitiva de las causas que, en lo sustancial, versan sobre la interpretación y aplicación de las leyes y disposiciones de orden local (*Fallos,* 289:336; 293:226; 296:642; 311:2004; 323:1217, entre muchos otros), como ocurre en este proceso. No existe cuestión federal si los agravios involucran exclusivamente cuestiones de derecho público local (*Fallos*, 315:1074) o si se trata de determinar el contenido y extensión de las diferentes acciones previstas en la legislación local (*Fallos*, 315:1644). La Corte no está autorizada para modificar la interpretación de las normas locales llevadas a cabo por los jueces provinciales, sino sólo para revisar la compatibilidad de las normas así interpretadas con la Constitución Nacional (*Fallos*, 319:687).

El desconocimiento de las competencias locales, invocado para invalidar la sanción cuestionada y reclamar la competencia federal, no viene fundado en norma federal alguna, sino en la mera invocación del contrato de concesión o, en el mejor de los casos, en la cláusula en que las partes acordaron llevar sus disputas al fuero federal. Sin embargo, la recurrente no propone una interpretación que explique por qué razón la mera existencia de un contrato de concesión, cuyo concedente es la Nación, importaría, por sí mismo, la exclusión de las competencias locales, según lo establecido por el art. 75, inc. 30, de la C.N., cuya existencia e interpretación tampoco toma a su cargo la recurrente. En tal contexto, el pronunciamiento impugnado, depende exclusiva o, cuando

menos, primordialmente, de la interpretación y aplicación de normas locales y de derecho común (*Fallos,* 324:4349). Ello así, el recurso extraordinario federal no ha logrado poner en juego alguno de los supuestos previstos por el art. 14 de la ley 48.

3. La referencia que la recurrente formula en relación con una pretendida superposición de controles sobre el servicio que presta, no explica cómo el supuesto de autos comprometería las previsiones del art. 75, inc. 30 de la C.N., es decir, de qué manera la sanción ocasionaría "un menoscabo incompatible" con los fines del servicio mencionado. En tal sentido, tiene dicho la CSJN que "la carga de esa demostración corresponde a quien pretende eximirse de cumplir con las leyes provinciales", argumento decisivo para que progrese un agravio basado en la "prohibición de interferencia" o "repugnancia efectiva", que justifica la interdicción de potestades locales en supuestos que guardan analogía con el que nos ocupa (*Fallos,* 322:2598).

Metrovías no ha cumplido, entonces, con el requisito de adecuada fundamentación exigido por la doctrina de *Fallos,* 283:404; 302:155; 311:169, 542; 316:420; entre muchos otros. Los agravios no han sido desarrollados de manera eficiente, ni sustentados con la argumentación seria y fundada que un recurso de esta naturaleza requiere. La CSJN ha establecido que la sola mención de preceptos no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) y que la relación directa que la ley exige existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268.2479). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por el derecho no federal (*Fallos,* 295:335; 310:2306).

4. El agravio planteado a fs. 337, que la recurrente considera un "dispendio jurisdiccional", por el contenido de la sentencia de este Tribunal, pues entiende que la Corte Suprema de Justicia "terminará ratificando su propia doctrina", plasmada en el fallo "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Asociación Vecinal Belgrano 'C' Manuel Belgrano y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y otro s/amparo'", soslaya que el planteo deducido no justifica la apertura de la vía extraordinaria intentada ya que carece de la mínima fundamentación que requiere un recurso de esta índole, y no explica ni fundamenta cuáles son las similitudes fácticas que justifican adoptar la misma solución, y cuál debería ser su alcance. Además, es dable advertir que existen diferencias entre la cuestión debatida en aquel caso y la planteada en éste; al mismo tiempo, el recurso deducido no contiene esfuerzo argumental alguno para intentar salvarlas, esto es, verificar su carencia de importancia para la solución. En aquella oportunidad, nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación estimó que la acción de amparo promovida por una asociación vecinal para obligar a Metrovías a realizar obras para que el servicio de transporte subterráneo sea inocuo al sistema auditivo de los usuarios debía

tramitar ante la justicia federal. En el *sub examine*, como se dijo, debe resolverse la impugnación de un acto administrativo del ente regulador de la Ciudad.

Se reitera en este aspecto, entonces, el defecto de fundamentación del recurso para exponer una cuestión federal.

5. El recurso interpuesto se reduce, en rigor, a alegar la arbitrariedad de la sentencia de este Tribunal, y en consecuencia pretende introducir la cuestión constitucional federal por sentencia arbitraria por falta de fundamentación (fs. 336), considerando que el fallo restringe el alcance de los derechos y las garantías reconocidos por los arts. 17, 18 y 19 de la C.N. (fs. 346 vta.). Sin embargo la admisibilidad del recurso extraordinario por esta causal, es estricta pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, entre otros) y atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 294:376).

6. En suma: las afirmaciones de la recurrente sólo reflejan la discrepancia con lo resuelto a través de la reiteración de planteos vinculados en realidad con la cuestión de fondo debatida en el caso —lógicamente aun no dilucidada.

Por lo demás, el recurso tampoco satisface el recaudo señalado en el art. 8° del reglamento aprobado por la acordada 4/2007 de la CSJN —lo que bastaría por sí solo para desestimarlo— ya que ha omitido transcribir las leyes locales 210 (los arts. 21 y 23 citados a fs. 333), la 373 (mencionada a fs. 339 y fs. 339) y la 747 (a que se refiere a fs. 342 vta.), y expresarse respecto de su vigencia.

7. Las consideraciones señaladas bastan para denegar el recurso extraordinario federal deducido por Metrovías S.A. Las costas de la incidencia se imponen a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68 del CPCCN).

El juez Julio B. J. Maier agregó:

La actuación judicial de la recurrente resulta harto contradictoria, según ya se expuso en la sentencia. Ella decidió cuestionar la decisión administrativa del gobierno local ante los tribunales locales y según la normativa procesal local; a renglón seguido se interpuso algo así como una excepción de incompetencia a su propia demanda, para su previo y especial pronunciamiento, por la que requirió la competencia del fuero contencioso-administrativo federal. Mucho más simple, menos engorroso y, con sus palabras, de menor "dispendio jurisdiccional" hubiera sido demandar la invalidez del acto administrativo local directamente ante los tribunales federales, según la idea que ahora expone y defiende la recurrente.

Además, la decisión recurrida no representa a una sentencia definitiva (conf. "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. n° 4412, resolución del 21/3/2001; "GCBA s/queja por recurso de apelación denegado en 'GCBA c/Empresa Nacional de Correos y Telégrafos [Encotesa]

s/ejecución fiscal'", expte. n° 1892, sentencia del 12/2/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Osvaldo Buzzetti S.A. s/otras causas donde la autoridad administrativa es actora'", expte. nº 2270, resolución del 11/6/2003; "GCBA c/Ledesma, Miguel Ángel s/medida cautelar s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 2314, sentencia del 5/11/2003 y 11/2/2004; "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Laguna, Guillermo Mario c/GCBA y otro s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]'", expte. n° 2330, 11/12/2003; "OSCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Herrero, José Javier c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. n° 3195, resolución del 30/3/2005, expte. n° 4591/06 "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Rodas, María Antonia c/GCBA y otros s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]'", sentencia del 30/8/2006, a los que remito por razón de brevedad).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Metrovías S. A., con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 289, punto 4.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

X

"LÍNEA DE MICROÓMNIBUS 47 SATCFI S/INFR. ART. 6.1.63 VIOLACIÓN DE SEMÁFOROS SIN PODER IDENTIFICAR AL CONDUCTOR S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL.
CUESTIÓN FEDERAL: Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. La cuestión federal, base del recurso extraordinario, debe introducirse en la primera ocasión posible que brinde el procedimiento a fin de que los jue-

ces de la causa puedan tratarla y resolverla. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás).*

2. Corresponde denegar el recurso extraordinario federal si la defensa no ha logrado exponer razones que den fundamento a la genérica tacha de arbitrariedad que alega, frente a la decisión de este Tribunal que se encuentra razonada y fundada, más allá de que el recurrente discrepe con su contenido. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás).*

Expte. nº 6009/08 - 11/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La apoderada de la empresa de transporte "Línea de Microómnibus 47 S.A." interpuso recurso extraordinario federal (fs. 171/190) contra la resolución, de fecha 19/11/2008 (fs. 150/152), mediante la cual el Tribunal rechazó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 109/128) parcialmente admitido por la Cámara y, en consecuencia, confirmó la sentencia impugnada.

Resumidamente, la recurrente sostiene que la sentencia atacada (fs. 150/152) —que confirmó la validez constitucional del dec. local 2124/04 mediante el que el Poder Ejecutivo creó el cuerpo denominado "Guardia Urbana" y le asignó sus funciones— resulta arbitraria. En este sentido, detalló que, según lo entiende, la resolución del Tribunal vulneró el principio de división de poderes, el de legalidad y la jerarquía normativa consagrada en la Constitución Nacional, el debido proceso, la defensa en juicio y el principio de inocencia.

FUNDAMENTOS:

Los jueces Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

1. El recurso extraordinario federal deducido a favor de la firma "Línea de Microómnibus 47 S.A." fue interpuesto en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por la acordada 4/2007 de la CSJN. No obstante, la vía recursiva pretendida por la recurrente debe ser denegada por las razones que se exponen a continuación.

2. El Tribunal, al momento de resolver el recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido por la Cámara, consideró —por mayoría— que el dictado del dec. local 2124/04 no supuso la violación del principio de división de poderes, debido a que no se trataba de una norma en materia de policía o tránsito,

como denunciaba la recurrente. Específicamente, la mayoría del Tribunal indicó que el decreto en cuestión sólo asignó competencia a una nueva área del Poder Ejecutivo local para confeccionar actas que registraran supuestas infracciones de tránsito. Con esas actas, la autoridad administrativa simplemente iniciaba el procedimiento de faltas ya regulado en la ley 1217.

3. Con relación a los motivos de agravio vinculados a la violación del principio de legalidad y del orden de prelación normativo fijado en la Constitución Nacional, corresponde señalar que ellos no fueron oportunamente presentados ante el Tribunal y, por lo tanto, no pueden ser materia del recurso intentado.

En consecuencia, es aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual la cuestión federal, base del recurso extraordinario, debe introducirse en la primera ocasión posible que brinde el procedimiento, a fin de que los jueces de la causa puedan tratarla y resolverla (conf. *Fallos,* 312:1470, entre otros); y, del mismo modo, la pretendida cuestión federal debe ser mantenida en todas las intervenciones de la parte para que el Tribunal pueda pronunciarse sobre ella y, de esta manera, quede habilitada su impugnación ante la CSJN (*Fallos,* 316:724, entre muchos otros).

4. Por otra parte, de la lectura del recurso se advierte que la defensa sustenta su posición en una discrepancia de criterio con el alcance dado por la mayoría del Tribunal a las atribuciones constitucionales de la Legislatura local y del Poder Ejecutivo de esta Ciudad, materia que involucra la interpretación de normas constitucionales locales (arts. 80, inc. 2º, e y h, 104 y 105, CCBA) —sobre la cual este Tribunal tiene la última palabra— y que, por ello, no resulta susceptible de cuestionamiento mediante el remedio federal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en constante jurisprudencia que cuando se trata de interpretar normas y actos locales se encuentra excluida la existencia de cuestión federal, por lo que el alcance que den las provincias a sus leyes locales no es susceptible de revocación mediante el remedio federal (*Fallos,* 104:29; 114:42; 152:21; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, entre otros).

5. Asimismo, cabe recordar que el recurso intentado debe contener una crítica concreta y razonada de todos y cada uno de los argumentos que fundaron la sentencia recurrida (doctrina de *Fallos,* 283:404; 302:155; 311:169, 542; 314: 481; 315:325; 316:420; 325:2652, 326:2056; 327:352, entre muchos otros). En este sentido, es preciso señalar que el escrito en análisis, pese a su extensión, no cumple con esa carga.

La recurrente no ha logrado exponer razones que den fundamento a su genérica tacha de arbitrariedad y a la alegada vulneración del debido proceso, el derecho de defensa y la presunción de inocencia. La decisión de este Tribunal de fs. 150/152 se encuentra razonada y fundada, más allá de que la recurrente

discrepe con sus contenidos y pretenda soslayar que el Tribunal se limitó a resolver en torno al único planteo susceptible de ser tratado: la alegada vulneración al principio de división de poderes. En efecto, las consideraciones efectuadas en cuanto a la pretendida arbitrariedad de la resolución no expresan más que su mera disconformidad con lo decidido por la mayoría del Tribunal.

Así, cabe recordar que la admisibilidad del recurso por la causal de arbitrariedad es estricta, pues, como lo tiene dicho el Tribunal cimero desde antiguo, "(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros). Dichas circunstancias están lejos de advertirse en este caso y basta una simple lectura de la sentencia impugnada para afirmarlo.

Algo similar sucede con la invocada violación al principio de división de poderes. En este punto, la presentación recursiva se limita a reeditar los argumentos planteados en su recurso de inconstitucionalidad (conf. fs. 109/128), sin rebatir los fundamentos brindados en la decisión recurrida para desestimar su planteo.

Por las razones expuestas, sólo resta denegar el recurso extraordinario federal agregado a fs. 171/190.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Parto de la base de que mi opinión —el recurso de inconstitucionalidad fue mal concedido— no triunfó pues, en principio, el recurrente habría planteado un caso constitucional referido a la división de poderes en la Ciudad de Buenos Aires.

2. Pero lo cierto es que el recurso extraordinario federal interpuesto, pese a nombrar la forma republicana de gobierno y señalar el art. 1º de la C.N., en todo su texto sólo discurre acerca de la división de poderes según reglas constitucionales del estado local, reglas que, por lo demás, no tacha por lesionantes del principio republicano de gobierno, según la C.N. Esto basta para indicar: *a)* que se trata de una cuestión de derecho local —no federal— por más que las reglas en juego interpretadas correspondan a la Constitución, también local; y *b)* que no es suficiente la mera mención o señalamiento de principios o reglas constitucionales, si esa mención o ese señalamiento no van acompañados de una explicación acerca de la razón por la cual se lesiona el derecho federal.

3. En las demás cuestiones planteadas, me adhiero al voto de mis colegas, Dres. Ana María Conde y José O. Casás.

4. Propongo, por ello, denegar el recurso extraordinario federal interpuesto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El agravio relativo a la invasión de competencias de la Legislatura de la Ciudad por parte del Jefe de Gobierno de la Ciudad, mediante el dictado del dec. 2124/04, ha sido planteado y resuelto en términos de interpretación de normas locales de rango constitucional e infraconstitucional. Consecuentemente, no suscita cuestión federal capaz de habilitar la intervención de la CSJN. En este punto, el recurso extraordinario federal está dirigido a cuestionar la interpretación y validez de un decreto emanado del Poder Ejecutivo local por considerarlo violatorio de los arts. 1º y 80, inc. 2º, e) y h) de la CCBA. En estos términos, si bien los planteos de la actora fueron suficientes para configurar una cuestión constitucional, éstos no suscitan una cuestión federal, pues no ponen en tela de juicio la interpretación de ninguna norma de esa especie. Como menciona el juez Maier, la mera mención de normas de la Constitución Nacional no alcanza para configurar una cuestión federal. Por lo demás, en todo caso, el agravio debería haber estado dirigido a mostrar que la interpretación que se ha realizado de las normas locales vulnera preceptos de la Constitución Nacional, cuestionamiento que no formó parte de los argumentos del recurrente en ninguna de las instancias.

2. El resto de los agravios que pretende llevar a conocimiento de la CSJN no han sido traídos a conocimiento de este Tribunal ni están dirigidos contra cuestiones que hayan formado parte de la resolución ahora impugnada. El recurrente ni siquiera intenta demostrar haberlos presentado y mantenido de manera adecuada. En efecto, al conceder el recurso de inconstitucionalidad local, la Cámara se limitó a declararlo procedente con relación al agravio descripto en el punto anterior. Ante esa resolución, la actora no intentó recurso de queja para mantener los planteos rechazados, por lo que fue su propio accionar lo que limitó la intervención de este Tribunal. Por esa razón, ese fue el único agravio sobre el se expidió este estrado y el resto de las cuestiones contenidas en su recurso extraordinario federal o han sido interpuestas en forma extemporánea o no han sido mantenidas de forma adecuada.

3. En cuanto a la arbitrariedad de la sentencia impugnada, sin perjuicio de que entiendo que, como regla, no corresponde al propio Tribunal emisor del acto jurisdiccional calificar sus actos de arbitrarios para que sean revisados por una instancia superior, cabe resaltar que el recurrente no demuestra que se encuentren configurados los extremos de esa doctrina. Es jurisprudencia

reiterada de la CSJN que no es objeto de la doctrina de la arbitrariedad corregir fallos equivocados o convertir al máximo tribunal federal en una nueva instancia ordinaria, sino que solamente tiene como fin permitir la revisión de aquellas sentencias que no puedan sostenerse como un acto jurisdiccional válido (*Fallos,* 294:376; 308:2351, 2456; 312:246 y 323:2196, entre otros), situación que no se corresponde con la de autos.

4. Por las razones expuestas, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 171/191.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 171/190.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 152, punto 3.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/REPETTO, DOMINGO JOSÉ MARÍA S/EXPROPIACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Sentencia definitiva. Cuestiones de hecho y prueba. Gravedad institucional.

SUMARIOS:

1. Corresponde a quien recurre una decisión que no es definitiva la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla, para que se justifique la intervención del Tribunal en este estado del proceso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Cabe rechazar el recurso de queja si el recurrente no logra demostrar un menoscabo a su derecho de defensa, o la omisión en el tratamiento

de aspectos propuestos y conducentes para resolver de manera distinta la cuestión planteada y la decisión impugnada, ni tampoco demuestra de qué manera concreta la decisión recurrida puede causar un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. La resolución que se limita a denegar la producción de una prueba, lejos de resolver en forma definitiva el litigio, sólo se refiere a un aspecto de su tramitación. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. El recurso de inconstitucionalidad es correctamente denegado si no se logra introducir con la precisión debida un caso constitucional, en tanto este tribunal sólo puede ingresar al conocimiento de un caso, cuando se trata de asuntos que versan sobre la interpretación o aplicación de normas de la Constitución Nacional o de la Ciudad Autónoma. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. El supuesto de gravedad institucional requiere —al menos— que esté en tela de juicio un recurso extraordinario federal, máxime ello es así cuando la quejosa no justifica la traslación de ese instituto al caso y tampoco expone un agravio verdaderamente autónomo con relación al tópico. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 6047/08 - 11/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires interpuso recurso de queja (fs. 25/34) contra la decisión dictada el día 30/5/2008 (fs. 20/21) mediante la cual la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado contra el fallo que no hizo lugar al pedido de producción de prueba en segunda instancia (fs. 11).

2. En el recurso de queja el GCBA criticó la resolución de la Sala I que le denegó el acceso a este Tribunal y sostuvo los agravios que fundaron su recurso de inconstitucionalidad. En este sentido, consideró que la sentencia de Cámara afectó su derecho de defensa en juicio y los principios de legalidad y razonabilidad, incurriendo en arbitrariedad y gravedad institucional.

3. El fiscal general adjunto, consideró que los planteos efectuados se limitaban a meras discrepancias sobre la interpretación de normas infraconstitucionales y cuestiones netamente procesales, por lo que se pronunció por el rechazo de la queja (fs. 52/53).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja fue planteado en tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar, ya que no logra rebatir los argumentos por los cuales la Cámara decidió no conceder el recurso de inconstitucionalidad.

2. La decisión recurrida no configura una sentencia definitiva, en los términos del art. 27, LPT, ni resulta equiparable a tal.

Corresponde a quien recurre una decisión que no es definitiva la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla, para que se justifique la intervención del Tribunal en este estado del proceso. En el caso, el recurrente no ha logrado demostrar un menoscabo a su derecho de defensa, o que se hayan omitido tratar aspectos propuestos y conducentes para resolver de manera distinta la cuestión planteada y la decisión impugnada. Tampoco se ha demostrado de qué manera concreta la decisión recurrida puede causar un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior.

La resolución de la Cámara sencillamente se limitó a denegar la producción de una prueba, lo que lejos de resolver en forma definitiva el litigio, sólo se refiere a un aspecto de su tramitación. Es más, la misma Cámara dejó asentado que correspondía desestimar el pedido "sin perjuicio de la conclusión a la cual pudiera arribar el Tribunal en la oportunidad correspondiente (doctr. art. 242, CCAyT), al evaluar —conforme las reglas de la sana crítica (art. 310, CCAyT)— la totalidad de los elementos de convicción incorporados a la causa, y del eventual ejercicio de la facultad de ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (art. 29, inc. 2º, CCAyT)" (fs. 11 vta.).

3. Asimismo, el recurrente se limitó a repetir los argumentos planteados en su recurso de inconstitucionalidad sin lograr introducir con la precisión debida un caso constitucional. Por lo tanto, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto este tribunal sólo puede ingresar al conocimiento de un caso, cuando se trata de asuntos que versan sobre la interpretación o aplicación de normas de la Constitución Nacional o de la Ciudad Autónoma; supuestos que no se verifican en este caso, en el que —como bien señala el fiscal general adjunto— el debate se limita a la interpretación de los arts. 10, 11, 12 y 14 de la ley 238, y al análisis que efectúa la Cámara sobre una cuestión netamente procesal, como es la producción de prueba en

segunda instancia. El recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común.

En consecuencia, al no plantear en forma correcta ni en el recurso de inconstitucionalidad ni en la queja un caso constitucional, los agravios de la actora se circunscriben a debatir cuestiones de derecho infraconstitucional, ajenos, por regla, a la vía recursiva intentada, y a expresar una mera discrepancia con la interpretación razonable y fundada efectuada por la Cámara.

4. En cuanto a la alegada arbitrariedad del pronunciamiento objetado, corresponde expresar que las afirmaciones realizadas por el GCBA sólo reflejan sus discrepancias con los fundamentos utilizados por el tribunal *a quo*, sin aportar, como en el resto de su recurso, argumentaciones fundadas de índole constitucional. La circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss.).

5. La referencia a una supuesta gravedad institucional comprometida en el caso es puramente genérica y reitera, una vez más, la discrepancia de el recurrente con la sentencia de Cámara sin que se advierta que el ejercicio imparcial de la administración de justicia se encuentre severamente cuestionado o que el derecho de defensa exija una consideración inmediata como única oportunidad para su adecuada tutela (supuestos en los que la Corte Suprema habilita el recurso extraordinario en esta materia, conf. *Fallos,* 311:266; 316:826; "Olivancia, Marcela Victoria y otros s/ recurso extraordinario" del 27/5/2004, entre otros).

Por lo expuesto, el recurso de inconstitucionalidad ha sido correctamente desestimado por el *a quo*, y la queja debe ser rechazada.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero a los puntos 1 y 2 del voto de la señora juezaa de trámite, Dra. Ana M. Conde, en cuanto sostiene que el recurso debe ser rechazado toda vez que la resolución recurrida no constituye sentencia definitiva ni resulta equiparable a tal.

En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de queja deducido por el GCBA a fs. 25/34 vta.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite y agrego:

1. El recurso de queja fue planteado en modo y tiempo oportunos, sin embargo no puede prosperar. En efecto dice, y dice bien, el señor fiscal general

adjunto (53 vta.), siguiendo la jurisprudencia de la CSJN, que: "La invocación de arbitrariedad o de desconocimiento de garantías constitucionales no autoriza a prescindir de la existencia de pronunciamiento definitivo" (*Fallos,* 304/749, 1717; 306:1679; 312:311) y el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA lo ha sido contra una resolución interlocutoria (que denegó el replanteo de la prueba de peritos en Cámara), esto es, contra un acto procesal que no representa una decisión definitiva (conf. art. 27, ley 402).

2. A esa circunstancia debe unírsele que el recurso de inconstitucionalidad y la queja que le sirve de vehículo versan sobre la interpretación de derecho público común local (arts. 10, 11, 12 y 14 de la ley 238), tema que queda fuera del ámbito del mencionado art. 27 de la ley 402, por tratarse de la interpretación normas de derecho infraconstitucional.

3. Para la norma citada, la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad sólo cabe contra las sentencias definitivas dictadas por el superior tribunal de la causa, cuando se haya controvertido la interpretación o aplicación de normas contenidas en las constituciones nacional o de la ciudad, o la validez de una norma o acto bajo la pretensión de ser contrarios a tales constituciones, siempre que la decisión recaiga sobre esos temas (conf. mi voto en "Jervo S.A." y todas sus citas, pronunciamiento dictado el 17/12/2008).

4. Por lo demás, tampoco me hallo frente a un supuesto de gravedad institucional, construcción atribuible a la CSJN y que requiere —al menos— que esté en tela de juicio un recurso extraordinario federal. Máxime ello es así cuando la quejosa no justificó la traslación de ese instituto al caso de autos y tampoco expuso un agravio verdaderamente autónomo con relación al tópico.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a los puntos 1 y 2 del voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en tanto allí se expresa acabadamente el motivo por el cual corresponde rechazar el presente recurso de queja; esto es, que la decisión cuestionada —que dispuso no hacer lugar al pedido de producción de prueba ante la segunda instancia efectuado por el GCBA accionante— no constituye sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402 ni resulta equiparable a tal.

Al respecto sólo cabe añadir que la invocación de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia no autoriza suplir la ausencia de tal carácter en el pronunciamiento que se impugna (doctrina de *Fallos,* 276:366; 302:890; 304:749, 1717; 306:224, 250, 1679; 307:1799; 308:1202; 312:311, entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

2. Por último, el planteo esbozado por el GCBA referido a la doctrina de la "gravedad institucional" —elaborada por nuestro tribunal cimero y

consolidada a partir de la causa "Jorge Antonio", *Fallos,* 248:189, sentencia del 28/10/1960—, tampoco puede prosperar, pues no aparece respaldado con un fundamento idóneo para demostrar de qué manera la decisión recaída en el caso efectivamente incidiría sobre los intereses de la comunidad o principios institucionales básicos de la Constitución Nacional (*Fallos,* 324:533, 833; 326:2126 y 4240).

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, mediante oficio, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'COSENTINO, ALCIRA ESTER C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI REMUNERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos.
Caso constitucional. Principio de división de poderes.

SUMARIOS:

1. El escrito mediante el cual se pretende defender el recurso de inconstitucionalidad denegado debe satisfacer la carga de efectuar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio, y rebatir argumentalmente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo —en especial la ausencia de caso constitucional y la resolución de la causa sobre la base de la aplicación de normas infraconstitucionales. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. Los agravios del GCBA fundados en que la sentencia recurrida atribuye naturaleza remunerativa a los adicionales y, por tanto, afecta la división de poderes, generando un desequilibrio en las previsiones financieras y presupuestarias de la Ciudad de Buenos Aires, no revelan la afectación de principios constitucionales, toda vez que en diversas circunstancias los jueces interfieren en la actuación de otros poderes cuando los condenan al cumplimiento de deberes o prestaciones. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

3. Corresponde rechazar el recurso de queja que no involucra la inteligencia de una norma constitucional, sino que se refiere a la interpretación de reglas de derecho común (infraconstitucionales) que rigen la sentencia. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 6031/08 - 11/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Alcira Ester Cosentino entabló demanda contra el Gobierno de la Ciudad tendiente a que se declare la inconstitucionalidad del carácter no remunerativo del suplemento por conducción, establecido mediante dec. 861/93. Asimismo, solicitó el cobro retroactivo de las diferencias correspondientes a sueldos anuales complementarios, en relación con dicho suplemento, en los términos del art. 4023 del Cód. Civil, con más intereses y costas.

El Gobierno de la Ciudad, al contestar el traslado de la demanda, solicitó su rechazo y opuso la defensa de prescripción fundada en el art. 4027, inc. 3° del Cód. Civil.

La jueza de primera instancia dictó sentencia haciendo lugar a la excepción de prescripción interpuesta por la demandada, haciendo lugar a la demanda y ordenando al GCBA abonar a la actora los importes adeudados en concepto de reliquidación del Suplemento por Función Ejecutiva y a liquidar el SAC correspondiente; todo ello calculado desde los cinco años anteriores a la fecha de interposición del reclamo. Las costas se impusieron a la demandada (fs. 23/24).

2. La sentencia fue apelada por el Gobierno demandado. La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó en lo sustancial la sentencia apelada e impuso las costas de esa instancia por su orden. La Sala fundó su decisión en la interpretación del concepto de remuneración que surge de los arts. 6° y 7° de la ley 24.241 (fs. 30/30 vta.).

3. La demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 32/40) agraviándose por entender que la sentencia de Cámara afecta las garantías de debido proceso y de defensa en juicio (arts. 18, C.N. y 10 y 13, inc. 3º, CCBA), por lo que deviene arbitraria. También se agravió por afectación del principio de división de poderes y del derecho a la propiedad.

La Sala II de la Cámara denegó el recurso deducido por considerar que no existe una cuestión de naturaleza constitucional en el planteo del GCBA y que las alegaciones sobre arbitrariedad son meramente genéricas (fs. 41/41 vta.).

4. Ante el rechazo del recurso de inconstitucionalidad, el GCBA recurrió en queja (fs. 44/53).

Corrido el traslado al Ministerio Público, el señor fiscal general adjunto propició el rechazo del recurso de hecho (fs. 67/69).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el Gobierno de la Ciudad reúne los requisitos de tiempo y forma (art. 33, ley 402).

2. Corresponde señalar, en primer término, que el escrito mediante el cual se pretende defender el recurso de inconstitucionalidad denegado no satisface la carga de efectuar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio, ni rebate argumentalmente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo —en especial la ausencia de caso constitucional y la resolución de la causa sobre la base de la aplicación de normas infraconstitucionales—, omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada de mínimo fundamento (conf. este Tribunal *in re* "Guglielmone, María Dolores s/art. 74 CC s/recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

3. No obstante lo anteriormente señalado, cabe poner de resalto que los agravios de la demandada, que básicamente remiten a una cuestión de arbitrariedad, deben ser desestimados por cuanto no demuestran la existencia de un caso constitucional.

El Tribunal ya ha expresado en casos similares al presente que: "el GCBA no logra esbozar un caso constitucional que justifique la intervención de este tribunal, ya que su planteo constituye una mera discrepancia con la valoración de los hechos y de las normas infraconstitucionales aplicables, cuestión ajena al ámbito de este recurso extraordinario.

Más allá del acuerdo o desacuerdo con la decisión adoptada por la Cámara, lo cierto es que el *a quo* ha desarrollado un razonamiento que no puede ser calificado como arbitrario o ilógico. En otras palabras, el GCBA no logra demostrar de qué manera, en el caso concreto, la interpretación que realiza la Cámara de las normas infraconstitucionales aplicables viola principios, derechos o garantías de índole constitucional, lo cual conduce a rechazar el recurso de inconstitucionalidad en este aspecto" (conf. mi voto en los autos: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3565.

En el presente caso, la Cámara ha valorado —para arribar a su decisión— diferentes elementos probatorios de los que da cuenta la sentencia: recibos de sueldo, desempeño efectivo de funciones, personal a cargo, calificación de las tareas asignadas como "tarea crítica" (sentencia de fs. 30). Por otro lado, la calificación de la función como "habitual y regular" y su consecuencia, el carácter remunerativo del suplemento, surge de la interpretación y aplicación de normas de derecho común como lo son el dec. 861/93, las normas del SIMUPA pertinentes y, fundamentalmente las pautas que brinda la ley 24.241 al respecto. Ello otorga a la resolución cuestionada suficiente fundamento, dejando sin sustento el agravio relativo a la arbitrariedad de sentencia en este aspecto.

Tampoco tiene éxito la recurrente con la invocación de lesión constitucional, la que vendría conformada por la mención a disposiciones y principios constitucionales como el de defensa en juicio, propiedad y debido proceso (arts. 17 y 18, C.N.) pues no consigue establecer una adecuada correspondencia entre la afectación que alega y el contenido de la sentencia atacada.

4. El GCBA sostiene que la sentencia de la Cámara en cuanto atribuye naturaleza remunerativa a los adicionales afecta la división de poderes, generando un desequilibrio en las previsiones financieras y presupuestarias de la Ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, sus manifestaciones no revelan la afectación de principios constitucionales, toda vez que en diversas circunstancias los jueces interfieren en la actuación de otros poderes cuando los condenan al cumplimiento de deberes o prestaciones.

En efecto, el Tribunal ya ha señalado en ocasiones anteriores el anacronismo de argumentos como los invocados. En este sentido conviene recordar que "La genérica invocación de una lesión al principio de división de poderes y de la zona de reserva de la Administración (…), es manifiestamente improcedente. Tal argumentación vedaría cualquier intervención judicial cuando, como en el caso, se requiere la protección de un derecho conculcado por las autoridades administrativas. Estos principios solo se dirigen a establecer la competencia privativa de los órganos superiores del Estado, sin que tal circunstancia los

haga inmunes de todo control judicial" (voto conjunto de los Dres. Ruiz, Conde; Muñoz y Maier en autos "González, Jorge Esteban c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 1891/02, resolución del 11/12/2002).

5. Por las consideraciones expuestas precedentemente, considero que corresponde rechazar el recurso de queja deducido de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto (fs. 67/69).

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con la jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, en que la queja debe ser rechazada porque el recurrente no ha logrado exponer un caso constitucional. Más allá del acierto o error de la decisión del *a quo*, lo determinante es que ella encontró apoyo suficiente en la interpretación de normas locales infraconstitucionales[1] (decs. 861/93, 3544/91 y la ley 471), sin que el GCBA haya logrado demostrar que su razonamiento sea insostenible. Ello es así, porque al margen del resto de los argumentos dados en la sentencia, cualquiera sea su mérito, los mencionados, como ya dije, brindan apoyo suficiente e independiente a la decisión cuestionada. A su vez, tal como señala la Dra. Conde, el recurrente tampoco muestra la relación directa que existiría entre lo resuelto y las garantías constitucionales por él invocadas (defensa en juicio, propiedad, debido proceso y la división de poderes).

2. Finalmente, el GCBA afirma que la Cámara, al caracterizar el suplemento como "sueldo básico", la privó de la facultad de retirarlo. En este orden de ideas, sostiene que "[e]l *sub examine* muestra a un Poder Judicial que termina en definitiva regulando los haberes de los agentes que ejercen funciones de con-

[1] En ese orden de ideas, la Cámara sostuvo que "[d]e conformidad con lo previsto en el segundo párrafo del art. 23 [del dec. 3544/91], el entonces intendente municipal dictó el dec. 861/93. Mediante su artículo primero determinó que 'a partir del 1° de mayo de 1993, el personal que reviste en los cargos que seguidamente se indica, percibirá el suplemento por Función Ejecutiva en los montos que para cada caso se expresa' y se asignaron diferentes sumas según se tratare de 'Director General', 'Director General Adjunto', 'Director', 'Jefe de Departamento', 'Jefe de División', 'Jefe de Sección', 'Capataz'. Para el cargo de Jefe de Sección, que es el que [*sic, rectus*: en] el que se desempeña la actora, se asigna la suma de trescientos cincuenta pesos ($ 350). El art. 2°, establece con relación al suplemento en cuestión que 'será liquidado al personal que reviste funciones ejecutivas allí previstas y desempeñen efectivamente las mismas contando con personal a cargo'. En forma concordante con lo expuesto, el artículo siguiente prevé que 'a partir del primer día del mes siguiente al que los agentes comprendidos en el art. 1° del presente decreto dejaran de tener personal a su cargo, cesará la percepción del Suplemento establecido en el mismo'.// Según surge de la normativa citada, no se establece en ninguno de sus artículos que dicho suplemento tenga carácter no remunerativa. Por el contrario, tal como se desprende del juego armónico de los citados arts. 18 y 20 del SIMUPA [dec. 3544/91], este suplemento integra la retribución del agente".

ducción. Si el suplemento es identificado con el sueldo básico, es obvio que no podrá privarse de él a quien en algún momento lo cobró, aun en el supuesto que dejara de ejercer la conducción" (fs. 39). Ese agravio tampoco puede prosperar. La sentencia recurrida señaló que el suplemento en cuestión tendrá "carácter remunerativo" mientras "la agente [la actora] desempeñe funciones ejecutivas de manera efectiva, cumpla con los demás requisitos para la percepción del suplemente y no varíen las condiciones normativas tenidas en cuenta" (fs. 30 vta.). En tales condiciones, el recurrente no ha logrado demostrar que el perjuicio invocado pueda ser atribuido a la sentencia impugnada.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

El caso "Morlan" [expte. nº 6021/08, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Morlan, Fernando Luján c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni remuneración)'"], cuya sentencia dictamos en la misma fecha, es idéntico al que decidimos ahora. En él me adherí al voto de la señora jueza del trámite, que trata los mismos problemas y los mismos recursos y argumentos a valorar aquí. Sólo puedo reproducir mi adhesión y aliarme al rechazo de la queja, insuficiente para determinar la apertura del recurso de inconstitucionalidad. Sintéticamente: *a)* Los recursos no involucran la inteligencia de una norma constitucional, sino que se refieren a la interpretación de reglas de derecho común (infraconstitucionales) que rigen la sentencia. *b)* Esos recursos estiman, por todo argumento, que la sentencia es arbitraria —tanto la que define el litigio, como la decisión del *a quo* que rechaza el recurso— por una apreciación distinta a la del recurrente sobre el derecho aplicable y la característica del suplemento discutido, y, por supuesto, no resulta así en la realidad, porque ni la sentencia ni la decisión de rechazo carecen de fundamentos, más allá del acierto o desacierto de ambos fallos, expresado subjetivamente. Sobre la arbitrariedad como motivo inexistente del recurso de inconstitucionalidad y su concepto, por cierto, limitadísimo, repito lo expresado en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", resolución del 26/5/2005, y en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005). *c)* No existe lesión alguna al principio de división de los poderes del Estado local por usurpación judicial de competencias del poder administrador, sino, todo lo contrario, se trata de la decisión de un litigio entre un agente estatal y el Estado, centrado en la remuneración del primero de ellos, que corresponde a la competencia del Poder Judicial local.

El juez José O. Casás dijo:

El recurso de queja interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fs. 44/53 no puede prosperar pues, tal como lo afirman mis colegas

en sus votos respectivos, no se ha logrado exponer un genuino caso constitucional en los términos exigidos por el art. 27 de la ley 402, circunstancia que veda el ingreso al tratamiento de la cuestión de fondo controvertida en estos autos.

Sin perjuicio de la invocación genérica del derecho de defensa en juicio, el principio de división de los poderes y el derecho de propiedad que se reputan vulnerados a partir de lo decidido en el caso, lo cierto es que los planteos de la interesada remiten básicamente a la interpretación de las diversas normas infraconstitucionales utilizadas por la Cámara para resolver el litigio (ley 471, régimen establecido en el SIMUPA y dec. 861/93).

Por otro lado, bajo la designación de arbitrariedad, la demandada tiende a controvertir el fundamento jurídico contenido en la sentencia recurrida, sin incluir, como en el resto de su recurso, razones de índole constitucional. La circunstancia de que la recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss.).

En suma, el apuntado defecto en la fundamentación del recurso se convierte en un valladar insalvable para revisar la sentencia que se pretende poner en crisis.

Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar la queja deducida.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, mediante oficio, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XIII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ORÍGENES AFJP S.A. C/GCBA S/REPETICIÓN (ART. 457, CCAYT)'"

RECURSO DE REVOCATORIA: Feria judicial.
RECURSOS: Cómputo del plazo de interposición.

SUMARIOS:

1. Las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia adoptadas con los votos suficientes requeridos por el art. 25, primer párrafo, ley 7, no son susceptibles —por regla— de reconsideración, reposición o revocatoria, sobre todo ante la inexistencia, en la ley 402, de algún recurso contra sus decisiones, y el recurrente no ha dado razones suficientes para apartarse, en el caso, de esta jurisprudencia. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

2. Resulta innecesario que la resolución del Consejo de la Magistratura cuestionada precisara que la feria judicial decretada para los días 7 al 11/7/2008 no abarcaba al TSJ, pues, por precisas disposiciones constitucionales y legales referidas a las atribuciones de los distintos órganos que integran el Poder Judicial local, esa decisión no podía comprender a la actuación del o ante el TSJ. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Los plazos para la interposición de los recursos son computables conforme el tribunal ante el que deben ser presentados y no tomando como referencia al Tribunal que dictó la resolución que se recurre. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6038/08 - 11/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA) deduce recurso de reposición contra la decisión del Tribunal de fecha 20/11/2008 (fs. 95/97 vta.), que rechazó la queja planteada por su parte por extemporánea (fs. 85/87).

Su argumento: el Tribunal soslayó que el Consejo de la Magistratura de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante CM) había dispuesto establecer

—mediante resol. 440/2008— feria judicial durante los días 7 al 11/7/2008, inclusive, para la Justicia en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad. Aduce, también, que la resol. 440/2008 antes mencionada "...a contrario de otras resoluciones dictadas en materia de días inhábiles y feriados judiciales (...) no precisó que dicha resolución no comprendía al TSJ...". Debido a la feria judicial, el recurrente se vio impedido de compulsar las actuaciones y extraer las copias necesarias para la interposición de la queja. Finalmente, concluye, los cinco días hábiles a que se refiere el art. 33 de la ley 402, "...tienen que contarse *tomando como referencia al Tribunal que dictó la resolución que se recurre*..." (el resaltado pertenece al texto original), pues de otro modo se incurriría en un exceso ritual incompatible con el adecuado servicio de justicia, garantizado por el art. 18 de la Constitución Nacional.

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. En primer lugar cabe señalar que las resoluciones del Tribunal Superior de Justicia adoptadas con los votos suficientes requeridos por el art. 25, primer párrafo, ley 7, no son susceptibles —por regla— de reconsideración, reposición o revocatoria, sobre todo ante la inexistencia, en la ley 402, de algún recurso contra sus decisiones (CSJN, doctrina de *Fallos,* 286:198; 293:468; 297:543; 303:241; 308:1606; 310:1784, entre muchos otros; este Tribunal *in re*: "Partido Justicialista y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ nulidad", expte. nº 50/99, resolución del 16/6/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. 1, pp. 136 y ss.; "Liga de amas de casa, usuarios y consumidores de la República Argentina y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 480/00, resolución del 24/10/2000; "Spisso, Rodolfo R. c/GCBA s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 1866/02, resolución del 13/11/2002,en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. IV, pp. 636 y ss.; "Rojt, Julio M. y otra s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Rojt Julio M. y otros c/Consejo Profesional de Ciencias Económicas s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 2689/03, resolución del 29/6/2005; "Lata, Jorge Mario c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4942/06, resolución del 20/9/2007, entre muchos otros).

El GCBA no ha dado razones suficientes para apartarse, en el caso, de esta jurisprudencia, prácticamente unánime, ni las razones que expone desde el punto de vista material —sobre la forma de computar el plazo para interponer la queja— son correctas, como se verá en el punto siguiente.

2. Los argumentos que expone el recurrente quedan sin sustento de conformidad con lo establecido por los arts. 114 y 116, de la Constitución local, y

con lo dispuesto por el Reglamento General de Organización y Funcionamiento aprobado por resol. 152/1999 del CM, al que se remite la resol. 440/2008, invocada por el GCBA. Ese reglamento —no cuestionado por el gobierno local—, en consonancia con las disposiciones constitucionales mencionadas, expresamente excluye al Tribunal Superior de Justicia de su ámbito de aplicación (art. 1º). De tal manera, resulta innecesario que la resol. 440/2008 precisara —como afirma el GCBA— que la feria judicial decretada para los días 7 al 11/7/2008 no abarcaba al TSJ, pues, por precisas disposiciones constitucionales y legales referidas a las atribuciones de los distintos órganos que integran el Poder Judicial local, la decisión del CM no podía comprender a la actuación del o ante el TSJ.

Tampoco se puede pasar por alto que el día 7/7/2008 (fecha en que tuvo comienzo la feria judicial fijada por el CM de la que pretende valerse el GCBA) ya habían transcurrido cuatro de los cinco días hábiles previstos para la interposición de la queja (art. 33 de la ley 402) —computados desde la fecha de notificación de la declaración de inadmisibilidad del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA—. En otras palabras, si el recurrente, como afirma, se vio impedido de compulsar las actuaciones y extraer las copias pertinentes el último día del plazo legal, ello fue producto de su propia conducta discrecional. Si pudo realizar tales tareas —a juzgar por sus propios dichos— en el exiguo plazo que corrió entre el 14/7/2008 y el 15/7/2008 (véase fs. 95 vta., último párrafo y 96), con mayor razón debió poder realizarlas en el período —por cierto más extenso— que transcurrió entre el 1º/7/2008 y el 4/7/2008, inclusive. No es admisible, entonces, convertir en agravios contra la sentencia las consecuencias de las decisiones que la parte adoptó en la gestión del procedimiento.

3. Por lo hasta aquí expuesto, no corresponde hacer lugar a la petición formulada por el GCBA a fs. 97 vta.

Los jueces José O. Casás y Ana María Conde dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Julio B. J. Maier.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Concuerdo con la regla que expone el Dr. Julio B. J. Maier en el punto 1 de su voto, como también con que los motivos que da para demostrar que lo dispuesto en los arts. 114 y 116 de la CCBA priva de todo sustento al argumento del GIBA, según el cual la feria decretada por el Consejo de la Magistratura mediante resol. 440/2008 comprendía también a este Tribunal.

1.1. A esos argumentos, a su vez, agrego los siguientes:

Por una parte, los plazos para la interposición de los recursos son computables conforme el tribunal ante el que deben ser presentados y no, como

sostiene el recurrente, "...tomando como referencia al Tribunal que dictó la resolución que se recurre..." (negritas en el original) (fs. 95 vta.). En este orden de ideas, la CSJN tiene dicho que los feriados locales no inciden en el cómputo del plazo para la interposición del recurso de hecho ante ella (*Fallos,* 277:430; 299:44; 302:1140, entre muchos otros).

Por lo demás, el recurrente accedió al expediente para presentar su recurso de inconstitucionalidad y con la queja la única resolución que tenía que discutir era la denegatoria del mencionado recurso. Esa denegatoria, a su vez, tuvo que haberle sido notificada personalmente o por cédula, notificación que no impugnó; a raíz de lo cual, el GCBA pudo contar con todos los elementos necesarios para elaborar su queja.

Por ello, voto por declarar inadmisible el recurso de reposición.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Desestimar* el recurso de reposición interpuesto por el GCBA a fs. 95/97 vta.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva como está ordenado a fs. 87, punto 2.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XIV

"DOLMANN, FRANCISCO Y OTROS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'DOLMANN, FRANCISCO S/INFR. ART. 78, OBSTRUCCIÓN DE VÍA PÚBLICA —CC—'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva.

SUMARIOS:

1. La sentencia atacada por el recurso de inconstitucionalidad que esta queja defiende no es la definitiva (art. 27 de la ley local 402) porque, justamente ordena seguir el proceso hacia la decisión sobre la condena o absolución de los acusados, y esa razón resulta suficiente para rechazar la queja intentada. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María*

Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).

2. No es sentencia definitiva (art. 27 de la ley 402) aquella que rechaza *in limine* la apelación dirigida contra la decisión que difirió el tratamiento de un planteo de nulidad hasta la celebración de la audiencia de juicio y rechazó la solicitud de apartamiento del juez de la causa, porque justamente, ordena seguir el proceso hacia la decisión sobre la condena o la absolución de los acusados. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

3. Sentencia definitiva es la que se pronuncia acerca de las pretensiones articuladas por las partes poniendo fin a la controversia o la que torna imposible su continuación. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Una resolución que declara mal articulado un recurso ordinario podría ser atacada mediante recurso de apelación, cuando quien recurre demuestra que esa decisión se traduce en un mecanismo arbitrario para frustrar el acceso a esta instancia; y, a su vez, el contenido de la resolución de primera instancia es susceptible de revisión por medio del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La decisión de la Cámara de rechazar el pedido de recusación de la jueza de primera instancia puede equipararse a sentencia definitiva si se acredita que ello le hubiese producido a los imputados un menoscabo en el servicio de justicia. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6061/08 - 11/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Luego de que la fiscalía formuló el requerimiento de juicio en este proceso (fs. 36/44), la defensa solicitó que se declarara la nulidad de ese acto (45/54). La jueza difirió la resolución del punto para el momento en que se celebrara la audiencia de debate (fs. 56/57). En consecuencia, la defensora apeló esa decisión y, además, requirió la suspensión de la audiencia prevista en el art. 46 de la ley 12 (fs. 60/63); asimismo, a través de dos escritos independientes, también recusó al representante del Ministerio Público Fiscal y a la magistrada que conocía este caso (fs. 64/66 y 67/68).

La jueza de primera instancia resolvió rechazar tanto las recusaciones como el pedido de suspensión del debate y, además, elevar las actuaciones a la Cámara para que diera trámite a la apelación (fs. 70/73). Los miembros de

la Sala I decidieron rechazar *in limine* la apelación y, en lo que aquí importa, también rechazaron la recusación de la magistrada (fs. 32/33).

2. Ante ello, la defensora interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 1/9) en el que sostenía los siguientes motivos de agravio: *a)* violación al principio constitucional de la doble instancia porque la Sala I rechazó in limine la apelación intentada; *b)* arbitrariedad de la sentencia de Cámara porque no resolvió el agravio acerca del rechazo de la recusación del representante del Ministerio Público Fiscal; y *c)* violación a las garantías de debido proceso, imparcialidad y defensa en juicio, en tanto la jueza de primera instancia difirió, hasta la audiencia de debate, la resolución del planteo de nulidad realizado por la defensa, mencionado en el punto 1 de estas resultas.

El recurso de inconstitucionalidad fue denegado por los camaristas (fs. 11/15). Frente a esta decisión, la defensora acudió en queja ante el Tribunal (fs. 16/28).

3. Posteriormente (fs. 75), la recurrente solicitó la suspensión del debate oportunamente fijado hasta tanto se resolviera esta queja. El juez de trámite puso a consideración del Tribunal la petición reseñada (fs. 77), que fue finalmente rechazada el día 27/8/2008 (fs. 78/79).

4. Al momento de emitir su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja (fs. 82/85). Centralmente, indicó que el recurso directo carecía de una crítica suficiente respecto del auto denegatorio atacado. Por otra parte, también remarcó que la decisión cuestionada por recurso de inconstitucionalidad no era la sentencia definitiva de la causa, ni podía equipararse a tal. Por último descartó la existencia de un caso constitucional y, en la misma línea argumental, indicó que no advertía un supuesto de sentencia arbitraria.

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Tal como sostuve al momento de rechazar la solicitud de la recurrente respecto de la suspensión de la audiencia de debate fijada por la titular del Juzgado Contravencional y de Faltas N° 26 (fs. 75), la sentencia atacada por el recurso de inconstitucionalidad que esta queja defiende no es la definitiva (art. 27 de la ley local 402) porque, justamente, ordena seguir el proceso hacia la decisión sobre la condena o la absolución de los acusados. Esa razón resulta suficiente para rechazar la queja intentada.

2. Por lo demás, como ya expuse en múltiples sentencias (véase, por ejemplo, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ponzoni, Manuel Eduardo s/inf. art. 189 bis tercer párrafo del C.P.'", expte.

n° 4170, sentencia del 5/6/2006, entre otras), ni siquiera considero que existan decisiones que puedan ser asimilables a una sentencia definitiva a los fines del recurso previsto en el art. 113, inc. 3º, de la Constitución local. El art. 27 de la ley 402 sólo permite el recurso de inconstitucionalidad una vez lograda la sentencia que finaliza el juicio de mérito. Y, a decir verdad, esa regulación resulta absolutamente racional para un tribunal extraordinario —que no es el tribunal de mérito—, pues el defecto puede subsanarse durante el procedimiento, incluso por un resultado final favorable al perjudicado por el vicio.

3. Por esas razones, voto por rechazar la queja agregada a fs. 16/28 y dar por perdido el depósito previsto por el art. 34 de la ley local 402, cuya constancia de integración está agregada a fs. 74.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como lo afirma en su voto el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, el recurso de inconstitucionalidad que la queja interpuesta a fs. 16/28 viene a defender no se dirige contra una sentencia definitiva (art. 27, ley 402), pues la decisión que pretende impugnar se limitó a rechazar *in limine* una apelación dirigida contra la decisión que difirió el tratamiento de un planteo de nulidad hasta la celebración de la audiencia de juicio, y a rechazar la solicitud de apartamiento del juez de la causa (fs. 32/33).

Tampoco se han dado argumentos que autoricen a considerar que la decisión recurrida pueda ser equiparada a una sentencia definitiva, con fundamento en las garantías que se invocan.

En suma, la resolución impugnada no pone fin al pleito ni impide su prosecución y lo que se pretende es evitar la continuación del proceso, sin que se acredite la existencia en el caso de algún perjuicio de insuficiente o imposible reparación ulterior. En ese sentido, la queja no logra poner de resalto motivo alguno que permita apartarse de la constante jurisprudencia de este Tribunal, aplicable al caso (conf. "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/infracción ley 255 —apelación—'", expte. n° 3338/04, resolución del 1º/12/2004, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. VI-B, pp. 1201 y ss., "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Benítez, Sergio David s/art. 189 bis del C.P.'", expte. n° 4994/06, resolución del 23/5/2007; "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 5— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Erice, Fabián; Erice, Ariel y otros s/inf. arts. 116 y 117 ley 1472'", expte. n° 5285/07, resolución del 12/9/2007, y "Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/inf. art. 116, CC, organizar y explotar

juego sin autorización, habilitación o licencia —incidente de recusación—'", expte. n° 5507, resolución del 9/4/2008).

A todo evento, corresponde agregar que la pretendida cuestión constitucional resuelta por decisión no definitiva, eventualmente, podrá ser planteada ante el Tribunal en ocasión del recurso de inconstitucionalidad que quepa deducir contra la sentencia que pone fin al juicio, si persisten y se mantienen los agravios pertinentes.

Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar la queja y dar por perdido el depósito previsto por el art. 34 de la ley local 402.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega el doctor José O. Casás.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con el juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier, en que la queja debe ser rechazada.

2. Sentencia definitiva es la que se pronuncia acerca de las pretensiones articuladas por las partes poniendo fin a la controversia o la que torna imposible su continuación. En tales condiciones, ni la decisión del *a quo* que rechazó *in limine* por improcedente (conf. la interpretación que efectuó de los arts. 275 y 279 del CPP) la apelación contra la resolución que dispuso diferir el tratamiento del planteo de nulidad del requerimiento de elevación a juicio para la audiencia de debate, ni aquella otra mediante la cual rechazó el pedido de recusación de la jueza de primera instancia, constituyen la sentencia definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402. A su vez, tampoco la defensa ha logrado demostrar, como se verá en los dos puntos que siguen, que alguna de ellas deba ser equiparada a definitiva por haberle conculcado a sus asistidos alguna garantía constitucional sólo susceptible de tutela inmediata.

2.1. La primera de las dos resoluciones de Cámara mencionada supra se limitó a resolver una cuestión de índole procesal, la procedencia de un recurso de apelación ante ella, cuestión, por regla, privativa de los jueces de la causa. En efecto, en la interpretación de las normas procesales que efectuó el *a quo*, cuya constitucionalidad no fue controvertida, no procedía el mencionado recurso ante ella porque la defensa no logró demostrar, a juicio de la Cámara, que la decisión de la magistrada de grado de diferir el tratamiento del aludido planteo de nulidad le produjese a sus asistidos el "gravamen irreparable" a que se refiere el art. 279 del CPP para la procedencia de la apelación. En ese marco, existe un supuesto en que una resolución que, como la recurrida, declara mal articulado

un recurso ordinario podría ser atacada mediante recurso de apelación. Dicho supuesto se da en el caso de que quien recurre demuestra que: *i)* esa decisión se traduce en un mecanismo arbitrario para frustrar el acceso a esta instancia; y, a su vez, *ii)* el contenido de la resolución de primera instancia es susceptible de revisión por medio del recurso de inconstitucionalidad —véase mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ocharán Márquez, Olimpia Zoila c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 6024/08, sentencia del 17/12/2008, en especial, los puntos 3 y 4—; extremos que no se hallan acreditados en el *sub examine*. La defensa se limitó a manifestar que esa decisión resulta violatoria de la garantía de la doble instancia porque privó a sus asistidos de la posibilidad de tener una segunda revisión amplia de lo resuelto por la magistrada de grado. Empero, esa garantía carece de relación directa con lo resuelto. En efecto, en la presente causa no se pretende obtener la revisión de una sentencia de condena, esto es, aquella que tiene por fin resguardar esa garantía, sino la de una resolución que difirió el tratamiento de una nulidad para otro momento procesal, la audiencia de debate.

2.2. La defensa, tal como adelanté, tampoco ha logrado demostrar que deba equipararse a definitiva la decisión de la Cámara de rechazar el pedido de recusación de la jueza de primera instancia. Dicha equiparación podría tener lugar, entre otras, en el supuesto en que, conforme lo tiene dicho la CSJN para un recurso de similares características, la resolución que rechaza la mencionada pretensión le hubiese producido a los imputados un menoscabo en el servicio de justicia (conf. *Fallos,* 190:124; 244:34, 407; 306:1392). Pero, en el *sub lite* no se acreditó ni la existencia de esa situación, ni la de cualquier otra que, por generarle a los imputados un perjuicio no susceptible de reparación ulterior, llevare a tener que equiparar a definitiva a esa resolución. Los recurrentes, para fundar sus agravios, reiteraron los argumentos en los que buscaron apoyo al solicitar la mencionada recusación; a saber: que las decisiones adoptadas por la magistrada de grado revelan, a su juicio, su falta de imparcialidad, sin hacerse cargo de los motivos que le dio la Cámara al tratar ese punto. En este orden de ideas, el *a quo* sostuvo que el hecho de que la resoluciones adoptadas por la magistrada hayan sido desfavorables a sus intereses no permite "...verifica[r] en autos el temor de parcialidad que pueda dar lugar al apartamiento del juez ni razones de peso que cuestionen su desempeño en el expediente" (fs. 33).

3. Finalmente, igual suerte debe seguir la omisión que la defensa le achaca a la sentencia recurrida: no haberse expedido con relación a los agravios tendientes a rebatir el rechazo de la recusación del representante del Ministerio

Público Fiscal que interviene en la presente causa. Ello así, toda vez que los recurrentes, en la queja, no se hacen cargo de los fundamentos que le dio el *a quo* para denegar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad con relación a esa cuestión. En dicha oportunidad, la Cámara señaló que "...el recurso de apelación respecto a esa cuestión se presentó con posterioridad (el 9/5/2008) a la elevación a esta Cámara de Apelaciones (el 8/5/2008) en virtud de otro remedio procesal interpuesto anteriormente en relación a otra decisión. Por otro lado, con fecha 29/5/2008 esta Sala confirmó la decisión del Magistrado de grado en cuanto rechazó la recusación del señor Fiscal de grado, siendo notificada la defensa con fecha 30/5/2008 en el otro incidente que corre por cuerda, es decir, con anterioridad a la presentación del recurso de inconstitucionalidad (3/6/2008)" (fs. 14). El hecho de que los recurrentes no hayan rebatido esos argumentos impide también la procedencia de la queja en este punto.

4. Este Tribunal no se encuentra obligado a requerir la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402, toda vez que ello no resulta exigible de acuerdo a los fundamentos que expuse en *in re* "Ronchetti, Leonardo s/ art. 47, CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. nº 3996/05, sentencia del 14/9/2005.

Por lo expuesto, y lo concordantemente dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, y por mayoría respecto del punto 2.

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 16/28.

2º. *Dar por perdido* el depósito exigido por el art. 34 de la ley 402.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y oportunamente se remita esta queja a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XV

"BAIGORRIA, FABIÁN GABRIEL Y OTROS S/INF. ART. 189 BIS, C.P. PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 6195/08 "MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BAIGORRIA, FABIÁN GABRIEL Y OTROS S/INF. ART. 189 BIS, C.P. PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Interpretación de normas infraconstitucionales. PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL: Agravante. Antecedentes penales. Reincidencia. Derecho penal de acto.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no puede prosperar si no logra demostrar que el recurso denegado por el *a quo* compromete la interpretación y aplicación de las normas constitucionales invocadas, y los agravios esgrimidos sólo expresan el desacuerdo de la recurrente con el fallo impugnado, sin mostrar que esa decisión vulnere las garantías constitucionales invocadas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Debe ser rechazado el planteo de inconstitucionalidad de la agravante contenida en el art. 189 bis, 2, último párrafo del C.P. por la alegada vulneración de la garantías conocidas como non bis in idem, y principio de culpabilidad porque no existe en el caso una nueva persecución penal por el mismo hecho, y el Estado no es el desencadenante independiente del proceso actual, sino que el procesado estuvo en situación de decidir entre cometer un nuevo delito, arriesgando así la mayor sanción, o abstenerse, en cuyo caso la pena anterior no habría dado lugar a consecuencia alguna. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. En relación con el principio de culpabilidad un derecho penal orientado a atribuir responsabilidad por hechos no requiere excluir la valoración de todo dato de la historia del autor para considerar la graduación de la pena, ni tampoco hay razones para creer que ésta sea la voluntad expresada en el art. 19, C.N. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. Corresponde rechazar el recurso de queja si el recurrente no se hace cargo de los argumentos vertidos por el Tribunal en precedentes donde se rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la agravante por registrar antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, contenida en el art. 189 bis, 2, último párrafo, del C.P., ni expresa razones que

justifiquen revisar lo decidido. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

5. Deben rechazarse los cuestionamientos del Defensor General que sólo dejan traslucir su disconformidad con el modo en que los jueces de mérito evaluaron las pruebas rendidas en la causa, y que en su opinión resultan insuficientes para arribar a una condena, si no alcanzan para demostrar concretamente que esa condena se funde en pruebas inexistentes o falsas, ni revelan un exceso palmario en la facultad de selección y valoración de las mismas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. El recurso de queja debe ser rechazado si el recurrente sólo propicia una nueva revisión de los hechos que originaron la causa, referidos a una cuestión infraconstitucional, donde la ley procesal sólo concede dos instancias de conocimiento y decisión: las de los jueces del mérito. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. La impugnación constitucional de la defensa no puede triunfar en tanto la Cámara aplicó la figura agravada en atención a que el imputado había cumplido pena por alguno de los delitos que componen la agravante, de manera que el modo en que los jueces valoraron la condena anterior era tolerable en un Derecho penal mayoritariamente de acto. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. En el marco del instituto de la reincidencia, aquello que se toma en cuenta para que la agravante genérica incida sobre la agravante penal no es en sí la culpabilidad o la pena del hecho punible anterior ya juzgado, sino el hecho de la condena o de la pena sufrida. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 6192/08 - 11/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor de Fabián Gabriel Baigorria interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 74/82) contra la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de fecha 17/9/2008 (fs. 60/71) que resolvió: "I. Revocar el punto II de la sentencia recurrida. II. Confirmar el punto III de la sentencia apelada, en cuanto condena a Fabián Gabriel Baigorria [...], modificándose en cuanto a la calificación legal del hecho, que se subsume en el delito de portación de arma de fuego de uso civil sin la debida autorización, agravada por registrar antecedentes penales dolosos contra las personas o con el uso de armas, y en cuanto a la pena impuesta, que se eleva a cuatro (4) años de

prisión, accesorias legales y costas (arts. 12, 29, inc. 3º, 45, 189 inc. 2º, último párrafo del C.P.). III. Confirmar el punto dispositivo IV [...] en cuanto mantiene la declaración de reincidencia de Fabián Gabriel Baigorria (art. 50, C.P.). IV. Confirmar el punto V del fallo citado en cuanto condena a Fabián Gabriel Baigorria a la pena única modificándose en cuanto al monto punitivo, el que se eleva a quince (15) años de prisión, accesorias legales y costas; comprensiva de la impuesta por este Tribunal y de la también pena única de doce (12) años y seis (6) meses de prisión, accesorias legales y costas con más la declaración de reincidente impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 23 en el marco de la causa n° 2729 (arts. 12, 55 y 58, C.P. y 343, CPPCBA) [...]" (fs. 71).

2. En el recurso de inconstitucionalidad, la defensa sostiene: *a)* En primer lugar, que nos encontramos ante una sentencia arbitraria, que afecta el principio *in dubio pro reo*, el derecho de defensa en juicio, el debido proceso legal, el sistema acusatorio y el principio de imparcialidad del juzgador. Ello debido a que, por un lado, los motivos por los cuales se tiene por acreditada la materialidad del hecho se sustentarían tan sólo en las manifestaciones del personal preventor interviniente y, por otro, porque no se habría dado una explicación acabada de las razones por las cuales se tiene por probado que el justiciable tenía efectivo conocimiento de la existencia del arma en el lugar que fuera incautada, más allá de la mera mención de circunstancias aleatorias que no permitirían alcanzar el juicio de certeza requerido por todo veredicto condenatorio. *b)* En segundo lugar, que la agravante dispuesta por el art. 189 bis, inc. 2º, últ. párr., C.P., lesiona los principios constitucionales previstos en los arts. 18, C.N. y 13, 9, CCBA, ya que de ellos se desprende que nuestro sistema se rige por el derecho penal de acto y no de autor, por lo que cualquier intento de sancionar "personalidades", "formas de ser" o "estados peligrosos" se encuentra prohibido. Además, entiende la defensa que la agravante afecta también el principio *ne bis in idem*, ya que significa reconocer la persecución o la condena de una persona más de una vez y por el mismo hecho al apoyarse en sucesos por los cuales el encausado ya fue juzgado y castigado.

3. El recurso de inconstitucionalidad fue admitido parcialmente por la Cámara, en lo atinente al agravio vinculado con la inconstitucionalidad de la figura agravada del delito de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil por registrar antecedentes dolosos contra las personas o con el uso de armas (arts. 27 y 28, ley 402) (fs. 88/91).

4. Contra la decisión que declaró parcialmente admisible el recurso de inconstitucionalidad, la defensa interpuso recurso de queja (fs. 156/164).

5. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida (fs. 167/173), concluyó que el recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido debía

ser declarado admisible, pero que se debía rechazar el agravio invocado por la defensa y confirmar la sentencia de segunda instancia. En cuanto al recurso de queja, el fiscal estimó que no podía ser admitido, por no existir un caso constitucional real a pesar del esfuerzo puesto de manifiesto por la defensa oficial.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja no puede prosperar pues no logra demostrar que el recurso denegado por el *a quo* comprometa la interpretación y aplicación de las normas constitucionales invocadas.

En efecto, la Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad presentado por la defensa, en cuanto planteaba la arbitrariedad de la sentencia por violación al derecho de defensa, al debido proceso, al sistema acusatorio y a la garantía de imparcialidad. Ello, por cuanto entendió que la defensa no había planteado un verdadero caso constitucional, sino tan sólo formulado una invocación genérica de preceptos constitucionales. En tal sentido, la Sala I PCyF afirmó que los agravios se centraban en la arbitraria valoración probatoria, pues si bien el defensor citaba preceptos constitucionales, en definitiva sus argumentos se limitaban a discrepar con la forma en que el tribunal valoró las pruebas.

Aunque la queja denuncia "la irrazonabilidad objetiva con que se merituaron los elementos probatorios" y la "arbitrariedad manifiesta de las sentencias" afectadas, a su criterio, por serios defectos de fundamentación (fs. 161) no demuestra que el pronunciamiento a cuya revisión se aspira padezca los vicios enunciados.

2. En la sentencia condenatoria la Cámara analizó y dio argumentos suficientes para descartar las objeciones, que ahora la defensa reedita ante este Tribunal, respecto de la falta de prueba: sobre la existencia del hecho (cuestionó la veracidad del procedimiento llevado a cabo por el personal policial así como la ubicación y existencia del arma); respecto de que el arma se encontrara cargada al momento del secuestro; y sobre la autoría de Baigorria, en especial, en cuanto al dolo requerido por el tipo penal en cuestión (fs. 61 vta./64).

En ese terreno, pese a que el recurrente postula que la valoración de la prueba formulada por el *a quo* sería irrazonable, luego, no demuestra por qué los jueces de mérito no debieron estimar concordantes las declaraciones de los preventores, en relación con las constancias labradas para certificar los hechos que los testigos dijeron haber presenciado al suscribir las actas pertinentes, ni por qué esa valoración sería insuficiente para dar por acreditada la materialidad y autoría del hecho imputado a Baigorria. Dicho de otro modo, la defensa no

acredita por qué los elementos de prueba valorados en la sentencia atacada no podrían fundar, en el plano lógico o fáctico, las consecuencias que les atribuyó el *a quo.*

Ello así, en tanto los agravios esgrimidos sólo expresan el desacuerdo de la recurrente con el fallo impugnado, sin mostrar que esa decisión vulnere las garantías constitucionales invocadas, corresponde rechazar la queja articulada a fs. 156/164.

En cuanto al depósito de la queja, por la razones que desarrollé al votar *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad en 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005, a las que remito en honor a la brevedad, no corresponde exigir el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

3. El recurso de inconstitucionalidad fue admitido parcialmente por la Cámara, en cuanto a la alegada inconstitucionalidad de la figura agravada del delito de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil por registrar antecedentes dolosos contra las personas o por el uso de armas.

Al respecto, la defensa alega, básicamente, que este agravante "viola los preceptos constitucionales previstos por el art. 18 de la Carta Magna en cuanto no se castiga al autor en función de la gravedad del hecho que habría cometido sino de los 'antecedentes condenatorios' que registrare o de las 'causas en trámite' donde se le hubiere concedido el beneficio de la exención de prisión o la excarcelación" (fs. 80). Agrega que al agravar la portación por la circunstancia de que el autor registre antecedentes penales "se estaría afectando también el principio *ne bis in idem*, dado que la convalidación de este tipo penal significaría reconocer la persecución o la condena de una persona, más de una vez y por el mismo hecho, ya que la calificante de la pena se sustenta o apoya en otros sucesos por los cuales el encausado ya fue juzgado y castigado" (fs. 80 vta./81).

Ello así, cabe recordar que este Tribunal ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este tema en el expte. n° 4603/05 "Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis, C.P. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4602/05 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lemes, Mauro Ismael s/infracción art. 189 bis, C.P. —apelación—'", sentencia del 19/7/2006, donde rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la agravante por registrar antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, contenida en el art. 189 bis, 2, último párrafo, del C.P. Las consideraciones allí expuestas, a las que corresponde remitir en honor a la brevedad, son suficientes para rechazar el

planteo de inconstitucionalidad formulado sobre la base de los mismos agravios resueltos en aquella oportunidad.

Por todo lo expuesto, voto por rechazar la queja y el recurso de inconstitucionalidad articulados por la defensa del Sr. Baigorria.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a los argumentos expuestos en los puntos 1 y 2 del voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en tanto ponen de manifiesto que la queja interpuesta por la defensa del Sr. Baigorria carece de la fundamentación necesaria para controvertir la declaración de improcedencia parcial del recurso de inconstitucionalidad que pretende defender, declaración fundada, en definitiva, en la ausencia en el caso de alguno de los supuestos susceptibles de abrir la competencia revisora de este Tribunal (art. 27, ley 402).

Corresponde, en consecuencia, rechazar la queja interpuesta a fs. 156/164. En cuanto al depósito que reclama la queja vencida, toda vez que el recurrente ha acreditado haber obtenido un beneficio de litigar sin gastos (fs. 174/175), su integración no resulta exigible (art. 34, segundo párrafo, ley 402).

2. El recurso de inconstitucionalidad fue admitido parcialmente por la Cámara, en cuanto a la alegada inconstitucionalidad de la figura agravada del delito de portación no autorizada de arma de fuego de uso civil por registrar antecedentes dolosos contra las personas o por el uso de armas. Básicamente la defensa alega que esta agravante "viola los preceptos constitucionales previstos por el art. 18 de la Carta Magna en cuanto no se castiga al autor en función de la gravedad del hecho que habría cometido sino de los 'antecedentes condenatorios' que registrare" (fs. 80) y que "el fundamento de la punición debe buscarse y hallarse en el hecho cometido por el agente y no en las manifestaciones de su personalidad" (fs. 80 vta.). La defensa afirma que agravar la portación a raíz de los antecedentes penales del autor afectaría también el principio *ne bis in idem*, "dado que la convalidación de este tipo penal significaría reconocer la persecución o la condena de una persona más de una vez y por el mismo hecho; ya que la calificante de la pena se sustenta o apoya en otros sucesos por los cuales el encausado ya fue juzgado y castigado" (fs. 80 vta./81).

Al respecto cabe recordar que este Tribunal ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre este tema en el expte. n° 4603/05 "Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis, C.P. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4602/05 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lemes, Mauro Ismael s/infracción art. 189 bis, C.P. —apelación—'", sentencia del 19/7/2006, donde rechazó el planteo de inconstitucionalidad de la agravante por registrar antecedentes penales por delito doloso contra las personas o con el uso de armas, contenida en el art. 189 bis, 2, último párrafo, del C.P.

El recurrente no se hace cargo de los argumentos vertidos por el Tribunal en esa oportunidad, ni expresa razones que justifiquen revisar lo decidido, por lo cual el planteo debe ser rechazado sin más.

3. Propongo, entonces, rechazar la queja interpuesta a fs. 156/164 y el recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

La queja y el recurso de inconstitucionalidad, parcialmente concedido, satisfacen los requisitos formales exigidos por la ley 402. No obstante, tal como lo explica el señor juez de trámite, Luis Lozano, ambas impugnaciones deben ser rechazadas en esta instancia.

En la queja la esforzada defensa pública plantea la arbitrariedad de la sentencia, toda vez que la condena se habría dictado y confirmado en franca violación del principio in dubio pro reo, del derecho de defensa en juicio, del debido proceso, del sistema acusatorio y de la garantía de imparcialidad del juzgador. Más allá del cúmulo de lesiones denunciadas, el Defensor General no logra demostrar que lo sucedido en autos se relacione de manera directa con los principios, derechos y garantías genéricamente mencionadas —pero no desarrolladas— en cada una de las presentaciones de su Ministerio. Ello así, porque sus cuestionamientos sólo dejan traslucir su disconformidad con el modo en que los jueces de mérito evaluaron las pruebas rendidas en esta causa, que en opinión de la defensa resultan insuficientes para arribar a una condena, pero no alcanzan para demostrar concretamente que esa condena se funde en pruebas inexistentes o falsas, ni revelan un exceso palmario en la facultad de selección y valoración de las mismas. La pretensión de que en esta instancia vuelvan a revisarse y valorarse cuestiones de hecho y prueba, tales como la existencia misma del hecho o la autoría del sujeto condenado, deviene insostenible, pues este Tribunal no puede sustituir a los magistrados de mérito en la tarea de determinar cuestiones que, por su naturaleza, les ha sido asignada de manera privativa. Lo concreto es que ni la jueza de primera instancia que dictó la sentencia de condena, ni los integrantes de la Cámara que la confirmaron —por unanimidad en este punto—, dudaron en sostener con fundamentos suficientes, vinculados básicamente con las circunstancias fácticas y contextuales que rodearon al hecho y a la posterior detención del Sr. Baigorria, que aquél se encontraba portando un arma de fuego de uso civil sin causa que lo justifique (art. 189 bis, C.P.) y que sobre ese arma tenía plena disposición. La defensa pública que asistió al nombrado, al margen del empeño puesto de resalto en resguardo del interés de su defendido en cada etapa procesal, no demuestra un absurdo en dicha conclusión.

En cuanto a la tacha de inconstitucionalidad del agravante del art. 189 bis, 2, último párrafo, C.P., en consonancia con lo señalado por el señor juez

de trámite, remito a lo resuelto en los autos "Lemes" (expte. nº 4603/05 y su acumulado nº 4602/05, resolución del 19/7/2006), reiterado, recientemente, *in re* "Rodríguez" (expte. nº 6146/08 y su acumulado nº 6148/08, resolución del 17/12/2008). Los desarrollos expuestos por el Tribunal en esos precedentes no aparecen seriamente controvertidos por quien recurre en esta oportunidad y esa afirmación alcanza para rechazar el recurso parcialmente concedido por el *a quo*.

Por lo expuesto, voto por rechazar ambos recursos.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Tal como afirma el señor juez de trámite, el recurso de queja debe ser rechazado. El recurrente sólo propicia una nueva revisión de los hechos que originaron esta causa. Sobre esa cuestión —infraconstitucional— la ley procesal sólo concede dos instancias de conocimiento y decisión: las de los jueces del mérito. Toda la discusión sobre cuál es el valor probatorio de las declaraciones de los testigos y, en el mismo sentido, respecto de la comprobación del dolo del autor no puede ser resuelta por el Tribunal, cuya competencia está acotada por la propia CCBA.

En cuanto al motivo de agravio por el que la Cámara concedió el recurso de inconstitucionalidad, propicio el rechazo de ese recurso. El caso es similar al que el Tribunal resolvió en la causa "Rodríguez, Marcelo José s/inf. art. 189 bis C.P., portación de arma de fuego de uso civil s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6146 y su acumulado, expte. nº 6148/08 "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Rodríguez, Marcelo José s/infr. art. 189 bis C.P.'", sentencia del 17/12/2008. En esa resolución sostuve, sintéticamente, que la impugnación constitucional que realizó la defensa no podía triunfar en tanto la Cámara había aplicado la figura agravada porque el imputado había cumplido pena por alguno de los delitos que componen la agravante. De esta forma, el modo en que los jueces valoraron la condena anterior era tolerable en un derecho penal mayoritariamente de acto. Ello no significa abrir la puerta a cualquier antecedente vinculado al derecho penal (mera imputación u otro). Además, señalé la imposibilidad de legislar un derecho penal que excluya cualquier referencia al autor. Por esa razón, y porque la sanción que impuso la Cámara era la mínima permitida por la ley material, sostuve que no se habían vulnerado los principios de culpabilidad y de proporcionalidad. Por otra parte, en cuanto a la supuesta violación de la garantía de ne bis in idem me remití a la opinión que sostuve académicamente sobre el instituto de la reincidencia. En pocas palabras, entendí que aquello que se tomaba en cuenta para que la agravante genérica incida sobre esta agravante penal no es en sí la culpabilidad o la pena del hecho punible anterior ya juzgado, sino el hecho de la condena o de la pena sufrida.

Por estas razones, voto por rechazar la queja y el recurso de inconstitucionalidad articulados por la defensa del Sr. Baigorria. Según lo expuse en reiteradas ocasiones (véase, *inter alia*, mi resolución como juez de trámite en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71, CC —apelación—'", expte. n° 1509/02: interpretación sistemática del art. 34, II, ley local 402 y art. 3º, inc. a, local 327), no corresponde intimar para que se acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja, relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado, dado que ha sido interpuesto, a favor de su pupilo, por la defensa oficial, órgano del Ministerio Público según la propia CCBA.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta a fs. 156/164.

2º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad, agregado a fs. 74/82, en cuanto fuera concedido.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala I de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XVI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MORLAN, FERNANDO LUJÁN C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI REMUNERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional.
SUPLEMENTOS SALARIALES: Carácter remunerativo.
Interpretación de normas infraconstitucionales. Derecho común.
Principio de división de poderes. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Obsta a la procedencia del recurso de queja que el escrito mediante el cual se pretende defender el recurso de inconstitucionalidad denegado no sa-

tisfaga la carga de efectuar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio, ni rebata argumentalmente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

2. El recurso de queja no puede prosperar si se limita a invocar, ritualmente, la afectación de derechos constitucionales pero no argumenta ni intenta siquiera establecer un fundamento suficiente para acreditar la existencia de un caso constitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

3. El carácter remunerativo de los suplementos surge de la interpretación y aplicación de normas de derecho común como lo son los decretos cuestionados y las normas del SIMUPA pertinentes, cuestión que se encuentra fuera de los límites del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La arbitrariedad de sentencia no es una vía oblicua para exponer agravios que no involucren razones constitucionales, sino un remedio excepcional para que el TSJ conozca sobre decisiones manifiestamente carentes de fundamentos y que, de esta manera, lesionen el derecho de defensa en cuanto incluye el derecho a obtener una sentencia fundada en el derecho positivo aplicable a los hechos de la causa. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Las manifestaciones del GCBA en tanto sostiene que la sentencia de la Cámara en cuanto atribuye naturaleza remunerativa a los adicionales afecta la división de poderes, generando un desequilibrio en las previsiones financieras y presupuestarias de la Ciudad de Buenos Aires, no revelan la afectación de principios constitucionales, toda vez que en diversas circunstancias los jueces interfieren en la actuación de otros poderes cuando los condenan al cumplimiento de deberes o prestaciones. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Corresponde rechazar el recurso de queja si, más allá del acierto o error de la decisión del *a quo*, ella encontró apoyo suficiente en la interpretación de normas locales infraconstitucionales, sin que el GCBA haya logrado demostrar que su razonamiento sea insostenible. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. El planteo del GCBA fundado en que la Cámara, al caracterizar el suplemento como “sueldo básico”, lo privó de la facultad de retirarlo, no puede prosperar, en tanto la sentencia se ciñó a reconocer un derecho a la luz del régimen delineado por la normativa local infraconstitucional vigente, sin que ello implique postular que dichas normas son las únicas compatibles con la constitución local, ni conceder un derecho adquirido al mantenimiento del régimen vigente. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6021/08 - 11/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Fernando Luján Morlan y Oscar Hernán García entablaron demanda contra el Gobierno de la Ciudad a fin de que se les incluyan dentro del rubro sueldo básico los suplementos que se liquidan como no remunerativos y pidió la declaración de inconstitucionalidad de los decs. 871/02, 861/93 y 144/03. Asimismo, solicitó el cobro retroactivo de las diferencias correspondientes a sueldos anuales complementarios, en relación con dicho suplemento por todos los períodos que no se encuentren prescriptos, todo ello con más intereses y costas (fs. 2/6).

El Gobierno de la Ciudad, al contestar el traslado de la demanda, solicitó su rechazo (fs. 16/23).

La jueza de primera instancia dictó sentencia haciendo lugar a la acción interpuesta contra el GCBA, con costas a la demandada, y en consecuencia resolvió: *i)* declarar la inconstitucionalidad de los decs. 671/92 (3544/91 y 670/92), 1328/98 y 1880/92, 861/93 y 144/03 en tanto otorgan un adicional calificado como "no remunerativo"; *ii)* fijar pautas a la demandada para la liquidación del sueldo de los actores, el pago de las diferencias salariales para el cálculo del SAC, y para la regularización de la situación de los aportes de los actores ante el órgano previsional competente (fs. 25/35).

2. La sentencia fue apelada por el Gobierno demandado (fs. 36/38).

La Sala II de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario confirmó la sentencia apelada en cuanto al carácter remunerativo de los suplementos 871/92, 861/93 y 144/03, la revocó en cuanto a la obligación impuesta a las partes para que regularicen su situación previsional, e impuso las costas de esa instancia a la vencida (fs. 40/45).

3. La demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad agraviándose por entender que la sentencia de Cámara afecta las garantías de debido proceso y de defensa en juicio (arts. 18, C.N. y 10 y 13 inc. 3°, CCBA), por lo que deviene arbitraria. También se agravió por afectación del principio de división de poderes y del derecho a la propiedad (fs. 46/54).

La Sala II de la Cámara denegó el recurso deducido por considerar que no existe una cuestión de naturaleza constitucional en el planteo del GCBA y que las alegaciones sobre arbitrariedad son meramente genéricas (fs. 56/57).

4. Ante el rechazo del recurso de inconstitucionalidad, el GCBA recurrió en queja (fs. 61/73).

Corrido el traslado al Ministerio Público, el señor fiscal general adjunto propició el rechazo del recurso de hecho (fs. 84/86).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el Gobierno de la Ciudad reúne los requisitos de tiempo y forma (art. 33, ley 402). Sin embargo, por las consideraciones que a continuación expondré, el recurso no puede prosperar.

2. Corresponde señalar, en primer término, que el escrito mediante el cual se pretende defender el recurso de inconstitucionalidad denegado no satisface la carga de efectuar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio, ni rebate argumentalmente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo —en especial la ausencia de caso constitucional y la resolución de la causa sobre la base de la aplicación de normas infraconstitucionales—, omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada de mínimo fundamento (conf. este Tribunal *in re* "Guglielmone, María Dolores s/art. 74, CC s/recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

En efecto, el recurso de queja interpuesto se limita a invocar, ritualmente, la afectación de derechos constitucionales pero no argumenta ni intenta siquiera establecer un fundamento suficiente para acreditar la existencia de un caso constitucional (fs. 65 vta., punto 1.2).

3. El Tribunal ya ha expresado en casos similares al presente que: "el GCBA no logra esbozar un caso constitucional que justifique la intervención de este tribunal, ya que su planteo constituye una mera discrepancia con la valoración de los hechos y de las normas infraconstitucionales aplicables, cuestión ajena al ámbito de este recurso extraordinario.

Más allá del acuerdo o desacuerdo con la decisión adoptada por la Cámara, lo cierto es que el *a quo* ha desarrollado un razonamiento que no puede ser calificado como arbitrario o ilógico. En otras palabras, el GCBA no logra demostrar de qué manera, en el caso concreto, la interpretación que realiza la Cámara de las normas infraconstitucionales aplicables viola principios, derechos o garantías de índole constitucional, lo cual conduce a rechazar el recurso de inconstitucionalidad en este aspecto" (conf. mi voto en los autos: GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: "Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. nº 3565.

En el presente caso, la Cámara ha valorado —para arribar a su decisión— diferentes elementos probatorios de los que da cuenta la sentencia como la existencia de notas de "habitualidad" y "generalidad" en las funciones que aplican para el suplemento. Al respecto, la Cámara, para fundar su decisión, estableció que: "…la Administración no puede desconocer el carácter remuneratorio de las prestaciones, como las creadas por el dec. 861/93 y 471/92, que poseen en la realidad de la relación de empleo público las características de habitualidad y generalidad, pues tal conducta implica una clara violación al sistema previsional, cuyo régimen jurídico no puede ser desconocido por las autoridades locales" (fs. 43) y que "…estos adicionales presentan las dos notas distintivas que identifican a las prestaciones salariales, es decir *a)*constituyen una ganancia neta para el trabajador y *b)* han sido otorgadas como retribución de los servicios prestados" (fs. 43 vta.).

Por lo demás, resulta insoslayable y tampoco lo discute la recurrente que el carácter remunerativo de los suplementos surge de la interpretación y aplicación de normas de derecho común como lo son los decretos cuestionados y las normas del SIMUPA pertinentes. Ello ubica la cuestión fuera de los límites del recurso de inconstitucionalidad.

4. En orden al agravio de arbitrariedad de la sentencia, resulta conveniente recordar, a más de lo que ya fuera expresado, que si bien no es una causal expresamente reconocida en la ley 402, la mayoría del TSJ ha admitido su invocación sin perjuicio de especificar que: *a)* sólo comprende situaciones de carácter excepcional; *b)* no alcanza a la discrepancia con respecto a la interpretación de las normas infraconstitucionales aplicadas por los jueces; *c)* no es un medio para corregir sentencias equivocadas; y *d)* sólo es admisible ante decisiones que no puedan ser calificadas de sentencias fundadas.

En suma, no puede tratarse de una vía oblicua para exponer agravios que no involucren razones constitucionales, sino un remedio excepcional para que el TSJ conozca sobre decisiones manifiestamente carentes de fundamentos y que, de esta manera, lesionen el derecho de defensa en cuanto incluye el derecho a obtener una sentencia fundada en el derecho positivo aplicable a los hechos de la causa. Se trata, así, de un remedio ante decisiones "desprovistas de todo apoyo, fundadas tan solo en la voluntad de los jueces", según la letra de la Corte Federal en el caso "Rey" (*Fallos,* 112:384) y de otras situaciones semejantes que el referido tribunal ha ido sistematizando, como lo muestra la actual clasificación de los casos de arbitrariedad que contiene la publicación oficial de sus fallos (conf. Lugones, Narciso, "Recurso extraordinario", LexisNexis, Buenos Aires, 2002, 2ª ed. actualiz., p. 286).

Las situaciones mencionadas precedentemente no se verifican en el caso, pues la sentencia puede ser objeto de crítica jurídica pero no cabe descalificarla como carente de lógica, autocontradictoria o de insuficiente fundamentación.

5. El GCBA sostiene que la sentencia de la Cámara en cuanto atribuye naturaleza remunerativa a los adicionales afecta la división de poderes, generando un desequilibrio en las previsiones financieras y presupuestarias de la Ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, sus manifestaciones no revelan la afectación de principios constitucionales, toda vez que en diversas circunstancias los jueces interfieren en la actuación de otros poderes cuando los condenan al cumplimiento de deberes o prestaciones.

En efecto, el Tribunal ya ha señalado en ocasiones anteriores el anacronismo de argumentos como los invocados. En este sentido conviene recordar que "La genérica invocación de una lesión al principio de división de poderes y de la zona de reserva de la Administración (…), es manifiestamente improcedente. Tal argumentación vedaría cualquier intervención judicial cuando, como en el caso, se requiere la protección de un derecho conculcado por las autoridades administrativas. Estos principios solo se dirigen a establecer la competencia privativa de los órganos superiores del Estado, sin que tal circunstancia los haga inmunes de todo control judicial" (voto conjunto de los Dres. Ruiz, Conde, Muñoz y Maier en autos "González, Jorge Esteban c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 1891/02, resolución del 11/12/2002).

6. Por las consideraciones expuestas precedentemente, considero que corresponde rechazar el recurso de queja deducido de conformidad con lo dictaminado en sentido concordante por el señor fiscal general adjunto (fs. 67/69).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiero al voto de mi colega, la jueza Ana María Conde.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con la jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, en que la queja debe ser rechazada porque el recurrente no ha logrado exponer un caso constitucional. Más allá del acierto o error de la decisión del *a quo*, lo determinante es que ella encontró apoyo suficiente en la interpretación de normas locales infraconstitucionales (decs. 861/93, 3544/91 y la ley 471), sin que el GCBA haya logrado demostrar que su razonamiento sea insostenible. Ello es así, porque al margen del resto de los argumentos dados en la sentencia, cualquiera sea su mérito, los mencionados, como ya dije, brindan apoyo suficiente e independiente a la decisión cuestionada. A su vez, tal como señala la Dra. Conde, el recurrente tampoco muestra la relación directa que existiría entre lo resuelto y las garantías constitucionales por él invocadas (defensa en juicio, debido proceso y la división de poderes).

2. El GCBA afirma que la Cámara, al caracterizar el suplemento como "sueldo básico", lo privó de la facultad de retirarlo (fs. 71 vta.). Sin embargo, este planteo tampoco puede prosperar, en tanto la sentencia se ciñó a reconocer un derecho a la luz del régimen delineado por la normativa local infraconstitucional vigente, sin que ello implique postular que dichas normas son las únicas compatibles con la constitución local, ni conceder un derecho adquirido al mantenimiento del régimen vigente. En otros términos, la sentencia cuestionada, que versó sobre el alcance de la relación jurídica en debate, a la luz de las disposiciones que actualmente regulan la relación de empleo público —único ámbito dentro del cual pueden actuar los jueces en el marco de la tarea asignada por el art. 106, CCBA—, nada expresa acerca de las atribuciones constitucionales en las que el recurrente buscó apoyo para fundar su agravio, esto es, aquellas que involucran sus potestades para establecer la política salarial dentro de los organismos bajo su dependencia. En esas condiciones, el GCBA no demuestra por qué el gravamen denunciado provendría del pronunciamiento cuestionado.

3. Finalmente, el recurrente postula que la resolución cuestionada se traduce en la imposibilidad de retirar el suplemento, aún frente al supuesto de que quien alguna vez lo cobró deje de ejercer las funciones de conducción (fs. 71 vta.). Empero, dado que el *a quo* señaló que "... para que el agente tenga derecho a percibir el suplemento reclamado se requiere cumplir con los recaudos previstos, es decir, no solo desempeñarse en los cargos indicados por la norma, sino que, además, deben ejercerse efectivamente las tareas inherentes a esa función y contarse con personal a cargo" (fs. 43), el GCBA tampoco muestra, a este respecto, que el perjuicio que enuncia sea fruto de la sentencia impugnada.

El juez José O. Casás dijo:

El recurso de queja interpuesto por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fs. 61/73 no puede prosperar pues, tal como lo afirman mis colegas en sus votos respectivos, no se ha logrado exponer un genuino caso constitucional en los términos exigidos por el art. 27 de la ley 402, circunstancia que veda el ingreso al tratamiento de la cuestión de fondo controvertida en estos autos.

Sin perjuicio de la invocación genérica del derecho de defensa en juicio, el principio de división de los poderes y el derecho de propiedad que se reputan vulnerados a partir de lo decidido en el caso, lo cierto es que los planteos de la interesada remiten básicamente a la interpretación de las diversas normas infraconstitucionales utilizadas por la Cámara para resolver el litigio (ley 471, régimen establecido en el SIMUPA y dec. 861/93).

Por otro lado, bajo la designación de arbitrariedad, la demandada tiende a controvertir el fundamento jurídico contenido en la sentencia recurrida, sin

incluir, como en el resto de su recurso, razones de índole constitucional. La circunstancia de que la recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss.).

En suma, el apuntado defecto en la fundamentación del recurso se convierte en un valladar insalvable para revisar la sentencia que se pretende poner en crisis.

Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar la queja deducida.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, mediante oficio, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XVII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'DATCO S.A. Y OTROS C/GCBA S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

REGULACIÓN DE HONORARIOS PROFESIONALES.

SUMARIOS:

1. La presunción establecida por el art. 13 de la ley 21.839 significa que, a los fines regulatorios, la firma del abogado patrocinante en un escrito implica el mantenimiento de su intervención profesional en las actuaciones posteriores

desarrolladas en la misma instancia, aunque éstas no lleven su firma, presunción que no debe trasladarse a las instancias posteriores, para no desvirtuar el sentido de la norma e infringir lo dispuesto por el art. 10, segundo párrafo de la citada ley, perjudicándose a quienes actuaron en las instancias posteriores frente a quienes lo hicieron en las anteriores; de modo que, en cada instancia deben regularse honorarios a los profesionales que efectivamente intervinieron en cada una de ellas, aunque no exista renuncia o revocación del patrocinio. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

2. La regulación firme de primera instancia sirve como pauta orientativa, que puede y debe ser utilizada como base de cálculo, salvo que existan motivos que justifiquen apartarse de ella, en cuyo caso los honorarios por trabajos realizados en la segunda o ulterior instancia no consistirán automáticamente en determinado porcentaje de la regulación firme de primera instancia, sino en un porcentaje del monto que, a juicio del tribunal que efectúa la regulación, hubiera constituido una retribución justa por las tareas de la instancia anterior. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

3. La ley 21.839 no se refiere al honorario de primera instancia de aquel o aquellos sobre los cuales versa la regulación de honorarios de una instancia superior, sino que establece abstractamente el valor —porcentual al importe de los honorarios de primera instancia— cualquiera que fueren los abogados intervinientes y la cantidad de ellos en cada una de esas instancias. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5831/08 - 12/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Los abogados Juan Carlos Cassagne y Bernardo Shaw de Estrada, solicitan se regule sus honorarios por la labor desarrollada en esta instancia (fs. 220).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La actuación profesional de los Dres. Juan Carlos Cassagne y Bernardo Shaw de Estrada que corresponde considerar para efectuar la regulación

de honorarios que solicitan (fs. 220) son: *a)* la contestación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (fs. 145/160 vta.) y *b)* la contestación del recurso extraordinario federal deducido por la parte demandada (fs. 204/212). Las decisiones de ambos recursos (fs. 128/130 y fs. 214/217, respectivamente) impusieron las costas al GCBA.

2. Previo a todo, cabe destacar que las tareas profesionales objeto de la presente regulación corresponden a dos instancias recursivas distintas y, como veremos a continuación, deben regularse honorarios a los profesionales que efectivamente participaron en cada una de ellas.

En la contestación del recurso de inconstitucionalidad intervino el Dr. Bernardo Shaw de Estrada como único apoderado de la parte actora (Datco S.A. y Medicar S.A.), y los Dres. Juan Carlos Cassagne y Pablo J. Piccoli en carácter de letrados patrocinantes de la misma parte. Conforme el art. 10, primer párrafo de la ley de aranceles (ley 21.839) debe considerarse que ha existido un solo patrocinio, y por lo tanto deben regularse los honorarios de ambos firmantes en conjunto.

Por su parte, la contestación de la apelación federal fue suscripta por el Dr. Shaw de Estrada como apoderado, y el Dr. Cassagne como letrado patrocinante. El Dr. Piccoli no firmó este escrito, y al tratarse de una instancia distinta de la anterior, no corresponde incluir a dicho profesional en esta regulación (contrariamente a lo ocurrido en "Hotel Corrientes (Domingo Martín - Antonio Edgardo Messia) c/GCBA (Subsecretaría de Acción Social) s/cobro de pesos", expte. nº 2564/03, resolución del 25/6/2008, en el que los dos letrados patrocinantes cuyas tareas profesionales fueron remuneradas en forma conjunta habían actuado en la misma instancia).

Y es que la presunción establecida por el art. 13 de la ley 21.839 significa que, a los fines regulatorios, la firma del abogado patrocinante en un escrito implicará el mantenimiento de su intervención profesional en las actuaciones posteriores desarrolladas en la misma instancia, aunque éstas no lleven su firma. Pero la presunción de continuidad en el patrocinio no debe trasladarse a las instancias posteriores, porque ello implicaría desvirtuar el sentido de la norma e infringir lo dispuesto por el art. 10, segundo párrafo de la ley 21.839, perjudicándose a quienes actuaron en las instancias posteriores frente a quienes lo hicieron en las anteriores; por lo tanto, en cada instancia deberán regularse honorarios a aquellos profesionales que efectivamente intervinieron en cada una de ellas, aunque no exista renuncia o revocación del patrocinio.

3. El art. 14 de la ley nacional 21.839 (con las modificaciones de la ley 24.432) establece que "por las actuaciones correspondientes a segunda o ulterior instancia, se regulará en cada una de ellas del veinticinco por ciento (25 %) al

treinta y cinco por ciento (35 %) de la cantidad que *deba fijarse* para los honorarios de primera instancia. Si la sentencia apelada fuera revocada en todas sus partes a favor del apelante, el honorario de su letrado se fijará en el 35 %" —el destacado no se encuentra en el original.

Como he dicho anteriormente, ello significa que no debe considerarse necesariamente la cantidad "fijada" para los honorarios de primera instancia, sino la que "deba fijarse", ya que en el primer supuesto la suma efectivamente regulada puede verse disminuida por aplicación de distintas normas de la ley arancelaria, como las contenidas en los arts. 10 a 13 y 37. O en otras palabras, la regulación firme de primera instancia sirve como pauta orientativa, que puede y debe ser utilizada como base de cálculo, salvo que existan motivos que justifiquen apartarse de ella. En este último supuesto, los honorarios por trabajos realizados en la segunda o ulterior instancia no consistirán automáticamente en determinado porcentaje de la regulación firme de primera instancia, sino en un porcentaje del monto que, a juicio del tribunal que efectúa la regulación, hubiera constituido una retribución justa por las tareas de la instancia anterior [conf. mi voto en la causa "Hotel Corrientes (Domingo Martín – Antonio Edgardo Messia) c/GCBA (Subsecretaría de Acción Social) s/cobro de pesos", expte. nº 2565/03, resolución del 9/9/2008].

No resulta significativo que la regulación efectuada por las instancias anteriores tuviera en cuenta la intervención de otros letrados, ya que, como lo señalara el juez Maier —a cuyo voto adherí— en otro precedente. "A esos porcentajes y a ese importe me reenvía el art. 14 de la misma ley, en tanto refiere los honorarios de instancias superiores a aquellos que deba fijarse —y no a aquellos que se ha fijado— para los honorarios de primera instancia, sin discriminar en absoluto los casos en los cuales quien ha intervenido en las instancias superiores no ha intervenido o sólo ha intervenido parcialmente en la primera instancia. La ley no se refiere al honorario de primera instancia de aquel o aquellos sobre los cuales versa la regulación de honorarios de una instancia superior, sino que, antes bien, establece abstractamente el valor —porcentual al importe de los honorarios de primera instancia— cualquiera que fueren los abogados intervinientes y la cantidad de ellos en cada una de esas instancias" [*in re*: "Hotel Corrientes (Domingo Martín – Antonio Edgardo Messia) c/GCBA (Subsecretaría de Acción Social) s/cobro de pesos", expte. nº 2564/03, resolución del 25/6/2008].

En el caso, existe una base firme sobre la cual cabe regular los honorarios profesionales por la actuación desarrollada en esta instancia. Ello así, pues la Sala ll de la Cámara de Apelaciones tras considerar insuficientes los honorarios establecidos por el juez de grado para los letrados de la parte actora —en su carácter de apoderados y patrocinantes, y en conjunto—, los elevó a la suma de pesos cincuenta mil ($ 50.000, véase pronunciamiento de fs. 109/115 vta.), con

sustento en las pautas del art. 6º de la ley nacional 21.839 (y modificatorias), en especial la prevista en el inc. f), y lo dispuesto en los arts. 38 y 19 del citado texto. Dicha regulación no fue objeto de impugnación por ninguna de las partes, ya que el recurso de inconstitucionalidad del GCBA (condenado en costas) no dirigió agravios autónomos contra la regulación practicada en la sentencia.

Por último, los peticionantes de fs. 220 no han solicitado apartarse de la regulación efectuada por la Cámara.

4. Establecida la base sobre la cual deben calcularse los honorarios peticionados ($ 50.000), procede establecer el monto que corresponde a los Dres. Shaw de Estrada (apoderado), Cassagne y Piccoli (letrados patrocinantes) por la respectiva actuación tanto en la contestación del recurso de inconstitucionalidad (fs. 145/160 vta.), ya que esa tarea no estuvo contemplada en la regulación efectuada por la alzada a fs. 109/115 vta., ni en la resolución de fs. 128/130 [conf. doctrina del voto del juez Casás, al que adherí, en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Martínez y Lutz S.R.L. c/DGR (resol. 3642/DGR/2000) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR'", expte. n° 2131/03, resolución del 6/5/2004]; como por la contestación del recurso extraordinario federal (fs. 204/212), ambos planteados por el GCBA (TSJ, *in re*: "Sanecar SACIFIA c/GCBA s/cobro de pesos s/recurso de apelación ordinario", expte. n° 1860/02, resolución del 8/9/2004).

Por ello, de acuerdo a las pautas establecidas en los incs. b, d, e, y en especial, c y f del art. 6º de la ley nacional 21.839 (texto según ley 24.432), y dado que en ambos respondes la parte actora articuló con seriedad las objeciones formales a la admisibilidad de cada recurso, que las resoluciones de fs. 128/130 y fs. 214/217 resultaron favorables a los intereses de su parte, y teniendo en cuenta la naturaleza del asunto y el mérito de la labor profesional desarrollada, considero razonable fijar como retribución por los trabajos realizados en el recurso de inconstitucionalidad, en la suma de pesos doce mil quinientos ($ 12.500). Otra suma igual ($ 12.500) debe ser establecida como honorarios profesionales por la contestación del recurso extraordinario federal.

5. En conclusión, considero que debe regularse conjuntamente a los los Dres. Bernardo Shaw de Estrada, Juan Carlos Cassagne y Pablo Javier Piccoli la suma de pesos doce mil quinientos ($ 12.500), por la labor desarrollada en la etapa del recurso de inconstitucionalidad, y a los Dres. Shaw de Estrada y Cassagne la suma de pesos doce mil quinientos ($ 12.500), por la actuación en el recurso extraordinario federal; sumas estas a las que deberá adicionarse el IVA, si correspondiere (*Fallos,* 316:1535).

Corresponde aclarar que el pago de los honorarios regulados mediante la presente decisión deberá efectuarse a la orden conjunta de los letrados intervinientes —para que ellos mismos se distribuyan los emolumentos en

función de los trabajos efectivamente realizados por cada uno—, salvo que, por motivos atendibles, se solicite de manera expresa al Tribunal la adopción de otro temperamento.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto de mi colega, la jueza Ana María Conde.

El juez José O. Casás dijo:

Comparto la regulación de honorarios practicada en el voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, a favor de la representación letrada de la parte actora por su actuación en la contestación del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA oportunamente. En este punto, no hallo reparos a que los emolumentos sean fijados a la orden conjunta de los distintos letrados intervinientes (Dres. Juan Carlos Cassagne y Pablo J. Piccoli como letrados patrocinantes y Dr. Bernardo Shaw de Estrada como letrado apoderado) a fin que ellos mismos los distribuyan de acuerdo a los trabajos efectivamente realizados, y en tanto no exista un requerimiento expreso de los beneficiarios que lleve a este Tribunal a pronunciarse respecto de la asignación particularizada a favor de cada uno de ellos.

Por otro lado, en lo que respecta a los honorarios correspondientes a la actuación profesional desempeñada para la contestación del recurso extraordinario federal —instancia posterior en la que únicamente intervinieron los doctores Juan Carlos Cassagne como letrado patrocinante y Bernardo Shaw de Estrada como letrado apoderado—, también comparto la regulación practicada en el voto de la señora jueza de trámite únicamente a la orden conjunta de los dos profesionales que efectivamente participaron en esa labor, en virtud de lo dispuesto en el art. 10 *in fine* de la ley 21.839 y en tanto la base fáctica del *sub examine* —como fuera advertido— difiere de aquella que motivó la decisión adoptada *in re*: "Hotel Corrientes", expte. nº 2564/03, resolución del 26/6/2008.

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Desde el punto de vista práctico mi solución del caso no es otra que aquella expresada por el voto de la señora jueza del trámite, Ana María Conde, y por el señor juez José O. Casás. Empero, sin que esta opinión tenga carácter definitivo, discrepo en la extensión del fundamento que concede autonomía a la regulación de honorarios profesionales por "instancias", para acomodarse a la correcta intelección del art. 10 de la ley de aranceles para abogados.

Me parece racional el estimar que el art. 10, primer párrafo, esto es, la regulación conjunta para todos los abogados intervinientes por una parte, tiene un límite de aplicación, para los votos mencionados, las diferentes instancias

de un litigio. Pero estimo que en un litigio concreto resulta más racional pensar que ese límite se vincula a los diferentes poderes estatales que surten el poder de decidir litigios, esto es, el llamado poder jurisdiccional. Así, mientras el litigio se mantiene en la órbita del poder jurisdiccional de un Estado, la regulación conjunta que impone el art. 10, salvo revocación o renuncia expresa del mandato o patrocinio, tiene plena aplicación. Ello no sucede, en cambio, cuando el litigio comparece ante la jurisdicción de otro Estado, esto es, ante otro poder jurisdiccional que obtiene su legitimidad y fuerza de otro poder estatal. Éste es el caso del recurso extraordinario para ante la CSJN, que supone la necesidad de invocar razones derivadas del orden jurídico federal para negar autoridad a la sentencia emanada de un Estado local o autónomo integrado a la Nación. En este caso es racional suponer, no sólo por razones teóricas, sino, principalmente, por la experiencia práctica (especialización, fijación de domicilio en otro lugar, etc.), el comienzo de un nuevo asesoramiento letrado que debe ser apreciado autónomamente, con independencia de la actuación de los asesores anteriores que defendieron el litigio por la parte ante el Poder Judicial de un Estado local. Lo mismo sucedería de trasferirse el litigio del Poder Judicial de un Estado local al de otro Estado local, por ejemplo, por razones de competencia judicial. Prueba de ello se obtiene de la propia legislación al respecto, que puede variar y recibe su fuerza de ley de otro Estado, en las hipótesis planteadas.

En el caso, como se trata de la autonomía de regulación del recurso extraordinario federal, mi opinión —por cierto dubitatiba—, desemboca en la misma solución que aquella propuesta por los jueces mencionados, razón por la acual apruebo el dispositivo.

Por lo demás, los criterios para fijar en unidades monetarias la labor de los abogados actuantes, que contiene el voto de la señora jueza del trámite, son correctos, por lo que me adhiero a la solución y a los fundamentos por ella expresados.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Regular* los honorarios de los abogados Bernardo Shaw de Estrada, Juan Carlos Cassagne y Pablo J. Piccoli, por su intervención conjunta ante este Tribunal, en la suma de $ 12.500 (pesos doce mil quinientos) más el IVA, si correspondiere, por la actuación que desarrollaron en el recurso de inconstitucionalidad.

2º. *Regular* los honorarios de los abogados Bernardo Shaw de Estrada y Juan Carlos Cassagne por su intervención conjunta ante este Tribunal, en la

suma de $ 12.500 (pesos doce mil quinientos) más el IVA, si correspondiere, por la actuación que desarrollaron en el recurso extraordinario federal.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y se devuelva a la Cámara remitente.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 2— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'SAAVEDRA, WALTER ERNESTO S/INFR. ART. 81 DEL CC —OFERTA Y DEMANDA DE SEXO EN ESPACIO PÚBLICO—'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Proceso contravencional y de faltas. Atribución para interponer recurso de inconstitucionalidad. Proceso penal.

SUMARIOS:

1. En el marco de un proceso contravencional, el art. 53, ley 12, como regla general, no concede al fiscal, en su rol de acusador, posibilidad alguna de recurrir ante el Tribunal Superior por vía del recurso de inconstitucionalidad y, derivado de ello, tampoco por la vía de la queja (incs. 4º y 5º del art. 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ya que de la letra de ese artículo surge claramente que el único habilitado es el contraventor. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

2. Los integrantes del Ministerio Público Fiscal no tienen posibilidad de acudir ante este Tribunal por medio de un recurso de inconstitucionalidad —o de la correspondiente queja— cuando se trata de una causa contravencional, pues la ley procesal y específica que gobierna la materia no los habilita para hacerlo, sino que sólo confiere esa posibilidad al contraventor (art. 53, ley 12), restricción que opera tanto cuando la Fiscalía pretende recurrir a favor o cuando lo haga en contra de él. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. El hecho de que la ley procesal conceda al agente fiscal un recurso de apelación (art. 51, ley 12) contra la sentencia de primera instancia —sea absolutoria o condenatoria— y no le reconozca la posibilidad de deducir un recurso de inconstitucionalidad (art. 53, ley 12) contra la sentencia de cámara

no lesiona garantía alguna y es una cuestión de política legislativa meramente local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. El art. 268 de la ley 2303 otorga a los representantes del Ministerio Público Fiscal, sin distinguir su grado o jerarquía, la potestad para recurrir siempre a fin de controlar la legalidad del procedimiento, cualquiera que fuere el alcance que en su momento corresponda dar a esta expresión, e incluso para recurrir en favor del imputado, pero dicha disposición ha sido instaurada para un universo de conductas ilícitas que revisten mayor entidad y trascendencia, esto es, para los delitos y no para las contravenciones o las faltas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Cabe rechazar el recurso de queja si los agravios postulados contra la sentencia que resolvió declarar la nulidad del procedimiento y ordenar su archivo en función de la manifiesta atipicidad de la conducta endilgada en los términos del art. 81 del CC (oferta y demanda de sexo en espacios públicos), no ponen en juego cuestión federal alguna. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Cabe rechazar el recurso de queja cuando los planteos formulados remiten exclusivamente al análisis del modo en que los jueces de la causa interpretaron y aplicaron normas de derecho local (v. gr. arts. 45 y 81 del CC de la CABA —ley 1472—), materia ajena, por regla, al control extraordinario federal previsto en el art. 14 de la ley 48. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Según las reglas del procedimiento contravencional, ley 12, la fiscalía no está habilitada para interponer recurso de inconstitucionalidad, porque las garantías del procedimiento penal (contravencional en el caso), al menos hasta ahora, abarcan sólo al imputado y no al Estado. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 6230/08 - 12/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El juez de primera instancia rechazó el acuerdo de suspensión del proceso a prueba celebrado entre la defensa y la fiscalía (fs. 15/16). Esa decisión fue apelada por ambas partes (fs. 17/20 y 22/25). La Cámara, al momento de resolver el recurso de apelación, declaró la nulidad del procedimiento que dio origen a la causa y ordenó el archivo de las actuaciones (fs. 36/42).

2. Contra esa decisión la señora fiscal ante la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 44/46) que, al ser denegado por la Sala I (fs. 49/51), motivó la articulación de esta queja (fs. 53/60).

En esta presentación directa, la recurrente solicita "se declare el efecto suspensivo de la interposición de la presente queja, conforme lo dispuesto en el art. 33 de la ley 402, todo ello a efectos de que no se torne abstracto el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto" ni la reserva de caso federal realizada (fs. 59 vta.).

3. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, mantuvo el recurso deducido (fs. 64/69).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

Al margen de las razones por las que se convocara al Acuerdo en esta causa (véase punto 2 del resulta, segundo párrafo), la queja presentada por la señora Fiscal de Cámara debe ser rechazada. La recurrente argumenta que el Ministerio Público Fiscal estaría legitimado para articular el recurso de inconstitucionalidad oportunamente intentado y, consecuentemente, esta presentación directa ante el Tribunal. Sostiene, para fundar su legitimación procesal, la aplicación supletoria del art. 268 del CPPCBA en el caso —art. 6º de la ley 12—, debido a que se presenta ante el Tribunal con el fin de "controlar la legalidad del procedimiento", de conformidad a la función constitucional otorgada por el art. 125 de la CCBA (conf. fs. 55 y 60).

Si bien la recurrente reconoce que la jurisprudencia del Tribunal niega al Ministerio Público Fiscal la posibilidad de recurrir ante esta instancia, entiende que algunos de sus integrantes la admiten cuando se encuentran configurados "supuestos de excepción" o "se desarrollen razones que justifiquen apartarse del criterio general" (con cita de los votos de mis colegas, doctores Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz *in re* "Ministerio Público —Fiscal de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Santana, Ángel Martín s/inf. art. 85, CC —portar armas no convencionales en la vía pública sin causa que lo justifique— apelación'", expte. n° 6065/08, resolución del 24/9/2008).

Ante este planteo he de señalar, conforme lo sostuviera en el fallo citado precedentemente, entre tantos otros, que cuando se trata de un proceso contravencional, el art. 53, ley 12, como regla general, no concede al Fiscal, en el marco de su rol de acusador, posibilidad alguna de recurrir ante el Tribunal Superior por vía del recurso de inconstitucionalidad y, derivado de ello, tampoco por la vía de la queja (incs. 4º y 5º del art. 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ya que de la letra de ese artículo surge claramente que el único habilitado es el contraventor (...) (véase mis votos *in re* "Rodríguez, Paulo Federico y Ball, Gustavo Matías s/art. 78 —carreras en la vía pública— s/recurso de queja", expte. n° 110/99, resolución del 22/10/1999, en *Constitución y Justicia* [Fa-

llos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 570 y ss. y "Pariasca, Lucio León Eloy s/art. 47 s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 339/00, resolución del 5/9/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 247 y ss.). En ese sentido, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, quien no expuso razones que justifiquen el supuesto de excepción al que se refiere, la cuestión ha sido regulada por el legislador local de forma autosuficiente al establecer la cláusula de cerramiento mencionada precedentemente, con lo que no resulta de aplicación al caso lo previsto por el legislador local para el procedimiento penal en el art. 268, CPPCBA.

Lo expuesto basta para afirmar que la vía intentada —en función del sujeto procesal que se vale de ella— no puede habilitar la intervención de este Tribunal.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Tal como lo desarrolla el doctor Casás, a cuyo voto adhiero, la queja interpuesta debe ser rechazada. Los integrantes del Ministerio Público Fiscal no tienen posibilidad de acudir ante este Tribunal por medio de un recurso de inconstitucionalidad —o de la correspondiente queja— cuando se trata de una causa contravencional, pues la ley procesal y específica que gobierna la materia no los habilita para hacerlo, sino que sólo confiere esa posibilidad al "contraventor" (art. 53, ley 12). En mi concepto, tal restricción opera tanto cuando la Fiscalía pretenda recurrir a favor o cuando lo haga en contra del contraventor. Si bien la recurrente intenta argumentar que aquí concurre una "cuestión federal" que eventualmente podría provocar el conocimiento de la CSJN, lo cierto es que la demostración concreta de ese extremo excepcional —demostración que, por cierto, entiendo de gran complejidad argumentativa en este tipo de procesos— no aparece desarrollada apropiadamente en esta presentación y no ha sido seriamente cuestionada la constitucionalidad de la limitación recursiva por ese motivo (*Fallos*, 312:627; 314:916; 324:1733).

Las cuestiones que suelen suscitarse en todo proceso contravencional, en general, remiten al examen de problemas que por su naturaleza común o local resultan extraños al remedio extraordinario federal, pues el respeto de las autonomías locales exige que se reserve a los jueces de la jurisdicción el conocimiento de las causas que versan —en lo sustancial, como en autos— sobre aspectos propios de la jurisdicción local (*Fallos,* 292:625). Las normas procesales en materia contravencional son normas locales y es lógico que el derecho local resulta autónomo, mientras no lesione una garantía prevista a favor del condenado —todavía inexistente en el caso—, para decidir cuántos recursos y qué tipo de recursos pueden interponer los diferentes actores del procedimiento. En consecuencia, el hecho de que la ley procesal conceda al

agente Fiscal un recurso de apelación (art. 51, ley 12) contra la sentencia de primera instancia —sea absolutoria o condenatoria— y no le reconozca la posibilidad de deducir un recurso de inconstitucionalidad (art. 53, ley 12) contra la sentencia de cámara "no lesiona garantía alguna y es una cuestión de política legislativa meramente local" (véase voto que suscribiera junto a los doctores Maier y Ruiz, *in re*, "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional [y de Faltas]— s/queja por recurso de queja denegado en 'Otero, Matías Alejo y otros s/art. 41, CC [ley 10] —apelación—'", expte. nº 2580/03, sentencia del 11/2/2004), cuyo acierto no ha sido seria y debidamente controvertido con sustento en la Constitución local o nacional.

Nada de lo anterior ha sido modificado por el art. 268, ley 2303. Tal disposición general otorga a los representantes del Ministerio Público Fiscal, sin distinguir su grado o jerarquía, la potestad para "recurrir siempre a fin de controlar la legalidad del procedimiento", cualquiera que fuere el alcance que en su momento corresponda dar a esta expresión, e incluso para recurrir "en favor" del imputado, pero, en lo que ahora importa, dicha disposición ha sido instaurada para un universo de conductas ilícitas que revisten mayor entidad y trascendencia, esto es, para los delitos y no para las contravenciones o las faltas. Así lo he entendido implícitamente en otro expediente, como jueza de trámite, cuando exigí la presentación de copias y ordené correr vista al señor Fiscal General para que se expidiera acerca del mantenimiento del recurso y los agravios presentados por su inferior en grado (conf. art. 29, incs. 1º y 3º, ley 1903, en autos "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Montiel, Sergio Leonardo s/inf. art. 189 bis, C.P.'", expte. nº 6179, pendiente de resolución). Ello fue así, pues el art. 28, ley 402, no distingue entre los sujetos que pueden recurrir y los que no y, aunado a ello, en materia penal el legislador ha sido claro al regular de manera expresa otra "regla general" según la cual "[c]uando la ley no distinga entre las diversas partes, todas podrán recurrir" (art. 267, ley 2303). Ninguna duda cabe que la Fiscalía es una de las "partes interesadas" y, en principio, se encuentra legitimada para acudir ante este estrado en los supuestos previstos por la ley.

En esta causa, por lo contrario, resulta innecesario evaluar la posición asumida por la Fiscalía General, pues es claro que no puede mantenerse o desistirse un recurso o una petición que, en definitiva, no se está habilitado a articular ("Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Tenenmbaum, Gladys Paulina y Markoff, Marta S. s/arts. 47 y 72, CC'", expte. nº 1987, sentencia del 26/3/2003; o más recientemente "Ministerio Público —Fiscal de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas— s/queja

por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Santana, Ángel Martín s/inf. art. 85, CC (portar armas no convencionales en la vía pública sin causa que lo justifique) —apelación—'", expte. nº 6065/08, sentencia del 24/9/2008).

Corresponde rechazar formalmente esta presentación.

El juez Luis F. Lozano dijo:

La presente queja ha sido interpuesta por la señora fiscal de cámara quien, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal según la cual el Ministerio Público Fiscal no se encuentra legalmente habilitado, en materia contravencional (art. 53 de la ley 12), para interponer recursos de inconstitucionalidad y su consecuente queja, sostiene que se configura en el caso un supuesto de excepción por existir cuestión federal suficiente que habilita el acceso a la CSJN "desde que se ha puesto en crisis la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal, órgano con autonomía funcional, cuya función es 'promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República" (fs. 54 vta.).

Sin embargo, los agravios postulados contra la sentencia que resolvió declarar la nulidad del procedimiento y ordenar su archivo en función de "la manifiesta atipicidad de la conducta endilgada" en los términos del art. 81 del CC (oferta y demanda de sexo en espacios públicos), no ponen en juego cuestión federal alguna (conf. mi voto *in re* "Lemes, Mauro Ismael s/inf. art. 189 bis C.P. —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 4602/05 "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lemes, Mauro Ismael s/infracción art. 189 bis C.P. —apelación—'", expte. n° 4603/05, sentencia del 19/7/2006). En realidad, los planteos formulados remiten exclusivamente al análisis del modo en que los jueces de la causa interpretaron y aplicaron normas de derecho local (v. gr. arts. 45 y 81 del CC de la CABA —ley 1472—), materia ajena, por regla, al control extraordinario federal previsto en el art. 14 de la ley 48.

Por otra parte, es evidente que los remedios procesales intentados por el Ministerio Público Fiscal, en las ya reseñadas circunstancias de autos, no pueden ser considerados como articulados en beneficio del Sr. Saavedra.

Finalmente, el recurrente no expone las razones, ni ellas surgen de modo manifiesto, que por su gravedad y consecuencias podrían llevar a una conclusión que se aparte de las previsiones establecidas en el art. 53 de la ley 12.

En consecuencia, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 53/60.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Según las reglas del procedimiento contravencional, ley 12, la fiscalía no está habilitada para interponer recurso de inconstitucionalidad.

Es fácil imaginar por qué no tiene ese recurso: simplemente porque las garantías del procedimiento penal (contravencional en el caso), al menos hasta ahora, abarcan sólo al imputado y no al Estado. De tal manera, ninguna cuestión federal puede existir para el Ministerio Público, representante estatal de la persecución penal. Por ese motivo, voto por rechazar la queja sin más trámite. El propio rechazo de la queja me obliga a rechazar, también, la solicitud de que se declare el efecto suspensivo de la interposición de la queja.

Por ello, emitido el dictamen del señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 53/60.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

La jueza Alicia E. C. Ruiz no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

En similar sentido se resolvió en la causa n° 6261/08 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Muñiz, Claudio Daniel s/infr. art. 111, CC'", también del 12/2/2009.

XIX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'SADA MANZINI, MARÍA INÉS C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESPONSABILIDAD MÉDICA)'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Cuestiones de hecho y de derecho infraconstitucional. DAÑOS Y PERJUICIOS. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO: Presupuestos. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Cabe admitir el recurso de queja y considerar el de inconstitucionalidad, ya que si bien es potestad privativa del *a quo* en su papel de juez de la

causa, establecer si determinadas pretensiones o defensas han quedado abandonadas, la falta de contestación de agravios por parte del GCBA no lo exime automáticamente de su deber de fundar la condena, o en su caso demostrar que los aspectos fácticos no eran relevantes para la solución del pleito, en el que la complejidad de la cuestión debatida imponía un desarrollo más serio en torno a la relación trazada entre los daños provocados por la lluvia y el sistema de drenajes y sumideros. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José A. Casás)*

2. La sentencia impugnada omitió considerar aspectos de hecho y derecho imprescindibles para justificar la procedencia de la indemnización acordada; no desarrolló las razones que llevaron al *a quo* a tener por configuradas las hipótesis contempladas en los arts. 1112 y 1113 del Cód. Civil invocadas, ni brindó los motivos que permitan establecer si la inundación que ocasionó los daños configura un supuesto abarcado por la noción legal de "caso fortuito". *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José A. Casás).*

3. Los presupuestos que deben verificarse ante las diferentes hipótesis que pueden suscitar la responsabilidad del Estado no son siempre iguales entre sí, aunque algunos resulten comunes a todas ellas, como el daño y la relación de causalidad, por lo que cuando se persigue o acuerda una reparación originada en la ilegítima acción estatal, será menester probar como requisito distintivo, la antijuridicidad del acto, hecho u omisión generador del daño; en cambio cuando la obligación de reparar provenga de una actividad lícita del estado, se deberá acreditar la existencia de un sacrificio especial de un sector en beneficio del bien común, así como la relación inmediata y exclusiva entre el obrar lícito y el daño reclamado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José A. Casás).*

4. La línea de pensamiento adoptada por el fallo recurrido parece postular una yuxtaposición de diversos supuestos de responsabilidad, en tanto alude a la hipótesis de falta de servicio (art. 1112 del Cód. Civil), a la contemplada en el art. 1113 del Cód. Civil, y finalmente al caso de responsabilidad por actividad lícita, pero no logra en tal contexto formular, para ninguna de las hipótesis enunciadas, un análisis de los presupuestos de responsabilidad que resulte completo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José A. Casás)*

5. La sentencia cuestionada presenta un fundamento aparente que conduce a descalificarla como decisión jurisdiccional válida, al otorgar un tratamiento promiscuo a los presupuestos que fundan la responsabilidad del estado, que se desentiende del hecho que la genera y concluye neutralizando los unos con los otros. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José A. Casás).*

Expte. nº 6022/08 - 18/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. María Inés Sada Manzini inició una demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA), en reclamo del resarcimiento de los daños y perjuicios que le habría ocasionado en el inmueble y muebles de su propiedad la inundación producida a raíz del temporal acaecido el 24/1/2001. Consideró que el temporal no fue excepcional ya que eran frecuentes las inundaciones en la Ciudad, que la red de desagües de la ciudad se veía afectada por el aumento de la construcción de nuevos sumideros, la falta de limpieza y taponamiento de los ya existentes, por la falta de control en el estacionamiento de vehículos y por la deficiente recolección de la basura realizada por las empresas encargadas de ello, según lo sostuvo un informe de la Defensoría del Pueblo; que, por otra parte, mencionó la existencia de pliegos para el llamado a licitación pública destinada a la ejecución de tareas correspondientes a la reparación, mantenimiento y limpieza de la red pluvial de la ciudad de Buenos Aires, cuyo proceso se había suspendido. Frente a ello, concluyó en que las consecuencias de las inundaciones constituyen hechos previsibles e indicó que las autoridades del GCBA se comprometieron a solucionar el problema en distintas oportunidades. En este mismo sentido la actora afirmó que en el particular la responsabilidad del GCBA en los daños producidos a raíz de la negligencia, improvisación e impericia de los funcionarios responde al deber de guardián de las cosas del dominio público y sólo podría excusarse si acreditara que el hecho se produjo por un hecho extraño o fuerza mayor que no pueda serle imputable. Finalmente, señaló los daños pretendidos (reparaciones del inmueble, pérdidas irreparables, gastos efectuados después de la inundación y daño moral), efectuó una liquidación de sus montos y ofreció prueba.

A fs. 65/67 la actora amplió la prueba ofrecida.

2. El GCBA contestó la demanda y manifestó que en la fecha indicada por la actora se produjo una tormenta de carácter extraordinario que superó los valores históricos para precipitaciones registrados en la ciudad. Expresó que por el volumen de las precipitaciones de enero de 2001, debía interpretarse que tal evento resultaba un hecho ajeno a ella, imprevisible e inevitable, por lo que constituía un caso fortuito. En cuanto al reclamo patrimonial, señaló que la actora percibió en carácter de ayuda para mitigar los daños sufridos- la suma de mil seiscientos veinte pesos, en concepto de subsidio. Luego, la demandada rechazó los rubros resarcitorios solicitados, en virtud de que ellos constituían

una *plus petitio* inexcusable e indicó que las liquidaciones efectuadas por la demandante resultaban confusas.

3. La sentencia de primera instancia rechazó la demanda con costas. En lo que ahora interesa, señaló que las partes estaban "de acuerdo en la existencia de los hechos sucedidos —la tormenta y la inundación—, pero disienten en cuanto a la posibilidad de imputación de responsabilidad del Estado local, a la relación de causalidad y a la magnitud de los daños". Puso de resalto que las pruebas producidas por la actora "tenían como objetivos demostrar únicamente la existencia del daño pero en modo alguno ofrecieron, ni se produjo en autos prueba alguna, tendiente a demostrar que dichos daños hubieran sido producidos por la conducta (en sentido amplio, comprensiva de actos y omsiones) de la demandada". Dio relevancia al informe al Servicio Meteorológico Nacional que indicó que la tormenta de esa fecha fue "muy intensa con un récord de precipitación" (fs. 208/209), lo que demostraría que superó los parámetros normales de precipitaciones. El juez también indicó que la carga de la prueba de los hechos constitutivos del derecho invocado por la actora pesaban sobre ella, así como sobre el GCBA la de los hechos impeditivos, extintivos o modificatorios que opuso en su defensa. Luego de ello afirmó "si bien es cierto que la actora adjuntó suficiente prueba del daño sufrido, no ha aportado elemento alguno que tienda a demostrar que dichas lesiones fueron producto de la falta de cumplimiento de un deber jurídico de la demandada. En efecto, ni siquiera hace falta adentrarse en el examen de la prueba de las eximentes de responsabilidad invocadas por la Administración (caso fortuito y fuerza mayor), en tanto la carga probatoria de tales extremos se invierte en la medida en que la actora hubiera acreditado la antijuridicidad de la omisión alegada. Y no puede invocarse la dificultad de acceder a dichas pruebas pues la actora desistió de la prueba pericial de ingeniería hidráulica y quizás un pedido de informe sobre las condiciones de los sumideros, hubiera resultado esclarecedor de la cuestión planteada". El juez agregó que "[e]n el caso, más que los daños sufridos, la actora debió demostrar que de haberse realizado las obras hidráulicas invocadas, el resultado desgraciado se hubiera evitado o disminuido". Además la sentencia estableció que el pago del subsidio para afrontar los daños acaecidos por la tormenta "no implica el reconocimiento de la responsabilidad que, en estos autos, no ha podido endilgarse al Gobierno de la Ciudad. Insisto: de las pruebas aportadas surge que efectivamente se ha producido la inundación que motivó la presente demanda, así como los daños sufridos por la actora (pericia técnica); pero tales constancias no resultan suficientes para probar, en el caso, que exista una relación de causalidad entre la conducta del Gobierno de la ciudad y los daños sufridos por la actora".

4. La actora apeló la sentencia y expresó agravios (fs. 318 y 325/335 vta., autos principales). El GCBA no contestó el traslado de la expresión de agravios (véase fs. 340/341).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario dispuso "revocar la sentencia de grado y, en consecuencia, hacer lugar parcialmente a la demanda condenando al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires al pago de cuarenta y tres mil seiscientos ochenta pesos ($ 43.680) más los intereses...".

En cuanto importa a los fines de la queja, la Sala señaló que "frente al rechazo de la demanda, los agravios de la actora se centraron en que no se tuvo por acreditada la existencia de causalidad entre la conducta del estado y los daños sufridos. (...) Ahora bien, como surge del relato de los hechos efectuado, no se encuentra en discusión en estos autos ni la tormenta del 24 de enero de 2001 ni la inundación acaecida. La demandada a fs. 79 reconoció que las circunstancias climáticas de ese día: '...provocaron el desborde tanto del emisario principal del arroyo Vega como de varios conductos secundarios, siendo la directa consecuencia de lo expuesto el anegamiento de muchas de las calles ubicadas en el radio de influencia del arroyo.' A fs. 84 vta. afirma que la vivienda de la actora se encuentra próxima al emisario mencionado. Continuó diciendo que: 'Lo que ha sucedido, es que el temporal al sobrepasar su capacidad de absorción y conducción, impidió el drenaje, produciendo en general un anegamiento importante, ingresando en consecuencia, agua procedente de la vía pública a los sótanos, lo cual no pudo ser conducida por la red pluvial...' (fs. 79). Tales circunstancias no son novedosas para esta Sala, pues se ha pronunciado en casos análogos por la responsabilidad del gobierno (...). El fundamento no es otro que la omisión de mantener en buen estado de uso y conservación las calles y caminos que se encuentran bajo su custodia, de acuerdo a lo previsto en los arts. 2340, inc. 7º del Cód. Civil y 2º de la ley 19.987".

Luego, a partir del "análisis de la carga dinámica de la prueba" consideró que "quien se encontraba en mejores condiciones de probar que la inundación no respondió a la falta de obras hídricas era el Gobierno de la Ciudad (...) quien no lo hizo, así como tampoco introdujo cuestiones o aportó pruebas que permitan reconsiderar, menos modificar, la postura que ya tomó esta Sala en los precedentes mencionados".

Con cita de un pronunciamiento anterior de ese tribunal —"Consorcio de Propietarios Olazábal 2546/50"— la Sala afirmó que "la inundación del día 24/1/2001 no constituyó un hecho imprevisible —lo que descarta, claro está, el caso fortuito invocado— sino que resultó producto de la insuficiencia del sistema de drenaje de aguas. Incurrió así el gobierno local en una omisión antijurídica en tanto no cumplió con la obligación de adoptar las medidas de precaución necesarias para evitar que las precipitaciones causen la inundación por la que se

reclama (...) En consecuencia, debe concluirse que la omisión del deber estatal en procurar sistemas de drenaje eficaces y eficientes ha funcionado como causa adecuada del daño sufrido por la actora. No puede dejar de advertirse, además, que el daño es indemnizable, tal como lo sostuvo esta Sala en los precedentes mencionados, por el carácter del estado local de dueño o guardián de las calles públicas, dado que de acuerdo al art. 1113, 2º párr. del Cód. Civil, existe un deber objetivo de que las cosas no se tornen riesgosas ni se constituyan en fuente de daños para los ciudadanos. Así, toda vez que la inundación fue apta para deteriorar el inmueble por el que se reclama y no mediando en autos razón alguna que permita liberar al gobierno de su responsabilidad —culpa de la víctima o de un tercero por quien no se deba responder—, existe el deber del estado de resarcir".

5. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad contra esa sentencia (fs. 37/47, corresponde a fs. 369/379 de los autos principales). Señaló en su escrito que la sentencia es arbitraria: "es autocontradictoria y ha omitido considerar cuestiones significativas para la correcta solución de la causa" (fs. 41 vta.).

En particular impugna la sentencia porque no tuvo en cuenta el marco normativo (art. 514, Cod. Civil) que rige la noción de caso fortuito o fuerza mayor y los requisitos para que él se configure; y porque no consideró el informe del Servicio Meteorológico de la Nación, del que surge que la tormenta que dio lugar a la inundación tuvo carácter extraordinaria (fs. 42, 42 vta., fs. 45). Agregó que la Cámara encuadró el caso en el art. 1112 Cód. Civil aunque la actora no probó que el GCBA incurriera en falta de servicio (fs. 46 vta., fs. 45). Plantea que tales omisiones afectaron el derecho de defensa de su parte (fs. 42, 42 vta., 43), su derecho de propiedad (fs. 42) y el principio republicano (fs. 42 vta.).

La actora contestó el recurso y solicitó su rechazo por no plantear el GCBA un caso constitucional (fs. 381/388, autos principales).

La Sala declaró inadmisible el recurso (fs. 49/50, corresponde a fs. 390/391 de los autos principales). Sostuvo que "de los términos de la sentencia recurrida resulta que, en lo sustancial, las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión en ella quedaron circunscriptas a la interpretación de cuestiones de hecho y prueba referidas a los daños sufridos por la actora con motivo de una inundación. Para arribar a la solución adoptada fueron evaluados los hechos litigiosos y la prueba aportada, pasando luego a brindar los fundamentos y su correspondencia con las normas legales interpretadas, citadas y aplicadas. En síntesis, todas cuestiones relativas a los hechos, su prueba y adecuación de las normas legales aplicables al caso. La circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara sobre reglas de derecho común, y sobre la valoración de la prueba, no significa que la sentencia se torne

infundada y, por ende, arbitraria, ni tampoco pone de manifiesto la existencia de un caso constitucional". Y que "la mención de que se habrían vulnerado los derechos de defensa en juicio, de propiedad y el principio de división de poderes no es fundamento suficiente para configurar un caso constitucional, si dicha afirmación no tiene una relación directa e inmediata con la materia decidida y debatida en la causa".

6. Contra la denegatoria, el GCBA interpuso la presente queja (fs. 52/62).

Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto sostuvo: "el recurrente intenta demostrar que el análisis efectuado por el tribunal sobre las circunstancias fácticas y las pruebas producidas en autos, es constitucionalmente reprochable. Sin embargo del decisorio no surge que éste sea carente de fundamento o basado solamente en la voluntad de los sentenciantes. El hecho de que su actividad se oriente en una dirección contraria a los intereses del agraviado no importa afectación de derechos constitucionales, ni habilita a calificar al fallo de arbitrario". Consideró, asimismo, que "...las cuestiones alegadas por el demandado en sustento de los recursos de inconstitucionalidad y de queja, no habilitan —en principio— su tratamiento por ante esta instancia extraordinaria, pues los argumentos expuestos no logran conectar aquellas cuestiones con las infracción a las normas y principios constitucionales invocados". Por ello, propicia que el Tribunal rechace la queja deducida por el demandado (fs. 69/70 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de queja del GCBA critica el auto denegatorio dictado por la alzada y efectúa planteos de naturaleza constitucional vinculados con la afectación del derecho de defensa. En ese sentido, demuestra que la Sala II CAyT condenó a la demandada como responsable de los daños que originaron el pleito, sin analizar los presupuestos propios de la obligación que impuso. Tal como señala el GCBA, la sentencia impugnada omitió considerar aspectos de hecho y derecho imprescindibles para justificar la procedencia de la indemnización acordada.

El deber de fundar la condena en cuestión o, en su caso, demostrar que los aspectos fácticos (informe del Servicio Meteorológico) y jurídicos (v. gr. art. 514 del Cód. Civil) omitidos no eran relevantes para la solución del pleito, subsiste pese a que el GCBA no contestara los agravios desarrollados por la actora contra la sentencia de primera instancia que había rechazado la demanda. Ello así porque, aun cuando es potestad privativa del *a quo*, en su papel de juez de la causa, establecer si determinadas pretensiones o defensas han quedado

abandonadas, no lo es fundar la decisión de no tratarlas, y más aún cuando, como en el caso, resolvió no hacerles lugar y transformar un rechazo de demanda en una sentencia estimativa (conf. mi voto *in re* "Compañía Papelera Sarandí SACIIA c/GCBA s/impugnación de actos administrativos s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado expte. nº 5331/07 "Compañía Papelera Sarandí SACIIA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Compañía Papelera Sarandí SACIIA c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 5335/07, sentencia del 6/11/2007). En ese supuesto, la falta de contestación de agravios por parte del GCBA no exime automáticamente al *a quo* de su deber de fundar la condena y analizar los puntos tratados por la sentencia que se revocaba a partir de las constancias de la causa.

Con ese alcance, la queja debe ser admitida y el recurso de inconstitucionalidad, considerado.

2. Al emitir la sentencia que condenó al GCBA, la Sala II CAyT sostuvo que "no se encuentra en discusión en estos autos ni la tormenta del 24/1/2001 ni la inundación acaecida (...) a diferencia de lo sostenido por el *a quo*, quien se encontraba en mejores condiciones de probar que la inundación no respondió a la falta de obras hídricas era el Gobierno de la Ciudad (conf. 'González, Matilde', citado) quien no lo hizo, así como tampoco introdujo cuestiones o aportó pruebas que permitan reconsiderar, menos modificar, la postura que ya tomó esta Sala en los precedentes mencionados. Tal como fuera sentenciado por este Tribunal en el caso citado 'Consorcio de Propietarios Olazábal 2546/50', sustancialmente análogo al presente, la inundación del día 24/1/2001 no constituyó un hecho imprevisible —lo que descarta, claro está, el caso fortuito invocado— sino que resultó producto de la insuficiencia del sistema de drenaje de aguas" (sin destacar en el original). Por ello, concluyó que "(...) la omisión del deber estatal en procurar sistemas de drenaje eficaces y eficientes ha funcionado como causa adecuada del daño sufrido por la actora" (fs. 356 de los autos principales).

Sin embargo, la sentencia no indica cuál es la prueba que acredita la falta de servicio imputada o cómo tuvo por acreditado el supuesto contemplado en el art. 1113 que se invocó para atribuir responsabilidad al demandado (fs. 355/356 de los autos principales). En este sentido, si bien el *a quo* parece haber estimado que la inundación generadora de los daños reclamados evidenciaba, por sí, la insuficiencia del sistema de drenaje, omitió confrontar esa conclusión con el informe del Servicio Meteorológico obrante a fs. 208 y a partir de eso desarrollar las razones que lo llevaron a tener por configurada las hipótesis contemplados en los arts. 1112 y 1113 que invocó o, en su caso, a rechazar la existencia de alguno de los supuestos de exención de responsabilidad contemplados en las normas aplicadas (arts. 514 y 1113 del Cód. Civil).

El déficit apuntado no es menor pues el *a quo* no brindó motivos que permitan asumir que, establecer si la inundación que ocasionó los daños configura (o no) un supuesto abarcado por la noción legal de "caso fortuito", resultara irrelevante para la suerte del proceso.

A su vez, en la sentencia se dijo que "probar que la inundación no respondió a la falta de obras hídricas" correspondía al GCBA. Sin embargo, para arribar a esa conclusión soslayó confrontar el valor de las afirmaciones del GCBA, según las cuales en el año 1999 se realizaron obras de ampliación de la red pluvial en la zona y que ningún sistema resultaría suficiente frente a la magnitud del fenómeno climático registrado el 24/1/2001 (fs. 78 vta. de los autos principales), con la decisión de la parte actora de desistir el peritaje sobre desagües y sumideros oportunamente ofrecido al demandar. Desistimiento que se formuló sin explicar cuál era la dificultad, si es que ella existía, para producir el peritaje o, en su caso, un informe relativo al estado de drenajes y sumideros como se indicó en el fallo de primera instancia (fs. 312). El escueto fundamento de la sentencia recurrida, que remite a otro fallo cuya copia no se ordenó agregar a este pronunciamiento, impide al Tribunal considerar si la motivación in aliunde resultaba o no suficiente para responder a los planteos del GCBA, de acuerdo a las particularidades de esta causa.

3. En este sentido, la complejidad de la cuestión debatida imponía un desarrollo más serio en torno a la relación trazada entre los daños provocados por la lluvia y el sistema de drenaje y sumideros. La demora del escurrimiento de las aguas que ingresaron en el inmueble de la actora quedó ligada, en el pronunciamiento atacado, a la supuesta insuficiencia de la infraestructura mencionada sin que se hubiera explicado cómo se probó el punto. Por una parte, no hay desarrollo alguno que muestre cuál hubiera sido el resultado con un sistema de mayor volumen si, en ese tema, se analiza el efecto que puede provocar un conducto con más capacidad pero que, por sus características, al tiempo que aumenta la cantidad de liquido capaz de desagotar, también incrementa el volumen que puede transitar en sentido inverso por crecidas del curso de agua en el que desemboca la instalación. Por otra, tampoco se mencionó siquiera la influencia que para la producción del daño pudo tener la ubicación del inmueble, su construcción en términos que valoren su diseño y la capacidad para generar la acumulación de agua, por sí, o combinada con las edificaciones linderas. Es cierto, claro, que el mayor o menor desarrollo de los tópicos antes enunciados a modo de ejemplo, depende del marco legal definido para resolver el pleito; aspecto que trataré en lo que sigue.

4. En efecto, en relación con el encuadre jurídico bajo el cual la Sala II analizó el supuesto de responsabilidad del estado objeto de autos, cualquiera sea el acierto o error en el punto, el GCBA señala que "(...) la Excma. Cámara

encuadró su pronunciamiento dentro de las normas del art. 1112, Cód. Civil y omitió que la actora no probó que mi representada incurrió en falta de servicio" (fs. 378 de los autos principales).

Al respecto, conviene señalar que los presupuestos que deben verificarse ante las diferentes hipótesis que pueden suscitar la responsabilidad del estado, no son siempre iguales entre sí, aunque algunos resulten comunes a todas ellas (v. gr. daño, imputabilidad y relación de causalidad). Por tanto, cuando se persigue o acuerda una reparación originada en el obrar ilegítimo del estado será menester probar, como requisito distintivo, la antijuricidad del acto, hecho u omisión generador del daño. En cambio, cuando la obligación de reparar provenga de una actividad lícita del estado, se deberá acreditar la existencia de un sacrificio especial de un sector, en beneficio del bien común, así como la relación inmediata y exclusiva entre el obrar lícito y el daño reclamado (*Fallos,* 312:2022). A su vez, la extensión de la reparación no siempre será idéntica porque, por ejemplo, la responsabilidad contractual restringe, por regla, los rubros indemnizables, si se la compara con la originada en obligaciones nacidas de una relación extracontractual; extensión que también puede mermar según que se trate del obrar legítimo o ilegítimo del estado (v. gr. LPACABA, arts. 18, 9 ley 238 y art. 122, ley 2095).

A este respecto, el fallo impugnado señala que en supuestos como el de autos la responsabilidad del estado encuentra sustento en "(...) la teoría del sacrificio especial y la igualdad ante las cargas públicas, porque los arts. 4º y 16 *in fine* de la C.N. determinan que las contribuciones exigidas a los habitantes deben ser equitativas y proporcionales. Si se produce un sacrificio especial por el acto legítimo o ilegítimo de cualquier órgano, debe restablecerse la igualdad de todos los habitantes a través de una indemnización, que estando a cargo del Estado, generalice el sacrificio especial que se ha exigido al damnificado" (fs. 355 de los autos principales).

La presentación unificada del fenómeno de la responsabilidad que formula el *a quo*, al margen de la opinión que pudiera suscitar, impone señalar algunas cuestiones. La línea adoptada por el fallo parece postular una yuxtaposición de diversos supuestos de responsabilidad, en tanto alude a la hipótesis de falta de servicio (art. 1112 del Cód. Civil), a la contemplada en el art. 1113, también del Cód. Civil y, finalmente, al caso de responsabilidad por actividad lícita. En tal contexto, la sentencia impugnada, por el modo en que abordó la cuestión no logró formular, para ninguna de las hipótesis enunciadas, un análisis de los presupuestos de responsabilidad que resulte completo. Así, la obligación que pesaba sobre el *a quo* en relación con el deber de fundar la condena emitida, como sostuve en el punto 1, exigía analizar los requisitos propios de la indemnización acordada. En ese sentido, cualquiera fuera el valor que pudiera asignarse al silencio de la demandada en el punto, él no puede quedar transformado en

una habilitación para emitir una condena que no analiza los presupuestos de la responsabilidad que declara.

Si, como supone el GCBA, se hizo lugar a la demanda por falta de servicio, el fallo no pudo asumir automáticamente que los daños provocados por una inundación comprometen la responsabilidad del estado, pues debió indicar cuál era la prueba que acredita la insuficiencia del sistema de drenaje y el defectuoso estado de conservación de los sumideros para, luego, identificar la normativa que permite sindicar la inactividad material reprochada como antijurídica.

Por otra parte, la invocación del supuesto de responsabilidad contemplado en el art. 1113 requería acreditar que el daño fue causado por la infraestructura que depende del GCBA y que, además, no se verificaban las causales de eximición allí contempladas.

A su turno, obligar a reparar los daños originados en el ejercicio de potestades lícitas del estado, no identificadas en el fallo pero relativas, presumiblemente, a la prioridad asignada en materia de obra pública, no exigía demostrar obrar antijurídico pero sí, en cambio, requería exhibir la existencia de un sacrificio especial de un grupo seleccionado a favor del interés público, así como un riguroso estudio de la relación de causalidad para probar el nexo inmediato y exclusivo entre el obrar reprochado y los daños reclamados. En este terreno, adoptar la figura del estado responsable, obligaría a precisar el análisis en torno, por ejemplo, a la concurrencia de cuestiones como: existencia de una red de infraestructura insuficiente en condiciones habituales; prohibición de proveer un mayor servicio por decisión y a costa de los propietarios de inmuebles; evaluación de costos para determinar la relación entre la inversión requerida y los daños susceptibles de ser evitados o morigerados por el mejoramiento de los sistemas en juego, en orden a definir su factibilidad, entre otras. Se trata de una cuestión sumamente compleja respecto de la que, además, no es posible buscar orientación en precedentes como los de *Fallos*, 312:2266 (CSJN *in re* "Juncalan"), por estar ellos vinculados a situaciones muy diversas. Basta señalar que allí la responsabilidad del estado se reclamaba, en términos generales, a partir de una decisión estatal que determinó orientar ex profeso un curso de agua hacia fundos particulares, a fin de preservar otras zonas, en función del interés público que se estimó comprometido.

Tampoco podría soslayarse que, cuando el rol asumido por el estado frente a daños como el que nos ocupa se traduce en la entrega de subsidios, será a cargo del beneficiario mostrar por qué la ayuda pública debió ser mayor que la percibida. En este sentido, a fs. 164/165 (autos principales) obra un detalle de los importes acordados a damnificados por la inundación del 24/1/2001 que, en muchos supuestos, supera el reconocido a favor de la accionante.

Desde la perspectiva que brindan las consideraciones precedentes, resulta indisputable que los presupuestos que fundan la responsabilidad del Estado no

admiten un tratamiento promiscuo que se desentienda del hecho generador de la responsabilidad para, en definitiva, terminar por neutralizar los unos con los otros.

En el contexto reseñado, por las razones dadas, la sentencia impugnada presenta una fundamentación aparente que, sumada al déficit señalado en el punto 3, conduce a descalificarla como decisión jurisdiccional válida.

5. Todo lo dicho, sin embargo, no concede la razón (ni la niega) al planteo del GCBA referido al caso fortuito, ni conlleva admitir que el informe del Servicio Meteorológico Nacional permita sostener las conclusiones que el recurrente extrae de él. Lo que resulta evidente es que la condena dispuesta en autos ha omitido valorar cuestiones de hecho y derecho sin demostrar que ellas resultaban inconducentes para la decisión del pleito.

En tanto los planteos cuya ponderación omitió efectuar la Cámara tratan, centralmente según quedó expuesto, sobre cuestiones de hecho, prueba y derecho infranconstitucional —ajenas por regla a la consideración de este Tribunal— la causa debe ser devuelta a la Cámara para que, por intermedio de jueces distintos de los que intervinieron en autos, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho.

Por las razones expuestas, voto por hacer lugar parcialmente a los recursos de queja e inconstitucionalidad planteados por el GCBA, revocar la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT obrante a fs. 354/361 del expediente principal, y remitir las actuaciones a la Cámara para que, con la intervención de otros jueces, se dicte una nueva sentencia en relación con el recurso de apelación de la parte actora. Las costas del recurso de inconstitucionalidad deben ser impuestas a la vencida (art. 62, CCAyT).

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al fundado voto del juez de trámite Dr. Luis F. Lozano, por compartir los argumentos que fundamentan la decisión que propicia.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero a los puntos 1 a 3 del fundado voto del señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en tanto allí se exponen con suficiencia los motivos por los cuales corresponde hacer lugar parcialmente a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por la accionada, dejar sin efecto la sentencia obrante a fs. 354/361 de los autos principales y decidir el reenvío de la causa a la Cámara de Apelaciones en lo CAyT para que, por intermedio de otros jueces, se dicte un nuevo pronunciamiento.

Asiste razón al recurrente cuando alega que la sentencia impugnada omitió el tratamiento de aspectos conducentes para dilucidar si correspondía atribuir responsabilidad al Estado local por los daños que se produjeron en el inmueble

individualizado en autos, a partir de una inundación que tuvo lugar el 24/1/2001 luego de las intensas lluvias que arreciaron sobre la ciudad.

En efecto, en la decisión objetada no se han identificado las pruebas que llevaron a la Cámara a constatar la falta de servicio imputada a la demandada en el caso. En este sentido, resulta relevante destacar que no se ha ponderado un informe del Servicio Meteorológico Nacional (fs. 208), invocado por la accionada como argumento relevante para justificar la configuración de un caso fortuito, ni se han esgrimido razones que permitan entender la ausencia de tratamiento del planteo (por ejemplo, por considerarlo inconducente para resolver). Tampoco del expediente surge que la efectiva realización de las obras hídricas que el GCBA supuestamente estaba obligado a realizar —a partir del razonamiento sostenido por la Cámara— hubieran resultado aptas para prevenir el daño cuya indemnización se pretende.

Al margen de estas cuestiones, resulta oportuno expresar que, desde mi punto de vista, no resulta posible identificar —con el grado de certeza exigible para estos supuestos— cuáles son los preceptos jurídicos que el tribunal *a quo* consideró incumplidos por el GCBA —a la luz de las pruebas colectadas en la causa—, para constatar la falta de servicio que justificó la condena —omisión consistente en no haber adoptado "medidas de precaución necesarias para evitar que las precipitaciones causen la inundación por la que se reclama"—.

Las costas del recurso de inconstitucionalidad deben ser impuestas a la parte vencida (art. 62, CCAyT).

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* parcialmente a los recursos de queja e inconstitucionalidad planteados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Revocar* la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso administrativo y tributario obrante a fs. 354/361 del expediente principal.

3º. *Remitir* las actuaciones a la Cámara en lo Contencioso administrativo y tributario para que, con la intervención de otros jueces, se dicte una nueva sentencia en relación con el recurso de apelación de la parte actora.

4º. *Imponer* las costas del recurso de inconstitucionalidad a la vencida (art. 62, CCAyT).

5. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva a la Cámara como está dispuesto en el punto 3.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier no votan por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - José O. Casás.*

XX

"PERSONAL CARD S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'PERSONAL CARD S.A. C/GCBA S/BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva o equiparable a tal. Caso constitucional. BENEFICIO DE LITIGAR SIN GASTOS.

SUMARIOS:

1. No corresponde admitir el recurso de queja, porque el pronunciamiento que dispuso conceder parcialmente el beneficio de litigar sin gastos no constituye sentencia definitiva, ni una equiparable a tal, ni aun una resolución que causa estado (art. 76 del CCAyT). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

2. Los agravios no cuestionan la constitucionalidad de la normativa que crea una tasa retributiva del servicio de justicia, ni de las que regulan la forma de eximirse de los costos del proceso, y tampoco demuestran que la decisión cuestionada irrogue a la quejosa agravios que por su magnitud o características resulten de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, presupuesto necesario para equiparar a definitivas sentencias que no revisten ese carácter. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

3. La mención de principios y derechos constitucionales que realiza la apelante (defensa en juicio, debido proceso, igualdad ante la ley y propiedad) no resulta suficiente para tener por configurado un caso constitucional en los términos del art.113, inc. d, de la CCBA, y las impugnaciones efectuadas no guardan relación directa e inmediata con las cláusulas constitucionales aludidas, sino que pretenden la revisión de cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. La doctrina de la arbitrariedad invocada no puede tener acogida favorable, y el pronunciamiento recurrido debe ser considerado como la sentencia "fundada en ley" a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.,

si se ponderaron los aspectos de hecho y las distintas pruebas producidas en autos y se expresaron fundamentos suficiente para sustentar la resolución que atendió parcialmente el beneficio de litigar sin gastos. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 6062/08 - 18/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Surge de la constancias agregadas a la queja que Personal Card S.A. solicitó la concesión del beneficio de litigar sin gastos en relación con una demanda por daños y perjuicios por la suma de $ 3.390.961,99 con más intereses desde el 30/4/1996 (fs. 18 vta.) iniciada contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires por los daños ocasionados por el incumplimiento de obligaciones contractuales (fs. 16 vta.).

2. La jueza de primera instancia, luego de evaluar la prueba aportada y producida, concedió "...el beneficio solicitado a fin de que pueda litigar en las actuaciones sin afrontar los gastos del proceso" (fs. 1/2).

3. La sentencia fue apelada por el GCBA (fs. 3/4 vta.). La actora contestó los agravios (fs. 5/8). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario revocó la sentencia de la instancia anterior, "...otorgando la franquicia solicitada en un 50 %" (fs. 16/17 vta.).

4. Personal Card S.A. interpuso el recurso de inconstitucionalidad (fs. 18/23), que, previa contestación por el GCBA (fs. 117/119), fue denegado por la Sala por considerar: *a)* que la actora no ha logrado exponer un caso constitucional y *b)* que la discrepancia de la recurrente con lo decidido no convierte a la sentencia en arbitraria (fs. 25/26).

5. Contra la denegatoria, Personal Card S.A. presentó ante el Tribunal el recurso de queja agregado a fs. 28/35. Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto propició su rechazo con sustento en que la sentencia impugnada no es una definitiva (fs. 129/131).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja planteada por la actora no puede prosperar pues el recurso de inconstitucionalidad que defiende no ataca una sentencia definitiva como lo exige el art. 27 de la LPT.

2. El pronunciamiento que dispuso conceder parcialmente el beneficio de litigar sin gastos solicitado por Personal Card S.A., no constituye sentencia definitiva, ni una equiparable a tal, ni aun una resolución que cause estado (art. 76 del CCAyT).

La crítica formulada en las piezas recursivas, por un lado, no cuestiona la constitucionalidad de la normativa que crea una tasa retributiva del servicio de justicia, ni de las que regulan la forma de eximirse de los costos del proceso. Por el otro, tampoco demuestra que el pronunciamiento irrogue a la quejosa agravios que por su magnitud o características resulten de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, presupuesto necesario para equiparar a definitivas sentencias que no revisten tal carácter (TSJ *in re* "Covimet S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" expte. n° 2570/03 y su acumulado "Covimet S.A. s/queja por recurso de apelación ord. denegado en 'Covimet S.A. c/GCBA s/medida cautelar'", expte. n° 2461/03, resolución del 17/12/2003; también *in re*: "Agencia Marítima Silversea S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Agencia Marítima Silversea s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar—'", expte. nº 1516/02, resolución del 10/7/2002; "Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en 'Clínica Fleming s/art. 72 CC —incidente de clausura— apelación'", expte. nº 1215/01, resolución del 19/12/2001 entre otros).

En consecuencia, voto por rechazar la queja interpuesta a fs. 28/35 y dar por perdido el depósito del art. 34 de la LPT, cuya constancia obra a fs. 27.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

El juez José O. Casás dijo:

1. Tal como lo sostiene el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en el caso no se controvierte una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402 y los agravios planteados no se muestran hábiles para acreditar que lo decidido por la Cámara genere en cabeza de la interesada un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior que permita asimilar el pronunciamiento atacado a una "sentencia definitiva". En efecto, la decisión que se cuestiona no causa estado (art. 76, CCAyT) y, en consecuencia, no se advierten impedimentos para que la interesada acredite por nuevos medios la situación económica que invoca (conf. doctrina de *Fallos,* 325:2623 y 326:287, entre otros).

2. Por lo demás, la mención de principios y derechos constitucionales que realiza la apelante (defensa en juicio, debido proceso, igualdad ante la ley y propiedad) no resulta suficiente para tener por configurado un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA.

Las impugnaciones efectuadas no guardan relación directa e inmediata con las cláusulas constitucionales aludidas, sino que pretenden la revisión de cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional.

En este punto, tampoco la invocación de la doctrina de la arbitrariedad puede tener acogida favorable. Más allá de su acierto o error, el pronunciamiento recurrido debe ser considerado como la 'sentencia fundada en ley' a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N., puesto que allí se han ponderado los aspectos de hecho y las distintas pruebas producidas en autos y se han expresado fundamentos suficientes para sustentar la resolución que atendió parcialmente la dispensa reclamada por la quejosa para litigar, teniendo en cuenta que la peticionante es una sociedad comercial con fines de lucro y, por ello, debe apreciarse la situación con suma prudencia —ya que para la viabilidad del otorgamiento del beneficio corresponde no sólo determinar el estado de iliquidez, sino la imposibilidad de obtener recursos [art. 73, inc. b), CCAyT y *Fallos,* 321:1500].

Por las consideraciones expuestas, y concordantemente con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto (fs. 129/131), entiendo que corresponde rechazar el recurso de queja deducido.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por Personal Card y dar por perdido el depósito de fs. 27.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, mediante oficio, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier no votan por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - José O. Casás.*

XXI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CONSEJO DE LA MAGISTRATURA DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: VEGA, ARTEMIA S/INF. ART. 83, CC (REGULACIÓN DE HONORARIOS DEL PERITO PSIQUIATRA)"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja no es admisible si carece de una crítica adecuada y suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, y no logra exponer en forma concreta, clara y ordenada el cuestionamiento a los motivos por los que la Cámara lo desestimó. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. Cabe rechazar el recurso de queja que no rebate los argumentos expuestos por la Cámara para fundar la sentencia denegatoria, y contiene genéricas tachas de arbitrariedad y razones vinculadas a la legitimación del Consejo de la Magistratura para recurrir las decisiones de primera y segunda instancia, que no guardan relación con lo sucedido en el proceso, porque el recurrente ejerció sin mayores obstáculos su potestad de cuestionar la resoluciones dictadas sobre el punto, y menos aun demuestran que la Cámara cometió un yerro cuando sostuvo que el recurso sólo articulaba un caso constitucional aparente sobre esta cuestión. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. n° 6120/08 - 25/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La apoderada del Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se presenta en queja ante este Tribunal contra el auto de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas (fs. 22/24) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto para impugnar la decisión de esa misma Sala que, ante el recurso de apelación deducido por el CM (fs. 3/7), resolvió confirmar la resolución del Juzgado de

primera instancia en lo Contravencional y de Faltas Nº 16. Aquella apelación se dirigía a obtener la revisión de la sentencia de primera instancia —dictada antes de haberse realizado el debate— que dispuso que la ahora recurrente afronte el pago de los honorarios regulados en favor del perito médico psiquiatra que intervino en este proceso (fs. 1).

2. En el recurso de inconstitucionalidad denegado la recurrente sostuvo que la decisión de la Sala I —en cuanto confirmó la imposición del pago de los honorarios al CM, aunque aún no existía condena en costas— constituía un atropello a las atribuciones conferidas por la Constitución local al Consejo de la Magistratura de la CABA. Asimismo, afirmó que dicha resolución vulneraba sus derechos de defensa y propiedad, configuraba un claro caso de gravedad institucional y arbitrariedad de sentencia, e interfería en la regular gestión del cuerpo, causando grave perjuicio al interés público (fs. 15/21).

3. Los integrantes de la Sala I declararon inadmisible el recurso, pues entendieron que si bien la decisión podía ser equiparada a definitiva —en tanto resolvió obligar a la recurrente al pago de honorarios—, no se advertía en el caso la configuración de una cuestión constitucional. Asimismo, consideraron que la tacha de arbitrariedad sólo evidenciaba la disconformidad del CM con la interpretación y aplicación a los hechos del caso de normas de derecho común, que por regla resultan ajenas a la revisión de la instancia extraordinaria. En cuanto a la alegada violación del derecho de defensa en juicio, la Cámara estimó que era un agravio meramente aparente, en razón de que el CM una vez notificado de la resolución que le impuso la obligación del pago tuvo la oportunidad de efectuar los cuestionamientos que consideró oportunos (fs. 22/24).

4. El fiscal general adjunto, al momento de contestar la vista conferida, consideró que la decisión impugnada era una sentencia definitiva a los fines del recurso interpuesto. Sobre la cuestión de fondo dio la razón al recurrente y sostuvo que la resolución adoptada por la Cámara era arbitraria porque "no constitu[ía] una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias dadas en la causa" (fs. 39/41).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja interpuesto a fs. 28/35, si bien fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402), no puede prosperar dado que carece de una crítica adecuada y suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. En efecto, en el recurso de hecho el CM no ha logrado exponer de forma concreta, clara y ordenada, la crítica a los motivos por los que la Sala I de la

Cámara consideró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado (conf. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa nº 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 865, resolución del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 92 y ss.).

2. La queja no rebate argumentativamente las razones expuestas por la Cámara para denegar su recurso de inconstitucionalidad. Puntualmente, el recurso directo está conformado por genéricas tachas de arbitrariedad y argumentos vinculados a la legitimación del CM para recurrir las decisiones de primera y segunda instancia. Es preciso remarcar, al respecto, que en este caso —a diferencia de lo que ocurrió en algunos otros que llegaron hasta esta instancia, y que el CM cita en apoyo de su recurso, v. gr. expte. n° 5547/07 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Cáceres, Gonzalo Javier s/inf. art. 72, ley 10 —honorarios de perito—'", y expte. n° 5767/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Guoshi, Doug s/infracción art. 104, CC'"— ninguno de los magistrados intervinientes denegó los recursos interpuestos por el CM por falta de legitimación. En este sentido, las afirmaciones del recurrente (especialmente las de fs. 31 vta., 32 y 34) sobre su potestad de cuestionar las resoluciones dictadas sobre el punto —potestad que ejerció sin mayores obstáculos— no tienen vinculación alguna con lo sucedido en este proceso y, menos aún, demuestran que la Cámara cometió un yerro cuando sostuvo que el recurrente sólo articulaba un caso constitucional aparente sobre esta cuestión.

3. Por las razones expuestas, voto por rechazar el recurso de queja de fs. 28/35.

Los jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y José O. Casás dijeron:

Adherimos al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz.

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 28/35.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

El juez Julio B. J. Maier no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

XXII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ARCE GOITÍA, GUILLERMO FEDERICO S/INF. ART. 111, CC'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde y José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Corresponde denegar el recurso extraordinario que no logra demostrar la existencia de un caso federal que permitiría el acceso a la jurisdicción de la CSJN, ni consigue exponer por qué razón este caso constituye una excepción a la regla según la cual los recursos extraordinarios (tanto el federal como el de inconstitucionalidad) sólo proceden contra la sentencia definitiva del proceso. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde y José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. No es atendible la tacha de arbitrariedad si el recurrente no ha logrado exponer razones que le den fundamento, y sólo manifiesta su desacuerdo con la resolución impugnada, desde que la admisibilidad del recurso por esa causal es estricta. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde y José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5999/08 - 25/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Defensor General interpuso recurso extraordinario federal (fs. 67/86) contra la decisión de fs. 57/63, emitida el 12/11/2008, mediante la cual el Tribunal, por mayoría, rechazó la queja agregada a fs. 36/49.

2. El recurrente sostiene que la decisión impugnada afecta las garantías de debido proceso y de defensa en juicio, y el principio de bilateralidad, derivado del sistema acusatorio. Sus agravios se vinculan a que, en esta causa, la jueza de primera instancia no celebró una audiencia de manera previa a revocar la

suspensión del proceso a prueba resuelta oportunamente. Asimismo, califica de arbitraria la decisión que revocó la suspensión mencionada y, además, la sentencia del Tribunal que rechazó la queja.

3. El fiscal general adjunto, al contestar el traslado conferido (fs. 88/90), expresó que el Tribunal debía declarar inadmisible el recurso porque la defensa no atacaba una sentencia definitiva o auto equiparable a tal, ni presentaba un caso federal. Por último, descartó la aplicación en este caso de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia.

FUNDAMENTOS:

Los jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

1. El recurso extraordinario federal deducido fue presentado en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por la acordada 4/07 de la CSJN. Sin embargo, tal como lo dictamina el señor fiscal general adjunto, la vía recursiva pretendida debe ser denegada.

2. El Tribunal, por mayoría, rechazó la queja en razón de que, por un lado, la decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad no era una sentencia definitiva —ni podía ser equiparada a tal— y, por otra parte, porque los agravios presentados por el defensor no planteaban una discusión constitucional. Asimismo, la sentencia también da cuenta de que la defensa, en su queja, fundó tardíamente ciertos motivos de agravio que aparecían simplemente mencionados en su recurso de inconstitucionalidad. Las consideraciones vertidas fueron sustentadas en la interpretación de la ley procesal local (en el caso, ley 402) que regula el trámite y los requisitos de admisibilidad de los recursos que prevé la Constitución local ante esta instancia.

3. A fin de resolver la admisibilidad del recurso articulado, cabe recordar que resulta aplicable la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

4. La defensa no ha logrado exponer razones que den fundamento a la genérica tacha de arbitrariedad que alega, pues en el recurso sólo manifiesta su desacuerdo con la resolución recurrida.

Por ello, es preciso recordar que la admisibilidad del recurso por la causal de arbitrariedad es estricta, pues, como lo tiene dicho la CSJN desde antiguo: "(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los

que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros). Dichas circunstancias están lejos de advertirse en este caso y basta una simple lectura de la decisión impugnada para afirmarlo.

5. Pese a la mención de las reglas constitucionales indicadas en el punto 2 de las "resultas", la totalidad de los planteos de la defensa se reduce, en rigor, a la simple discrepancia del recurrente con el modo en que este Tribunal aplicó la ley local 402 y los principios generales en materia recursiva (en particular, respecto a la oportunidad en que se deben fundar los agravios).

Por un lado, el recurrente intenta demostrar que en este proceso hay un caso federal —claramente planteado y sostenido— que permitiría el acceso a la jurisdicción de la CSJN. Frente a ello, según la defensa, este Tribunal omitió pronunciarse sobre el fondo de su recurso de inconstitucionalidad al aplicar un criterio más restrictivo aún que el de la propia CSJN (fs. 86). Sin embargo, en su intento de demostrar el carácter federal de sus motivos de agravio, la defensa sólo vuelve a enunciar argumentos infraconstitucionales según los cuales la interpretación del art. 45 de la ley local 1472 que realizaron los jueces de mérito no le resulta aceptable.

A este obstáculo procesal —inexistencia de un caso federal que habilite la instancia intentada— se suma, como ya afirmó el Tribunal en la resolución recurrida y el señor fiscal general adjunto en su dictamen, que el recurrente no consiguió exponer por qué razón este caso constituye una excepción a la regla según la cual los recursos extraordinarios (tanto el federal como el de inconstitucionalidad local) sólo proceden contra la sentencia definitiva del proceso.

Corresponde, en este sentido, reiterar la jurisprudencia de la CSJN que indica que: "(e)s requisito de procedencia del recurso extraordinario que el pronunciamiento apelado revista el carácter de sentencia definitiva, entendiéndose por tal la que pone fin al pleito o hace imposible su continuación, como así también la que causa un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, siempre que priven al interesado de otros medios legales para obtener la tutela de sus derechos o impidan el replanteo de la cuestión en otro juicio" (*Fallos,* 303:633, entre otros). Además, en particular, es doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que las resoluciones cuya consecuencia sea la obligación de seguir sometido a proceso no reúnen, por regla, la calidad de sentencia definitiva a los efectos del art. 14 de la ley 48 *(Fallos,* 249:530; 274:440; 276:130; 288:159; 298:408; 307:1030 y 310:195, entre muchos otros).

Por las razones expuestas, sólo queda denegar el recurso extraordinario federal agregado a fs. 67/86.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero a la solución propuesta por mis colegas preopinantes, en el sentido de que corresponde denegar el recurso extraordinario federal que dedujera el Defensor General de la Ciudad (fs. 66/86) por las circunstancias que mencionan y las razones que exponen en los apartados 1 a 4 de su voto.

En verdad, la defensa no logra presentar una cuestión federal que habilite el recurso intentado.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 67/86.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 62, punto 2.

El juez Julio B. J. Maier no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

XXIII

"ISACOFF, GASTÓN ANDRÉS Y OTRO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ISACOFF, GASTÓN ANDRÉS Y OTRO C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESPONSABILIDAD MÉDICA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos.
Cuestión constitucional. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. No puede prosperar el recurso de queja que no muestra que se encuentre involucrada una cuestión constitucional que habilite la competencia del Tribunal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Los agravios referidos a la supuesta arbitrariedad del pronunciamiento cuestionado no pueden admitirse cuando traslucen una mera discrepancia

con la interpretación efectuada por el *a quo* de cuestiones de hecho y prueba, competencia privativa de los jueces de mérito que no habilitan el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad cuando no existe una argumentación plausible que demuestre que la Cámara efectuó una ponderación irrazonable de las constancias de la causa que la torne incompatible con el respeto del derecho de defensa en juicio. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. El recurso de queja debe cumplir con el recaudo de fundamentación prescripto por el art. 33 de la ley 402, y contener una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, y no limitarse a transcribir fragmentos jurisprudenciales y a exponer consideraciones genéricas en torno a la garantía del debido proceso y al principio de legalidad que carezcan de toda vinculación argumental con las cuestiones debatidas. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. La manifestación contenida en el recurso de queja relativa a la supuesta omisión de los magistrados que intervinieron en el proceso, al no requerir una medida para mejor proveer a fin de echar luz sobre distintos puntos analizados en el pleito, resulta carente de todo sustento, en tanto la parte actora soslaya que tal tipo de actuación, además de constituir una facultad discrecional de los tribunales, posee carácter excepcional y no está prevista para suplir la inactividad de las partes. *(Voto del señor juez José O. Casás)*

Expte. nº 5982/08 - 25/2/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los Sres. Gastón Andrés Isacoff y Eduardo Saiegh, plantearon ante la Justicia Nacional en lo Civil, una demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) dirigida al cobro de $ 664.819,52, más intereses y costas, en concepto de indemnización por los daños y perjuicios que le habría ocasionado la ilegitima demora de la administración en aprobar los planos de una obra de su propiedad (fs. 154/168).

Expresaron que se dedican a la construcción de inmuebles en propiedad horizontal y barrios cerrados en esta ciudad y en el Gran Buenos Aires, emprendimientos que realizan por su propia cuenta, con capital propio o recurriendo a préstamos bancarios o de entidades financieras. Así, adquirieron el inmueble sito en la calle Roque Pérez 3441/3/5 de esta Ciudad, en el que se encontraba construida una estructura de hormigón, con la finalidad de finalizar la obra y proceder a su venta. Durante su ejecución, concretaron la venta de algunas

unidades funcionales. El 30/12/1996 presentaron los planos ante la Dirección de Fiscalización de Obras y Catastro del Gobierno de la Ciudad, para su registro, trámite ineludible para efectuar la subdivisión en propiedad horizontal y escriturar las unidades resultantes. A pesar de que se trata de un trámite que, habitualmente, insume unos "pocos días", demoró casi 24 meses, debido a una equivocación de la Procuración General, que finalmente aconsejó a la Dirección de Obras y Catastro la aprobación de los planos correspondientes. Los actores afirmaron que el error está reconocido por la demandada en las actuaciones administrativas, ya que en el tercer dictamen que expidió la Procuración General, de fecha 16/4/1998, admitió que en los anteriores no había tenido en cuenta la ordenanza 37.748, por desconocerla. Por lo tanto, destacan que el trámite iniciado por su parte el 30/12/1996 se vio injustificadamente demorado un año y medio.

Los accionantes sostuvieron que la demora afectó el derecho de propiedad de su parte ya que les impidió confeccionar el plano de mensura y subdivisión y, con ello, la venta oportuna de las unidades resultantes y el reintegro de su capital para comenzar con otros emprendimientos. Sostuvieron que en diciembre de 1996 existía un auge en la actividad inmobiliaria, debido a un mayor acceso al crédito hipotecario, lo que les permitió vender 7 unidades funcionales, operaciones que debieron rescindirse por no poder escriturar en el plazo pactado; por la misma razón retiraron de la venta las restantes unidades funcionales, para evitarse mayores perjuicios. La venta se reanudó en junio de 1998, en un momento menos propicio pues existía mayor oferta y menor demanda en el mercado inmobiliario. Señalaron que, reanudada la operatoria comercial en junio de 1998, recién en diciembre de ese año pudieron concretar otra venta, por un valor muy inferior al que hubieran obtenido un año antes.

Concretaron la pretensión indemnizatoria en los siguientes rubros: pérdida del valor de venta de los inmuebles y disminución del capital, por u$s 213.000; las indemnizaciones que debieron abonar a algunos compradores por el incumplimiento de la obligación de escriturar, por u$s 40.000; intereses abonados por los prestamos requeridos para realizar la obra, correspondientes al período comprendido entre el 30 de diciembre de 1996 a junio de 1998, por $ 72.619,52; imposibilidad de disponer del capital, que estuvo inmovilizado por un tiempo mayor que el razonablemente previsto, por u$s 239.200; daño moral, por $ 50.000 para cada uno de ellos.

2. El GCBA opuso excepción de incompetencia y contestó la demanda solicitando su rechazo (fs. 131/153). Negó la autenticidad de la documentación acompañada con la demanda y los hechos afirmados en el escrito de demanda, en particular la existencia de las irregularidades imputadas y la procedencia de los rubros indemnizatorios. Destacó la vigencia de los arts. 1º y 8º de la ley

24.432 y la improcedencia del reclamo en moneda extranjera, de acuerdo con el dec. 214/2002 y la ley 25.561.

4. Radicadas las actuaciones en el fuero contencioso administrativo y tributario local, el juez de primera instancia dictó sentencia "Haciendo lugar parcialmente a la demanda deducida por los actores Gastón Andrés Isacoff y Eduardo Saiegh contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. En consecuencia, se condena a la demandada al pago de las siguientes sumas: *a)* u$s 3.000 (dólares estadounidenses tres mil) en concepto de resarcimiento por pérdida de chance (capítulo IV.4 del escrito de inicio); y *b)* $ 4.000 en concepto de daño moral (capítulo IV.5 del escrito de inicio). La suma fijada en concepto de pérdida de chance llevará intereses y deberá ser pesificada de conformidad con las pautas indicadas en el considerando VII. Asimismo, la suma fijada en concepto de daño moral llevará intereses con arreglo a las pautas mencionadas en el considerando VIII. 2) Rechazando parcialmente la demanda por los rubros 'disminución del capital' (capítulo IV.1 del escrito de inicio), 'importes entregados por indemnización' (capítulo IV.2 del escrito de inicio), 'intereses abonados' (capítulo IV.3 del escrito de inicio). 3) Imponiendo las costas en un 90 % (noventa por ciento) a la actora y un 10 % (diez por ciento) a la demandada" (fs. 1/17).

La decisión admitió que existió falta de servicio imputable a las dependencias del Gobierno de la Ciudad encargadas de la aprobación y registro de los planos de obra: "II.3. Según puede advertirse, fueron necesarias cuatro intervenciones de la Procuración General, para concluir que no había impedimentos para reanudar la obra. La primera de ellas data del 3/7/1997 (fs. 170), una segunda data del 30/10/1997 (fs. 186/188), la tercera es del 10/12/1997 (fs. 194/195) y la última, del 16/4/1998 (fs. 222/224). Ahora bien, no se advierte que las dependencias administrativas hayan actuado aquí dentro de plazos razonables, pues, hasta que se decidió requerir la intervención de la Procuración General había transcurrido medio año, luego de la presentación de los planos. Tal demora se aleja de los parámetros de un actuar razonable. (...) Una vez que la Administración logró enfocar adecuadamente la cuestión relativa en marco normativo que regía el permiso de obra con que contaba el inmueble —lo que tuvo lugar luego de que la Procuración General expidió su último dictamen en el expediente administrativo (el 16/4/1998; véase fs. 224 vta.), el registro de los planos se efectuó, a más tardar, el 14/5/1998 (véase fs. 227/228). Estas consideraciones permiten establecer que, en el caso de autos, ha existido una demora en la tramitación del expediente imputable a la Administración. Tal demora constituye una falta de servicio, esto es, una conducta ilegítima de la demandada, generadora de responsabilidad estatal".

Consideró luego "cuáles son los daños vinculados causalmente con la demora imputable a la Administración y, en su caso, cuál pueda ser su cuantificación". Y en este punto, señaló el *a quo* que "se advierten ciertas falencias probatorias que obstan al progreso total de la demanda". En tal sentido, el juez sostuvo que "[n]o está probado, entonces, que las unidades funcionales estuvieran a la venta en diciembre de 1996, fecha de presentación de los planos de obra, toda vez que no se acredita la realización de gestiones (como la publicación de avisos) para realizar la venta ese año. Esta circunstancia torna inaceptable considerar esa fecha como pauta de comparación para establecer un eventual deterioro de los valores de los inmuebles". Para ello examinó la prueba, descartó el valor probatorio de los boletos de compraventa presentados por los actores (que no fueron reconocidos por el GCBA y cuyos firmantes tampoco comparecieron a reconocer su firma en los instrumentos privados) para justificar la "pérdida de valor de venta – disminución de capital" (capítulo IV.1. del escrito de inicio), consignó que "los actores aportaron las facturas de la firma CreArt Publicidad, las cuales dan cuenta de avisos —al parecer, relativos a las unidades funcionales del edificio de que se trata— publicados en el diario *Clarín* en mayo, junio y julio de 1997" y "el perito arquitecto manifestó que no había podido obtener información de publicidad del edificio de la calle Roque Pérez 3441/3/5 durante el año 1996". El juez también descartó que estuviera probado el valor invocado por los actores para las unidades funcionales que componían el edificio. Sostuvo que "los demandantes no acreditan que las unidades estuvieran totalmente construidas a diciembre de 1996. En rigor, estando a lo que surge del informe de fojas 190 del expediente administrativo, sólo puede sostenerse que al 14/11/1997 la obra estaba terminada". Agregó que "la posibilidad de vender la totalidad de las unidades en 1996 no deja de ser una conjetura, pues no se ha aportado ningún elemento de prueba que permita considerar que efectivamente hubieran podido venderse a esa fecha, ni el precio de tal posible venta. A ello debe añadirse que las sólidas objeciones del perito tasador efectuadas a fojas 622, en cuanto a la imposibilidad de determinar valores a diciembre de 1996 —debido a deficiencias en los elementos de juicio aportados— no pudo ser desvirtuada por los actores. Así y todo, existe una dificultad probatoria, en la medida en que se pretendían valores a una fecha, respecto de la cual no se han aportado evidencias que los bienes fueran efectivamente a ser vendidos. Ello transforma el daño alegado en algo meramente conjetural y, por lo tanto, no susceptible de resarcimiento. Por último, debe observarse que algunos de los valores atribuidos por el perito arquitecto a algunas de las unidades a diciembre de 1996 tienen valores próximos o incluso inferiores a los que surgen del precio de venta indicado por el Registro de la Propiedad Inmueble...". Concluyó el magistrado que "en consecuencia, este rubro pretendido por los actores no permite concluir que la imposibilidad de venta de las unidades funcionales en

diciembre de 1996 tenga por causa las demoras en que incurrió la Administración en registrar los planos presentados a fines de ese mes. Ello, sin perjuicio de las incertidumbre que surge en cuanto a la efectiva existencia de un daño de la naturaleza del aquí reclamado".

La sentencia también rechazó la demanda en cuanto a las indemnizaciones que los actores habrían tenido que pagar como consecuencia de la rescisión de los boletos de compraventa (u$s 40.000), ya que los boletos de compraventa y las respectivas rescisiones se instrumentaron por documentos privados, prueba que fue desconocida por el GCBA, y sobre la cual los actores no cumplieron con la carga de citar a las personas "para que reconocieran sus firmas y los hechos a que hacían referencia tales instrumentos privados —en particular, lo relativo a la recepción de sumas de dinero—. Si bien dicha prueba fue ofrecida, finalmente no se produjo, de modo que no se encuentra acreditado este rubro". Por ello, estimó que no han sido acreditados los extremos correspondientes a este rubro, circunstancia que determinó su rechazo.

En relación con el reclamo por los intereses que debieron abonar como consecuencia de préstamos que solicitaron ($ 72.619,52) por el período en que el expediente estuvo indebidamente trabado (30/12/1996 a junio de 1998) el juez consideró que aunque los contratos de mutuo estaban acreditados mediante dos escrituras públicas "no se encuentra demostrado que las sumas que extraían fueran destinadas a la obra de que se trata. En otras palabras, era necesario demostrar que el préstamo era aplicado a la obra en cuestión, de modo que con las sumas obtenidas abonaban gastos de materiales u otros insumos para la finalización de ese proyecto. En este punto hubiera sido pertinente llevar a cabo una pericia contable, que hubiera permitido relacionar los fondos extraídos con los gastos efectuados en beneficio de la obra, documentados por medio de facturas u otros comprobantes con valor legal". Señaló el juez que "[l]a omisión de la prueba pericial contable resulta llamativa, tanto más cuanto que fue ofrecida por los demandantes en su escrito de inicio (véase fs. 93) y oportunamente proveída por el tribunal a fs. 314 vta. La falta de acreditación de este extremo, entonces, se debe a deficiencias probatorias, imputables a la conducta discrecional de los actores, que omitieron producir una prueba que era necesaria para evaluar la procedencia de este aspecto del reclamo".

En cuanto a rubro referido a la imposibilidad de disponer del capital invertido en la obra, perjuicio que estiman en u$s 239.000, el juez advirtió que se bien lo consideran como lucro cesante invocan jurisprudencia relativa a la pérdida de chance. El *a quo* consideró que no se trata de lucro cesante ya que éste "involucra la determinación de una ganancia cierta de la que fue privado el damnificado", y que "dicha privación de percibir su ganancia en forma oportuna debe tener una clara vinculación causal con la demora imputada a la demandada". Por ello consideró que "el concepto invocado por la demandante no puede tener

acogida a título de lucro cesante, pues falta la necesaria certeza en cuanto a la efectiva posibilidad de obtener a junio de 1997 los ingresos alegados". Agregó que "[e]n rigor, cabe sólo considerar que se frustró la posibilidad del actor de utilizar el producido de la venta de las unidades funcionales, sino hasta una fecha posterior. Empero, si bien es cierto que hubo una demora irrazonable, la posibilidad de aplicar ese dinero a otros emprendimientos, como lo alegan los actores, no ha sido probada".

El *a quo* consideró que "la actora reclama lo que denomina lucro cesante en dos rubros separados. Por un lado, pretende que la demandada le abone la diferencia entre los valores que tenían las unidades funcionales a diciembre de 1996 y el valor que tenían a junio de 1998. Por otro lado, supone que a junio de 1997 hubiera vendido la totalidad de las unidades del edificio y, en consecuencia, hubiera recibido un interés por el total de esa venta equivalente al dos por ciento mensual hasta junio de 1998 (en que los planos quedaron registrados). A esto último parece considerarlo una 'pérdida de chance'. Cabe destacar que es improcedente acumular estos dos conceptos: o bien se supone que la actora vendió las unidades en diciembre de 1996 al mayor valor que alega, o bien la venta total se hubiera producido a junio de 1997, con la consiguiente posibilidad de disponer del capital a partir de esta última fecha. En cualquiera de las dos alternativas, no deja de tratarse de hipótesis, que carecen de una acreditación seria en la causa" según desarrolló posteriormente. Seguidamente, la sentencia admite que "puede considerarse que los demandantes se vieron privados de la oportunidad de contar con el dinero proveniente de las ventas que hubieran concretado a una fecha anterior, para destinarlos a los fines que fuera" (...) admitido que hubo una demora antijurídica por parte de la Administración en registrar los planos, es posible determinar prudencialmente la pérdida de la chance de contar con el producido de las ventas —excluidos prudencialmente costos de construcción— y en función de la probabilidad que existía de recibir dicho capital. Para ello, se considerarán como principio de prueba los boletos de compraventa aportados por los actores, sólo en la medida en que la respectiva operación haya podido concluirse mediante la celebración de la escritura traslativa de dominio. (...) A fin de establecer el resarcimiento por el hecho de haberse visto privados de contar con el precio de las unidades, sino hasta una fecha posterior a la que habría correspondido escriturar, conviene recordar que, en oportunidad de realizarse los pertinentes boletos de compraventa, los actores habrían recibido parte del importe de las unidades. Sin embargo, esto sólo establece una expectativa de máxima: los actores podrían haber obtenido el importe de los respectivos saldos al tiempo de escriturar, en caso de existir planos registrados. Adviértase que en los boletos parece preverse la entrega dentro de los noventa días de la firma de los boletos (véase cláusula Sexta, fs. 40; Novena, fs. 54 y 61), la cual habría tenido lugar en los meses de mayo

y junio de 1997. Por lo tanto, no puede considerarse —como lo hacen los actores— que al mes de junio de ese año podían entregar las unidades, escriturar y recibir el saldo del precio. Por otra parte, no está probado que las unidades estuvieran materialmente terminadas (aun cuando estuviera pendiente el registro de los planos) antes de noviembre de ese año, fecha que surge del informe de la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro (véase fs. 190 del expediente administrativo). (...) el único dato no controvertible es el que surge del expediente administrativo, en el sentido de que la obra estaba terminada a noviembre de 1997, (...) Ahora bien en este punto, cabe considerar que, en los hechos, los actores estuvieron en condiciones de entregar la propiedad (y podrían haberla escriturado) recién en febrero de 1998. Ello, habida cuenta de que fue en ese mes que decidieron entregar la tenencia de algunas unidades, sin escrituración (véase fs. 65 y 66). (...) Asimismo, debe considerarse que no todo el importe del saldo hubiera correspondido a una ganancia derivada de la actividad constructiva (pues es evidente que el precio total de cada unidad funcional refleja los costos de la construcción). Por otra parte, debe mencionarse el hecho de que las únicas unidades que (podría considerarse que) tenían probabilidad de escriturarse eran las que tenían boletos de compraventa, cuyos compradores finalmente realizaron la operación (aunque en una fecha posterior)". Sobre la base de estas pautas, apreció el valor de la chance pérdida en u$s 3.000, a junio de 1998, cifra a la que adicionó "intereses a una tasa del 12 % anual hasta el 6/1/2002, fecha en que, por aplicación de la ley 25.561 se declaró la emergencia pública. A partir de esa fecha, y por aplicación del art. 11 de la ley citada (texto según la ley 25.820), la suma obtenida deberá convertirse a pesos, a razón de un peso por cada dólar estadounidense. Sobre ese valor, deberá aplicarse el coeficiente de estabilización de referencia (CER), de conformidad con el art. 8º del dec. 214/2002 del Poder Ejecutivo Nacional, en concordancia con el art. 4º de ese cuerpo normativo y el art. 7º del dec. 410/2002, hasta el momento del efectivo pago".

Finalmente reconoció la indemnización por daño moral a los actores en la suma de $ 4.000 (pesos cuatro mil) a cada uno, en valores fijados al mes de junio de 1998. A esa suma "se deberán adicionar los intereses que surjan de aplicar la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina, desde junio de 1998 hasta el 5/1/2002; a partir del 6 de enero y hasta el 30 de septiembre de ese año, se aplicará la tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina; y desde el 1º de octubre hasta el momento de efectivo pago, nuevamente la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina".

Las costas de la instancia se impusieron en un 90 % a cargo de los actores y 10 % a cargo del demandado.

5. Apelada la sentencia por ambas partes (fs. 18/54, parte actora) la Sala II de la CCAyT resolvió: "Confirmar la sentencia de grado en todo lo que resuelve,

excepto en lo relativo al resarcimiento por daño moral que se eleva a la suma de $ 10.000 para cada actor" e imponer las costas por su orden (fs. 45/52 vta.).

El tribunal consideró que "[l]os actores, en su expresión de agravios, se limitan a discrepar con el juicio empleado por el *a quo*. En efecto, aun cuando se pondere el recurso con el criterio amplio que observa esta Sala, la presentación en análisis no cumple con los recaudos exigidos por el 236 del CCAyT, por cuanto su generalidad y ausencia de una crítica concreta a los puntos nodales del fallo, constituye una simple consideración inconducente y carente del debido rigor jurídico", excepto en lo relativo al daño moral, que la Sala consideró conjuntamente con el recurso interpuesto por el GCBA. La Sala destacó que "la presentación recursiva de los actores en ningún momento cuestiona —con el rigor que es de exigir— la carencia probatoria en que basó el Tribunal de primera instancia su decisorio para desestimar los rubros pretendidos. Es más, a lo largo de sus agravios, pretende excusar la orfandad probatoria, mediante aseveraciones huérfanas de solvencia y sustento, para concluir en que "a lo largo de su extensa presentación los actores no acercaron elementos o argumentos de convicción que enerven el sustento del acto jurisdiccional recurrido. Es más, sobre el aspecto central del fallo, las manifestaciones de los recurrentes se evidencian como simples dogmas y excusas relativas a la falta de prueba concreta".

En cuanto al daño moral, con disidencia parcial del juez Centanaro, la Sala desestimó la apelación del GCBA dirigida a que se revocara la indemnización por tal concepto. Además, consideró los agravios de los actores e incrementó la condena a la suma de $ 10.000 para cada actor.

También desestimó el recurso en cuanto al planteo del GCBA referido a la existencia de plus petición inexcusable.

6. Los actores interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia por considerarla arbitraria. Fundamentalmente, consideran que la sentencia es contradictoria pues reconoce la falta de servicio de la administración pero rechaza la mayor parte de los rubros indemnizatorios por falta de prueba. Entiende que se ha efectuado una incorrecta selección y valoración de la prueba producida. Alegaron que el fallo vulnera sus derechos de defensa en juicio y de propiedad (fs. 54/67 vta.).

El GCBA contestó el traslado del memorial y solicitó el rechazo del recurso. Señaló la inexistencia de un caso constitucional, así como la ausencia de arbitrariedad en el pronunciamiento recurrido.

La Sala II declaró inadmisible el recurso e impuso las costas a los actores (fs. 68 y vta.). Consideró que "de los propios términos de la sentencia recurrida resulta que, en lo sustancial, las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión en ella quedaron circunscriptas a la interpretación de normas in-

fraconstitucionales. Para arribar a la solución adoptada fueron evaluados los hechos litigiosos y la prueba aportada, pasando luego a brindar los fundamentos y su correspondencia con las norma legales interpretadas, citadas y aplicadas. En síntesis, todas cuestiones relativas a los hechos, su prueba y adecuación de las normas legales aplicables al caso, de naturaleza infraconstitucional. La circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara sobre reglas de derecho común, y sobre la valoración de la prueba, no significa que la sentencia se torne infundada y, por ende, arbitraria, ni tampoco pone de manifiesto la existencia de un caso constitucional".

7. Los actores presentaron ante el Tribunal el recurso de queja agregado a fs. 70/84. Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto propició su rechazo pues "los agravios de los actores sólo expresan una mera discrepancia con la valoración que efectuó la Cámara, sobre los hechos debatidos y la prueba producida en autos, cuya ponderación, más allá de su acierto o desacierto, resulta tarea propia de los jueces de mérito y ajeno a la vía extraordinaria intentada" (fs. 175/177).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano:

1. La queja planteada en tiempo y forma por los actores no puede prosperar, pues no muestra que se encuentre involucrada cuestión constitucional alguna que habilite la competencia de este Tribunal.

Los recurrentes sustentan sus agravios en la alegada arbitrariedad del pronunciamiento cuestionado, por considerar que, al confirmar —salvo en lo relativo al monto indemnizatorio acordado en concepto de daño moral— el de primera instancia, resulta incongruente, en tanto, por un lado, admite que la Administración incurrió en falta de servicio y, por otro, rechaza la indemnización requerida, por falta de pruebas del daño o del nexo de causalidad, según el caso.

Sin embargo, dichas aseveraciones traslucen una mera discrepancia con la interpretación efectuada por el *a quo* de cuestiones de hecho y prueba, competencia privativa, en principio, de los jueces de mérito, que no habilitan el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad cuando no existe, como en el caso, por parte de quien tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, una argumentación plausible que logre mostrar que la Cámara efectuó una ponderación irrazonable de las constancias de la causa que la torne incompatible con el respeto de su derecho de defensa en juicio.

En tales condiciones, la insuficiencia probatoria en que incurrieron los demandantes, que impidió acreditar los extremos necesarios para la procedencia de la indemnización de los daños y perjuicios originados por el actuar ilegíti-

mo de la administración, en que la Cámara fundó su decisión de desestimar la mayoría de los rubros indemnizatorios reclamados, no puede ser suplida ahora mediante la tacha de arbitrariedad.

Por las razones expuestas, voto por rechazar la queja planteada por Gastón Andrés Isacoff y Eduardo Saiegh.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución propuesta por el juez de trámite, Luis F. Lozano, en el sentido de que corresponde rechazar la queja que dedujeran Gastón Andrés Isacoff y Eduardo Saiegh a fs. 70/84.

2. El escrito de fs. 70/84, oportunamente presentado, no cumplió el recaudo de fundamentación prescripto por el art. 33 de la ley 402 ya que no rebatió las razones por las cuales la Sala II de la CCAyT declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad.

Las manifestaciones vertidas en el apartado VI, puntos 6.3 y 6.4 del recurso de hecho (fs. 71 vta. y 72) resultan insuficientes para habilitar su procedencia. Luego de una breve reseña del auto denegatorio, la quejosa se limitó a transcribir fragmentos jurisprudenciales y a exponer consideraciones genéricas en torno a la garantía del debido proceso y al principio de legalidad que carecen de toda vinculación argumental con las cuestiones debatidas. A partir de allí (fs. 72 en adelante), la presentación directa solo reproduce el recurso denegado.

Es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001). La ausencia de fundamentación define el rechazo de la queja cuya finalidad consiste en poner en crisis el juicio de admisibilidad negativo efectuado por la Cámara.

3. Voto, pues, por rechazar la queja interpuesta por Gastón Andrés Isacoff y Eduardo Saiegh a fs. 70/84.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano por compartir los argumentos que lo fundan. En efecto, tal como lo pone de manifiesto el magistrado preopinante, el escrito que contiene la queja no logra poner en crisis el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, toda vez que no constituye una verdadera crítica concreta y razonada; ni rebate con fundamento suficiente los argumentos de la Cámara que determinan su rechazo.

2. Coincido también en cuanto a que el recurrente no ha logrado plantear, en su recurso, un caso constitucional que habilite la intervención de este Tribu-

nal, puesto que los agravios se centran específicamente en la ponderación de la prueba aportada y de la que debió ser aportada y, sin embargo, no lo fue.

En efecto, las sentencias de primera y de segunda instancia han destacado la falta de prueba acerca de los daños materiales reclamados por parte de los actores. El CCAyT impone la carga de la prueba a la parte que alega haber sufrido determinado perjuicio como sustento de su pretensión (art. 301); sin prueba, los daños patrimoniales reclamados resultan meramente conjeturales o hipotéticos y, por tanto, no son resarcibles. Que la existencia de los daños debe ser cierta, no significa sino que éstos deben ser constatados para poder procederse al pago de la indemnización (conf. Bustamante Alsina, Jorge: *Teoría general de la responsabilidad civil*, 7ª ed., p. 156).

En este contexto, corresponde destacar que la falta de diligencia de la parte actora en la producción de la prueba, no puede ser trasladada al tribunal que tiene a su cargo decidir el litigio, al pretender que fuera éste quien, supliendo la inactividad de los accionantes, ordenara una medida para mejor proveer tendente a determinar la existencia de los daños reclamados. El argumento no resulta en modo alguno pertinente; en primer lugar porque la disposición de tales medidas resulta ser discrecional para los jueces y no obligatoria, y en segundo, porque la ponderación de su producción es tarea delicada para el magistrado que, al suplir indebidamente una carga procesal de una de las partes, puede, por esa vía, alterar el equilibrio debido entre las partes en litigio, en desmedro del derecho de defensa que sí tiene el deber de resguardar.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero a los argumentos que el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, expone en su voto y a aquellos que en sentido concordante expresa la doctora Ana María Conde.

En efecto, tal como manifiestan mis aludidos colegas, los agravios desarrollados por la quejosa no resultan idóneos para delinear un caso constitucional susceptible de habilitar la competencia de este Estrado en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA. En este sentido, debe señalarse que los planteos de la recurrente se circunscriben cuestionar la valoración de las pruebas producidas en la causa en virtud de la cual los magistrados de las instancias de mérito rechazaron la pretensión indemnizatoria en diversos rubros —en tanto, en ambas instancias, se concluyó que las constancias arrimadas al expediente resultaban insuficientes para tener por acreditados diversos perjuicios invocados por la actora.

Asimismo se advierte que la quejosa, más allá de dejar en claro su postura discrepante y de alegar la arbitrariedad de la sentencia, en modo alguno rebate las afirmaciones contenidas en el pronunciamiento resistido. Así entonces, los agravios planteados no resultan hábiles para conmover la decisión adoptada,

máxime cuando buena parte de ellos —en particular, los resultantes de la insuficiencia probatoria—, en rigor, derivan de la propia conducta discrecional de los actores (conf. doctrina de *Fallos,* 267:64; 297:27; 308: 540 y 310:884, entre otros).

Sólo resta añadir que la manifestación contenida en el recurso relativa a la supuesta omisión de los magistrados que intervinieron en el expediente, consistente en no requerir una medida para mejor proveer a fin de echar luz sobre distintos puntos analizados en el pleito, resulta carente de todo sustento, en tanto la parte actora soslaya que tal tipo de actuación, además de constituir una facultad discrecional de los tribunales, posee carácter excepcional y no está prevista para suplir la inactividad de las partes.

En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por los Sres. Gastón Andrés Isacoff y Eduardo Saiegh.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Gastón Andrés Isacoff y Eduardo Saiegh.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con esta queja.

El juez Julio B. J. Maier no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

XXIV

"GAIDO, LUCIO MIGUEL C/CASSABA S/OTROS RECURSOS JUDICIALES C/RESOLUCIÓN DE PERSONAS PÚBLICAS NO ESTATALES S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Deserción del recurso.

SUMARIO:

1. Corresponde tener por desistido el recurso de inconstitucionalidad que fuera concedido en forma parcial por la Cámara, en atención al desinterés del recurrente en la continuación del trámite. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás y Ana María Conde).*

Expte. n° 5943/08 - 25/2/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Lucio Miguel Gaido interpuso recurso judicial directo contra la resol. 072-D-06, dictada por el Directorio de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CASSABA), en el expte. nº 238/05, en tanto ella desestimó el recurso de reconsideración articulado contra la resol. 033-D-05 que había rechazado la opción formulada por el actor —en los términos del art. 5º de la ley 1181— de acogerse al régimen previsional de la Caja de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, en desmedro del régimen porteño (fs. 1/20 vta.).

Contestado el traslado del recurso por CASSABA (fs. 54/68 vta.), la Sala ll de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, lo rechazó e impuso las costas en el orden causado (fs. 77/80 vta.).

2. Disconforme el actor con dicha decisión, dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 84/97).

La Sala ll de la Cámara de Apelaciones, previo traslado del recurso de inconstitucionalidad intentado (que fue contestado por la demandada a fs. 103/130), resolvió concederlo, salvo en lo que a la invocación de la doctrina de la arbitrariedad se refiere (fs. 134 y vta.).

3. El señor fiscal general adjunto, en su dictamen, propició el rechazo del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el recurrente (fs. 142/148 vta.).

4. Con posterioridad al llamado de los autos al acuerdo —y en atención a la entrada en vigencia de la ley 2811—, se requirió a la parte recurrente que manifestase si mantenía interés en el recurso planteado (fs. 153).

Frente a ello, el actor expresó su desinterés en la continuación del trámite del recurso de inconstitucionalidad que interpusiera, por haberse tornado abstracta la cuestión debatida en autos (fs. 157).

Ante el traslado conferido a CASSABA de dicha presentación (fs. 158), ella guardó silencio, por lo que pasaron nuevamente los autos al acuerdo (fs. 160).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención al desinterés del recurrente en la continuación del trámite del recurso de inconstitucionalidad que interpusiera (véase fs. 157) y a la falta de oposición de la CASSABA, corresponde tener por desistido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Sr. Lucio Miguel Gaido, dirigido a

cuestionar la sentencia de la Sala II de fecha 19/10/2007, que fuera concedido en forma parcial por ese tribunal.

En cuanto a la distribución de las costas, toda vez que el desistimiento formulado a fs. 157 se debió a la entrada en vigencia de la ley 2811 con posterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad, ellas deben ser soportadas en el orden causado (art. 67, segundo párrafo CCAyT).

Los jueces Luis F. Lozano, José O. Casás y Ana María Conde dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz.

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener por desistido* el recurso de inconstitucionalidad planteado por Lucio Miguel Gaido.

2º. *Imponer* las costas en el orden causado.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

El juez Julio B. J. Maier no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

XXV

"TRANSPORTES VEINTIDÓS DE SEPTIEMBRE SAC S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'TRANSPORTE VEINTIDÓS DE SEPTIEMBRE SACI S/INFRACCIÓN ARTS. 6.1.63, VIOLACIÓN DE SEMÁFOROS SIN PODER IDENTIFICAR AL CONDUCTOR. LEY 451'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Reformatio *in peius*.
Procedimiento de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires.
UNIDAD ADMINISTRATIVA DE CONTROL DE FALTAS: Cosa juzgada.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe ser rechazado si no cumple el recaudo de fundamentación prescripto por el art. 33 de la ley 402, toda vez que no controvierte de manera eficiente los motivos por los que la Cámara consideró que el recurso de inconstitucionalidad era inadmisible, y la presentación sólo expresa

la disconformidad con la sentencia. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Corresponde rechazar el recurso de queja que no logra establecer la adecuada correspondencia entre el derecho cuya afectación se invoca y el contenido de la sentencia recurrida, y no quedan explicadas las razones por las cuales se habría afectado la garantía de la prohibición de la *reformatio in peius*, cuando en el caso no ha mediado recurso o apelación contra una sentencia en *stricto sensu* , sino que se configuró el supuesto contemplado en el art. 24 de la ley 1217, de acuerdo al sistema adoptado por el legislador para el juzgamiento de las faltas. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

3. Las normas aplicables, cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada por la recurrente, no establecen la revisión judicial de un acto administrativo, sino el pase de las actuaciones al fuero Contravencional y de Faltas para el juzgamiento respecto de los hechos que motivaran la decisión de la Unidad Administrativa de Control de Faltas, otorgándole a esas constancias únicamente el valor de antecedente administrativo de ese trámite (art. 25, ley 1217). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

4. El recurso de queja contiene una crítica adecuada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad en la que se sostiene que el juez de Primera Instancia y la Cámara incurrieron en exceso jurisdiccional que descalifica como válido al pronunciamiento cuestionado, configurándose en esos términos una cuestión constitucional. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

5. En el régimen establecido por la ley 1217 para el juzgamiento de las Faltas, los actos emitidos por la autoridad administrativa tienen por su objeto naturaleza jurisdiccional; en consecuencia, una vez firmes gozan de la estabilidad de la cosa juzgada judicial, por lo que no pueden ser revisados ni modificados. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano)*

6. En el régimen establecido por la ley 1217 para el juzgamiento de las Faltas, el acto emitido por la Unidad Administrativa de Control de Faltas goza de la estabilidad propia de la cosa juzgada judicial, y el margen de decisión de los jueces de mérito en la segunda etapa del procedimiento posee un piso y un techo, que surgen de la pretensión del imputado, único sujeto legitimado para incitar la competencia judicial, y de las penas impuestas por el controlador de faltas, que no pueden ser agravadas porque emergen de una resolución pasada en autoridad de cosa juzgada. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Los criterios que provee el art. 28 de la ley 451 invocado por la Cámara, deben ser leídos como integrantes de un sistema jurídico que reconoce jerarquías normativas, e interpretados de un modo compatible con la Constitución local y demás normas de rango superior, lo que implica que en el caso, el respeto a las prescripciones previstas en los arts. 13.3 y 106, CCBA exigía

que los jueces no excedieran la medida en que su competencia fue habilitada por parte legitimada, que a la luz de esos principios constituyó un acto dictado *ultra vires*, que por ello debe ser revocado. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6037/08 - 25/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La abogada María Luisa Crespo, en representación de Transportes Veintidós de Septiembre S.A.C., interpuso recurso de queja (fs. 37/42) contra la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 31/32) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 26/29 vta.) que había sido articulado, a su vez, contra la resolución de la Sala (fs. 23/25) que confirmó la sentencia de primera instancia en cuanto impuso a la empresa transportista la pena única de pesos dieciséis mil cincuenta ($ 16.050), con costas, comprensiva de diversas multas por infracciones de tránsito.

2. La defensa, en su recurso de inconstitucionalidad, señaló que la decisión impugnada afectó la prohibición de la reformatio in pejus, los principios de congruencia y legalidad y los derechos de defensa en juicio, tutela judicial efectiva, igualdad y propiedad. Afirmó la recurrente que el juez de grado —a diferencia de lo que sostuviera la Cámara— carecía de facultades para modificar, en perjuicio de su parte, la resolución administrativa de condena en ausencia de recurso fiscal.

3. La Sala I consideró que el recurso de inconstitucionalidad no planteaba un caso constitucional y, consecuentemente, lo declaró inadmisible. Sostuvo la Cámara que la defensa se limitó a mencionar "fugazmente" garantías constitucionales presuntamente afectadas y a reiterar argumentos del recurso de apelación que ya habían sido tratados en la sentencia de fs. 23/25.

4. El fiscal general adjunto estimó que en las presentes actuaciones se había afectado el principio acusatorio y solicitó la nulidad del fallo de fs. 23/25 a fin de que se dicte otro pronunciamiento ajustado a los términos de la pretensión de la representación del Poder Ejecutivo.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja, oportunamente interpuesta por la defensa de Transportes Veintidós de Septiembre S.A.C. (fs. 37/42), debe ser rechazada.

2. La defensa no cumple el recaudo de fundamentación prescripto por el art. 33 de la ley 402 toda vez que no pone en crisis los motivos por los que la Sala I consideró que el recurso de inconstitucionalidad era inadmisible.

El escrito de la quejosa no controvierte de manera eficiente la decisión de fs. 31/32 a la que está dirigida. Dicha presentación solo expresa la disconformidad con la sentencia de la Cámara respecto del fondo del asunto para lo cual reitera las consideraciones expuestas en el recurso de inconstitucionalidad. En síntesis, sus manifestaciones no alcanzan a constituir una crítica en los términos del art. 33 de la ley 402.

Es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

Las deficiencias indicadas definen el rechazo de la presentación en análisis ya que técnicamente no constituye un recurso de queja, único medio que habilita al Tribunal a merituar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad denegado, dado que no está procesalmente prevista su interposición directa ante los jueces con competencia para tratarlo.

3. Voto, en consecuencia, por rechazar la queja que dedujera la defensa de Transportes Veintidós de Septiembre S.A.C., a fs. 37/42 y dar por perdido el depósito exigido por el art. 34 de la ley 402, cuya constancia de integración se agregó a fs. 45.

Los jueces Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

Tal como lo afirma la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, la queja no logra controvertir con solvencia el auto denegatorio del recurso que pretende defender. Tiene razón la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas cuando afirma que no advierte la existencia de cuestión constitucional hábil para incitar la intervención del Tribunal en el caso.

En efecto, la defensa no ha explicado las razones por las cuales se ha afectado la garantía a la que hace referencia (prohibición de la *reformatio in peius*) cuando, en el caso, no ha mediado recurso o apelación de su parte contra una sentencia en *stricto sensu*, sino que se ha configurado el supuesto contemplado en el art. 24 de la ley 1217, de acuerdo al sistema adoptado por el legislador para el juzgamiento de las faltas. Las normas aplicables —cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada por la parte recurrente— no establecen la revisión judicial de un acto administrativo, sino el pase de las actuaciones al fuero Contravencional y de Faltas para el juzgamiento respecto de los hechos que motivaran la decisión de la Unidad Administrativa de Control de Faltas,

otorgándole a las actuaciones administrativas únicamente el valor de antecedente administrativo a los efectos del juzgamiento (art. 25, ley 1217).

Desde esta perspectiva, en suma, la recurrente no ha logrado establecer la adecuada correspondencia entre el derecho cuya afectación invoca y el contenido de la sentencia recurrida.

Corresponde, en consecuencia, rechazar la queja presentada a fs. 37/42 y dar por perdido el depósito que exige el art. 34 de la ley 402, cuya constancia de integración se agregó a fs. 45.

Así lo votamos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja de Transportes Veintidós de Septiembre fue deducida en tiempo y forma oportunos y contiene una crítica adecuada del auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad.

La recurrente sostiene que el magistrado interviniente en primera instancia, y luego la Cámara, incurrieron en un exceso jurisdiccional que descalifica como válido al pronunciamiento cuestionado (fs. 39/41), al agravar de oficio algunas de las penas impuestas en sede administrativa por la Unidad Administrativa de Control de Faltas (UACF) y sometidas a su juzgamiento en virtud del derecho que le confiere el art. 24 de la ley 1217.

Más allá del rótulo bajo el cual el agravio fue planteado —*reformatio in peius*—, y del tratamiento que le confirió la Cámara, al abordarlo desde la óptica del mencionado instituto, la cuestión propuesta se vincula, en realidad, con el alcance de las facultades de los jueces para decidir en el marco del proceso instado por la ahora recurrente.

En tales condiciones, queda configurada una cuestión constitucional (arts. 13.3 y 106, CCBA) que habilita la competencia de este Tribunal y, por ello, el recurso de inconstitucionalidad ha sido mal denegado.

2.1. La ley 1217, cuya constitucionalidad no ha sido cuestionada, estructura el procedimiento de faltas en dos etapas: una primera, que transcurre ante la autoridad administrativa (UACF); y una segunda, ante los órganos permanentes del poder judicial.

Tal como se encuentra programado este régimen, los actos emitidos en la primera por los controladores tienen, por su objeto, naturaleza jurisdiccional y, consecuentemente, una vez firmes gozan de la estabilidad propia de la cosa juzgada judicial, por lo que no pueden ser ni revisados ni modificados. La segunda etapa, a la que sólo se arriba a instancia del imputado, puesto que sólo está prevista la intervención del Ministerio Público Fiscal una vez instada la vía judicial (art. 41, anteúltimo párrafo, ley 1217), supone una revisión amplia del acto administrativo dictado por la UACF, ante la instancia judicial (conf., en lo pertinente, mi voto en "Ministerio Público —Defensoría General de la Ciudad

Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'González Baez, Bernardo Javier s/inf. art. 83 (ley 1472)'", expte. nº 5603/07, sentencia del 28/5/2008).

Sin embargo, en tanto el acto administrativo dictado por la UACF hace cosa juzgada judicial en relación a aquellos aspectos que no han sido impugnados, dicha revisión se encuentra condicionada por la pretensión del imputado que, como dije, es el único legitimado para incitar la competencia del poder judicial. En otras palabras, el margen de decisión de los jueces en la segunda fase posee un piso y un techo, que surgen de la pretensión del imputado y de la decisión de la UACF pasada en autoridad de cosa juzgada, respectivamente.

2.2. A la luz de las reglas enunciadas, asiste razón al recurrente en cuanto a que las penas impuestas para cada una de las infracciones no pudieron ser agravadas por los jueces de mérito, puesto que la decisión del controlador de faltas de aplicar los mínimos previstos en cada caso, constituyó el techo a que me referí en el último párrafo del punto anterior.

En efecto, aunque la Cámara postula que "[a] la luz de tales pautas [las brindadas por el art. 28 de la ley 451], se advierte que la sanción impuesta por el juez se encuentra dentro del marco legal y resulta, además razonable" (fs. 24), la interpretación que efectúa de la mencionada norma choca con el diseño constitucional del proceso judicial.

Los criterios que provee el mentado art. 28 para graduar la sanción a aplicar frente a la comisión de una o más faltas no pueden ser leídos aisladamente, sino como integrantes de un sistema jurídico que reconoce jerarquías normativas. A partir de ello, entre todas las interpretaciones posibles de dicha disposición, debe escogerse aquella compatible con la Constitución local y demás normas de jerarquía superior, y no una que la ponga en pugna con ellas, lo que implica, en el caso, que el respeto de las prescripciones previstas en los arts. 13.3 y 106 CCBA exige que los jueces no excedan la medida en que su competencia es habilitada por parte legitimada.

En virtud de lo dicho, el pronunciamiento cuestionado constituyó un acto dictado *ultra vires*, que importó un desborde jurisdiccional y, por ello, debe ser revocado.

3. Corresponde, en consecuencia, resolver el fondo de la cuestión propuesta (art. 31, LPTSJ).

3.1. Señalo, en primer término que, aunque sumadas en una pena global, el Controlador de faltas interviniente procedió a establecer el monto condenado por cada infracción y no aplicó reglas de las que resulte una integración de la pena sino, en todo caso, una mera sumatoria. Consecuentemente, toca al juez establecer para cada una de ellas separadamente su potestad revisora, plena, habida cuenta de que se trata de actos de naturaleza jurisdiccional.

3.2. Conforme surge de las constancias de la causa, el controlador que intervino en la etapa ante la UACF había aplicado, para cada una de las faltas, la pena mínima prevista, arribando al monto total de condena de $ 16.700, decisión que luego fue modificada en sede judicial, absolviendo en relación a 23 de las actas labradas, por haber prescripto la acción en algunos casos, y por presentar diversos vicios que las invalidaban, en otros. En relación con las demás faltas, por las que se encontró responsable a Transporte Veintidós de Septiembre S.A.C., los montos de condena fueron fijados de la siguiente manera:

- $ 300 por cada una de las actas B7680634, B 6670050, B7332934 y B7680644, originadas por circular, estacionar o detenerse en la vía pública con placas de dominio ilegibles (art. 6.1.9, ley 451 —texto anterior a la reforma introducida por la ley 2148—);
- $ 400 por cada una de las actas B7333267 y B7234075, originadas por dos estacionamientos prohibidos consistentes en obstruir las sendas peatonales y las rampas para discapacitados (arts. 6.1.40, 2° párr. y 6.1.52, 2° párr., ley 451);
- $ 150 por cada una de las actas B7236620, B7236619, B7333272, B7333273, B7234023, B7333269 y B7234022, originadas por estacionamientos en doble fila no permitidos (art. 6.1.52, 1° párr., ley 451 —texto anterior a la reforma introducida por la ley 2148—);
- $ 1.000 por cada una de las actas B7253353, B7649649, B7363824, B6671522, B7253439, B7677611, B7646937, B6708085, B6671708, B6708087, B7649662, B7646932 y B7649648, originadas por violaciones a luces rojas de los semáforos sin haberse identificado a los conductores (art. 6.1.63, 2° párr., ley 451 —texto conforme ley 2015—).

En definitiva, en primera instancia la sociedad Transportes Veintidós de Septiembre S.A.C. resultó condenada a la pena única de pesos dieciséis mil cincuenta pesos ($ 16.050), decisión que luego fue confirmada por la Cámara (fs. 273/280 y 291/293, expte. 28.721/00).

3.3. Como surge de los puntos 2.2. y 3.1. de este voto, las penas para cada una de las faltas declaradas admisibles debían responder al mínimo legal previsto para cada caso, toda vez que la decisión de la UACF había pasado, a este respecto, en autoridad de cosa juzgada. En tales condiciones, el pronunciamiento de fs. 23/25 debe ser revocado en todo lo que importó un exceso a dicho límite.

En suma, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por Transportes Veintidós de Septiembre S.A.C., revocar la sentencia de fs. 23/25 en todo lo que excedió el límite impuesto por la resolución de la UACF firme, y mantenerla en todo lo que no ha sido motivo de impugnación.

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 37/42.

2º. *Dar por perdido* el depósito exigido por el art. 34 de la ley 402, cuya constancia de integración obra a fs. 45.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja, junto con las actuaciones principales, a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

El juez Julio B. J. Maier no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

XXVI

"MARTÍN, MAURO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CLUB ATLÉTICO VÉLEZ SARSFIELD S/INF. ART. 96, CC —APELACIÓN—'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos.
CUESTIÓN FEDERAL: Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario federal debe ser rechazado si la defensa no logra exponer razones que den fundamento a la genérica tacha de arbitrariedad que alega, y sólo manifiesta su desacuerdo con la resolución recurrida. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. Corresponde rechazar el recurso extraordinario federal si los agravios vinculados a la lesión de ciertas normas federales que refieren a las competencias del Estado local no fueron introducidos en tiempo oportuno, motivo por el cual no es posible su tratamiento por parte de la CSJN. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5978/08 - 25/2/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El defensor del Sr. Mauro Martín interpuso recurso extraordinario federal (fs. 117/130) contra la decisión de fs. 102/112, emitida el 19/11/2008, mediante la cual el Tribunal, por mayoría, rechazó la queja agregada a fs. 68/76.

2. El recurrente sostiene que la decisión impugnada afecta las garantías de debido proceso y de defensa en juicio, la prohibición de *reformatio in peius*, los principios de inocencia, de *in dubio pro reo*, de legalidad, de razonabilidad y de igualdad de partes en el proceso. Asimismo, denunció que "la actividad jurisdiccional se desempeñó arbitrariamente, además de violar las leyes federales que fijan los poderes de la Ciudad" (fs. 122 vta.).

3. El fiscal general adjunto, al contestar el traslado conferido (fs. 133/136), expresó que el Tribunal debía declarar inadmisible el recurso porque, aunque la defensa atacaba una sentencia equiparable a definitiva, no presentaba un caso federal. Además, indicó que el escrito incluía extemporáneamente ciertos motivos de agravio. Por último, descartó la aplicación en este caso de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido fue presentado en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN). Sin embargo, debe ser denegado, tal como lo señala el Sr. fiscal general adjunto, por las siguientes razones.

2. Preliminarmente se debe señalar que el recurrente incumple con la carga impuesta por el art. 8º de la acordada CSJN 4/2007. Allí se impone la obligación de transcribir —dentro del escrito o como anexo separado— todas las normas jurídicas mencionadas que no estén publicadas en el *Boletín Oficial* de la República Argentina, indicando, además, su período de vigencia. La defensa remite en sus agravios a la interpretación dada al art. 46 de la ley local 1472 (véase, p. ej., fs. 123 vta.), a pesar de lo cual el escrito no contiene —ni siquiera como anexo— la transcripción requerida.

3. El Tribunal, por mayoría, rechazó la queja en razón de que, por un lado, la defensa no había fundado adecuadamente el carácter de sentencia equiparable

a definitiva de la decisión cuestionada por recurso de inconstitucionalidad y, por otra parte, porque los agravios expuestos no planteaban una discusión constitucional. Las consideraciones vertidas fueron sustentadas en la interpretación de la ley procesal local (en el caso, ley 402) que regula el trámite y los requisitos de admisibilidad de los recursos que prevé la Constitución local ante esta instancia.

A fin de resolver la admisibilidad del recurso articulado, cabe recordar que resulta aplicable la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

4. La defensa no ha logrado exponer razones que den fundamento a la genérica tacha de arbitrariedad que alega, pues en el recurso sólo manifiesta su desacuerdo con la resolución recurrida.

Por ello, es preciso recordar que la admisibilidad del recurso por el motivo de arbitrariedad es estricta, pues, como lo tiene dicho la CSJN desde antiguo: "(l)a doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados o que se reputan tales, sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 294:376; 308:2351, 2456; 311:786; 312:246, 389, 608 y 323:2196, entre muchos otros). Dichas circunstancias están lejos de advertirse en este caso y basta una simple lectura de la decisión impugnada para afirmarlo.

5. Corresponde reiterar, asimismo, la jurisprudencia de la CSJN que indica que: "(e)s requisito de procedencia del recurso extraordinario que el pronunciamiento apelado revista el carácter de sentencia definitiva, entendiéndose por tal la que pone fin al pleito o hace imposible su continuación, como así también la que causa un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, siempre que priven al interesado de otros medios legales para obtener la tutela de sus derechos o impidan el replanteo de la cuestión en otro juicio" (*Fallos,* 303:633, entre otros). En particular es aplicable el criterio de la CSJN que indica que: "(l)as resoluciones recaídas en los procedimientos de ejecución de sentencia no son, como principio, susceptibles de apelación por la vía extraordinaria" (*Fallos,* 327:3999 y 330:4504, entre otros).

En este sentido, el recurrente no consiguió exponer por qué razón este caso constituye una excepción a la regla según la cual los recursos extraordinarios

—tanto el federal como el de inconstitucionalidad local— sólo proceden contra la sentencia definitiva del proceso y no contra decisiones propias de la etapa de ejecución (*Fallos,* 316:2315 y 321:756, entre otros).

6. A su vez, y tal como lo afirma el señor fiscal general adjunto, aquellos agravios vinculados a la lesión de ciertas normas federales que refieren a las competencias del Estado local no habían sido introducidos en tiempo oportuno, motivo por el cual no es posible su tratamiento por parte de la CSJN.

Es común a toda vía recursiva extraordinaria establecer pautas estrictas para su procedencia. No se trata de cercenar el acceso al tribunal sobre la base de un mero rigorismo formal, sino de resguardar el propio sentido del recurso como herramienta del proceso. Para poder admitir una revisión es necesario que exista una previa ponderación, porque la propia idea de re-examen (base del recurso) impone necesariamente este requisito.

En consecuencia, es aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual la cuestión federal, base del recurso extraordinario, debe introducirse en la primera ocasión posible que brinde el procedimiento, a fin de que los jueces de la causa puedan tratarla y resolverla (conf. *Fallos,* 312:1470, entre otros).

Los motivos que aquí se examinan han sido expuestos por vez primera en el recurso federal (ni siquiera antes, en el recurso de inconstitucionalidad local).

Por las razones expuestas, sólo queda denegar el recurso extraordinario federal agregado a fs. 117/130.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Voto por denegar el recurso de inconstitucionalidad en virtud de las razones expresadas por mi colega preopinante en los puntos 1, 2, 3, 4 y 6 de sus fundamentos.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza, doctora Ana María Conde y sólo deseo aclarar que entiendo que la falta de trascripción de las normas jurídicas locales mencionadas en el recurso, exigida por la acordada 4/07 de la CSJN, es sólo un defecto más que se añade a los ya señalados en el voto al que adhiero y que han sellado definitivamente la suerte de la presentación.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con mis colegas preopinantes en que el recurso extraordinario no puede ser concedido con relación al planteo según el cual los jueces de la Ciudad carecerían de la facultad de imponer prohibiciones que deban cumplirse fuera del ámbito territorial de la CABA. Aun cuando ante las instancias locales la defensa vino sosteniendo una limitación como la reseñada, lo cierto que en esa oportunidad apoyó esa conclusión en una interpretación de los arts. 2º, 8º y 49 de la

ley 7. En cambio, en el presente recurso federal para afirmar que los jueces de la Ciudad carecen de la mencionada facultad reformula sus argumentos buscando apoyo en lo previsto en las leyes de la Nación nos. 24.588, 26.288 y 26.357 y el art. 129 de la C.N., al punto de tornarlo novedoso. Esa circunstancia lleva a que ese agravio no pueda prosperar, porque, como bien señalan mis colegas, es fruto de una reflexión tardía.

2. Tampoco puede prosperar el recurso federal con relación a las invocadas violaciones a los arts. 18, 19 y 28 de la C.N. y 8.1 de la CADH y 14.1 del PIDCyP. Dichos planteos no están dirigidos contra la sentencia definitiva a que se refiere el primer párrafo del art. 14 de la ley 48, ni contra una que la defensa haya demostrado equiparable. Este Tribunal, esto es, el superior tribunal de la causa al que la defensa podría haber accedido si la cuestión por ella planteada fuese, en lo que ahora importa, de índole federal, rechazó, el 19/11/2008, la queja deducida por la defensa, principalmente, porque no logró demostrar que la decisión que viene recurriendo, una dictada en la etapa de ejecución de sentencia, constituya, en los términos de la CSJN, un apartamiento palmario de la definitiva. En tales condiciones, y tal como señala el voto de mayoría, resulta aplicable la doctrina de la CSJN según la cual las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, por regla, a la instancia del art. 14 de la ley 48.

3. En cuanto a la arbitrariedad atribuida a la sentencia, no corresponde al emisor del fallo más análisis que el que arroja como resultado la ausencia de relación directa entre lo resuelto y las normas constitucionales invocadas, pues median, entre ambos, fundamentos no federales, acerca de cuyo mérito ha precluido la oportunidad para expedirse.

Por lo expuesto, voto por: denegar el recurso extraordinario interpuesto a fs. 117/130.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 117/130.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 112, punto 3.

El juez Julio B. J. Maier no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

XXVII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'HUARTE, AÍDA MARGARITA C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Derecho común. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. No puede prosperar el recurso de queja que pretende una tercera instancia —inexistente en la ley para juicios de este importe— sobre la valoración de la conducta de la actora en ocasión del accidente que da lugar a los perjuicios reclamados y sobre la inteligencia de las reglas jurídicas que rigen el caso (arts. 1112 y 1113, Cód. Civil), todas normas de derecho común (infraconstitucional). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Es inadmisible la arbitrariedad denunciada como motivo único del recurso de inconstitucionalidad, pues no significa otra cosa —semánticamente— que la voz agravio, más utilizada académicamente para señalar un presupuesto de todos los recursos, y traduce el perjuicio que la decisión provoca por no haber aceptado los puntos de vista del recurrente en cuanto a la valoración del caso y a la determinación de la norma jurídica que le da solución. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. El recurso de queja debe rechazarse si remite al análisis de cuestiones de hecho y prueba ajenas, por regla, a la competencia de este Tribunal; sin que el recurrente logre demostrar que corresponda hacer excepción a esa regla por resultar lo resuelto por los jueces de mérito fruto de su mero arbitrio, más allá de su acierto o error. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

4. La ausencia de caso constitucional determina la improcedencia del recurso de inconstitucionalidad, situación que se verifica cuando el tribunal superior de la causa ejerció criteriosamente las facultades previstas en el art. 310 del CCAyT; y no se advierte que de su actividad se afecten garantías o derechos constitucionales, ni que ello refiera a una cuestión, en la que la interpretación de una norma de ese rango, resulte dirimente. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6102/08 - 4/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Aída Margarita Huarte promovió demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA) tendiente al cobro de $ 27.650,

más intereses y costas, en concepto de indemnización por daños y perjuicios. Al disponerse a cruzar la Avenida San Juan en su intersección con Pasco, ella utilizó la rampa para discapacitados porque trasladaba un "changuito" con mercadería, se resbaló, cayó y sufrió una luxación de tobillo, rotura de tibia y golpes en el brazo izquierdo, por las que tuvo que ser intervenida quirúrgicamente. Señaló que en esa ocasión lloviznaba y que la rampa, que sería de material premoldeado, no era antideslizante y no cumplía con las especificaciones técnicas que estipula la norma vigente en la materia —ley 24.314 y dec. 814/97— (fs. 1/9).

2. El GCBA se opuso al progreso de la demanda pues estimó, entre otras cuestiones, que el accidente se debió a culpa exclusiva de la actora, ya que la rampa no está destinada al uso de personas mayores, sobrecargadas (fs. 10/17).

3. La sentencia de primera instancia resolvió "1. Hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, condenar al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abonar a la actora Da. Aída Margarita Huarte, la suma de pesos veintiseis mil novecientos veinte ($ 26.920) (...), con más los intereses (...), con costas" (fs. 18/25).

4. El GCBA apeló la sentencia (fs. 26/30 vta.). La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario decidió "I. Confirmar, (...), la sentencia de grado en cuanto a la atribución de responsabilidad al GCBA. II. Condenar, en consecuencia, a la demandada a abonar a la actora la suma de pesos veinticuatro mil novecientos veinte ($ 24.920), con más los intereses establecidos en el pronunciamiento de la instancia anterior y de acuerdo al procedimiento previsto en los arts. 395, 398 y cc. del CCAyT. III. Imponer las costas de ambas instancias a la demandada vencida" (fs. 31/40).

La Sala consideró que la responsabilidad del Estado local "corresponde a la que se derivaría por ser el dueño o guardián de la cosa y por el hecho de haber asumido el control de un servicio público". Tuvo por probado, de acuerdo con la pericia practicada, que la rampa no satisface las exigencias legales vigentes, y que se encuentra recubierta de fibra de vidrio, material que al mojarse no tiene características antideslizantes. Respecto de los rubros indemnizatorios y su cuantía, modificó parcialmente el fallo de primera instancia.

5. Contra esa resolución, el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad, con sustento en la doctrina de la arbitrariedad por entender que la Cámara "ha omitido considerar cuestiones significativas para la correcta solución de la causa...". Invocó los arts. 1º, 14, 18, 28 y 33, C.N.; 1º y 104, inc. 11, CCBA

(fs. 41/45 vta.). La actora lo contestó (fs. 65/68 vta.) y solicitó su rechazo por ausencia de caso constitucional.

La Sala II declaró inadmisible el recurso (fs. 47/48). El demandado planteó la queja agregada a fs. 50/60 vta. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja ya que "las cuestiones alegadas por el demandado en sustento de los recursos de inconstitucionalidad y de queja, no habilitan —en principio— su tratamiento por ante esta instancia extraordinaria, pues los argumentos expuestos no logran conectar aquellas cuestiones con la infracción a las normas y principios constitucionales invocados" (fs. 72/74).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja, planteado en tiempo y forma, por el GCBA con fundamento único en la *arbitrariedad* de la sentencia de segunda instancia no puede prosperar.

2. El recurso de inconstitucionalidad del GCBA afirma que "...Se ignoran las constancias de la causa. La actora, se lesiona al tratar de utilizar una rampa para discapacitados, la que no debió haber usado y, no porque exista prohibición alguna al respecto, sino porque la utiliza indebidamente." (fs. 44 vta.). Acierta el señor fiscal general adjunto al señalar que "el recurrente intenta demostrar que el análisis efectuado por el tribunal sobre las circunstancias fácticas y las pruebas producidas en autos, es constitucionalmente reprochable. Sin embargo del decisorio no surge que éste sea carente de fundamento o basado solamente en la voluntad de los sentenciantes. El hecho de que su actividad se oriente en una dirección contraria a los intereses del agraviado no importa afectación de derechos constitucionales, ni habilita a calificar al fallo de arbitrario".

Resulta evidente que el recurso pretende una tercera instancia —inexistente en la ley para juicios de este importe— sobre la valoración de la conducta de la actora en ocasión del accidente que da lugar a los perjuicios reclamados y sobre la inteligencia de las reglas jurídicas que rigen el caso (arts. 1112 y 1113, Cód. Civil), todas normas de derecho común (infraconstitucional). El recurso pierde de vista que el Tribunal ha dicho, reiteradamente, que su competencia, por vía del recurso interpuesto, no constituye una nueva (tercera) instancia de mérito, ni ella lo erige en un tribunal de casación sobre la interpretación de la ley común (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 20 y ss., en: "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000; más próximo al momento actual: expte nº 1898/02, "'Droguería Americana c/GCBA [Dir. Gral. de Rentas – resol. 7346-1991] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de

DGR' s/recurso de apelación ordinario", sentencia del 17/11/2003), razón por la cual el recurrente ha seguido un camino equivocado.

En verdad, las instancias anteriores nada han ignorado. Menciono sólo a guisa de ejemplo: han tenido presente las pruebas rendidas, la normas pertinentes, nacional y local, que regulan las condiciones de las rampas de acceso para personas con movilidad reducida, han considerado que la construcción de aquella en la que sucedió el accidente era defectuosa, ya que carecía del carácter antidelizante y de las barandas exigidas por la legislación, etcétera. Además, las sentencias han ponderado la conducta de la actora, no otra que la de usar la rampa para descender a la calle con un carrito con mercancías, y así evitar cualquier sesgo disvalioso en ese comportamiento. En suma: han tratado las pruebas, los argumentos de las partes y el derecho que rige el caso para concluir, fundadamente, en la responsabilidad del Estado. Ninguna lesión a principios constitucionales se advierte en la sentencia, más allá de las reiteradas menciones, sin referencia concreta al caso más que el agravio que la sentencia provoca en el recurrente, perdidoso en general del caso.

3. Como lo he señalado reiteradamente, la arbitrariedad denunciada como motivo único del recurso de inconstitucionalidad, no significa otra cosa —semánticamente— que la voz agravio, más utilizada académicamente para señalar un presupuesto de todos los recursos. Y ella, a su vez, no significa otra cosa que perjuicio que la decisión provoca por no haber aceptado los puntos de vista del recurrente en cuanto a la valoración del caso y a la determinación de la norma jurídica que le da solución. Pero, a más de toda la jurisprudencia del Tribunal sobre la excepcionalidad de la procedencia del recurso por este motivo, según señala la creadora del llamado motivo del recurso federal ante ella, nuestra CSJN (véase, por todos, expte. n° 5099/06 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Palomes, Susana c/OsCBA y otros s/amparo [art. 14 CCBA]'"), y de la opinión mía, más estricta que aquella (conf. mis votos en: "Compañía Meca S.A. c/DGR [resol. 429/DGR/2000] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 2630/03 y sus acumulados exptes. n° 2538/03 y n° 2585/05, sentencia del 12/8/2004, y sus citas; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. n° 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005), tal perjuicio, innegable en el caso, no emerge por aplicación de una regla constitucional de mayor rango que las comunes o que habla sobre la validez de estas últimas, aplicadas en el caso, sino, tan sólo, de una discrepancia acerca de aquello que significa el caso y

aquello que dice el derecho común (infraconstitucional) vigente, afirmación con la cual queda clausurada esta "tercera instancia", intentada sin derecho y por fuera de los límites de competencia del TSJ, conforme a la ley que rige esa competencia judicial (CCBA, 113 y ley procesal local 402).

Ante la carencia de un caso constitucional, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por el GCBA.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero a la solución que propicia el señor juez de trámite, Dr. Julio B.J. Maier, en su voto.

2. En efecto, tal como se señala en el voto del magistrado preopinante, el planteo del recurrente no involucra un caso de naturaleza constitucional pues la sentencia cuestionada se encuentra fundada en cuestiones de hecho y prueba ajenas, por regla, al recurso intentado y dilucidada bajo preceptos de derecho común. Ello es suficiente para desestimar la queja.

3. Además de lo expuesto, corresponde señalar que tampoco se ha acreditado la causal de arbitrariedad invocada por el Gobierno para sostener su recurso, desde que el fallo impugnado no puede tildarse de carente de lógica, autocontradictorio o de insuficiente fundamentación.

En consecuencia y lo concordantemente dictaminado por el señor fiscal general adjunto, corresponde rechazar el recurso de queja.

Los jueces Luis F. Lozano y José O. Casás dijeron:

1. Coincidimos con el juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier, en que la queja debe ser rechazada.

2. El recurrente sostiene que la Cámara no tuvo en cuenta que la actora utilizó en forma indebida la rampa para discapacitados. En ese orden de ideas, señala que las rampas como las controvertidas en el *sub lite* no fueron establecidas para descender por ellas como lo hizo la Sra. Huarte: "...un día de lluvia...", arrastrando un carrito muy "...pesado para ella..." y sin tomarse "...de baranda alguna..." (fs. 44 vta.), sino para que circulen las personas que padecen discapacidades; situación que lleva al Gobierno a afirmar que la conducta de la actora "...interrump[ió] el nexo causal..." (fs. 44 vta.).

2.1. Ese planteo no puede prosperar. En primer lugar, porque remite, tal como señala el juez de trámite, en sentido coincidente con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, al análisis de cuestiones de hecho y prueba ajenas, por regla, a la competencia de este Tribunal; sin que el recurrente haya logrado demostrar que corresponda hacer excepción a esa regla por resultar lo

resuelto por los jueces de mérito fruto de su mero arbitrio, más allá de su acierto o error. En segundo lugar, porque aun cuando la demandada utiliza la expresión "indebidamente" en forma ambigua, puesto que señala que la incorrecta utilización a que se refiere no es producto de una prohibición, lo cierto es que, si pretendía darle sustento a esa afirmación debió apoyarla en una norma que le sirviese de fuente, cosa que el Gobierno recurrente no hizo.

Por lo expuesto, y lo concordantemente dictaminado por el señor fiscal general adjunto, votamos por rechazar la queja deducida a fs. 50/60 vuelta.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en legal tiempo, forma y dirige una critica concreta y puntual contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

2. De conformidad con lo señalado por el señor fiscal general adjunto en su dictamen, a cuyos términos me remito, la ausencia de caso constitucional determina la improcedencia del recurso de inconstitucionalidad.

En efecto, el tribunal superior de la causa ejerció criteriosamente las facultades previstas en el art. 310 del CCAyT; y no advierto que de su actividad se afecten garantías o derechos constitucionales, ni que ello refiera a una cuestión, en la que la interpretación de una norma de ese rango, resulte dirimente.

En consecuencia, voto por declarar procedente la queja y desestimar por infundado el recurso de inconstitucionalidad.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XXVIII

"METROVÍAS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'METROVÍAS S.A. C/ENTE ÚNICO REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/OTROS REC. JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO EST.'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia equiparable a definitiva. Denegatoria del fuero federal. Derecho público local. Metrovías. Contrato de concesión. Poder de policía. COMPETENCIA: Fuero contencioso administrativo y tributario local. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

SUMARIOS:

1. Las decisiones en materia de competencia, por regla, no son sentencias definitivas pero resultan equiparables a tales cuando media denegatoria del fuero federal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. Los actos administrativos de la Administración Pública porteña deben ser cuestionados ante el Poder Judicial del mismo Estado local, máxime cuando se trata de una relación de derecho público local, como lo es el ejercicio del poder de policía. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

3. El Poder Judicial de la CABA tiene competencia para entender en las acciones judiciales que cuestionen actos dictados por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la CABA. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. En el recurso extraordinario federal interpuesto no se ha demostrado que la decisión cuestionada relativa a la validez o invalidez del acto administrativo de carácter local verse sobre materia federal, remita a la aplicación de normas federales, o requiera, de modo principal interpretar el contrato de concesión y su cumplimiento. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Los poderes de la Nación y los de las entidades políticas locales con facultades propias de legislación y jurisdiccionales conviven sobre el mismo territorio, aun el de la Capital Federal, cuya Legislatura es la de la Ciudad y no el Congreso de la Nación, y prevalece el poder de la Nación cuando está previsto como privativo o cuando por razones de hecho, el ejercicio superpuesto es imposible. (*Voto del señor juez Luis F. Lozano)*.

6. Entre una multa retributiva, impuesta en sede local, y las sanciones disponibles para la autoridad nacional, destinadas a asegurar el funcionamiento del servicio público conforme a las condiciones que habilitan su prestación, no se verifica la identidad exigida para tener por configurado un supuesto de

doble sanción ilegítima, que pudiera dar sustento a la pretensión de aplicar la competencia federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. El argumento dirigido a equiparar a sentencia definitiva la denegatoria del fuero federal no es viable en el marco del recurso de inconstitucionalidad regulado en los arts. 27 a 32 de la ley 402, a diferencia de lo que ocurre a los efectos de la admisibilidad del recurso extraordinario federal. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. La equiparación a sentencia definitiva sólo se justifica cuando la decisión recurrida sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local, supuesto que no se cumple cuando la sentencia cuestionada declara que la justicia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad es competente para entender en el proceso. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. La sentencia que resuelve un problema de competencia, ya por incidente, ya de oficio, cuando quien lo decide tiene facultad para ello, no es, en caso alguno o, cuando menos, por regla, una sentencia definitiva; y no lo es tampoco, cuando el problema de competencia consiste en el entrecruzamiento de dos jurisdicciones distintas, por ejemplo, la de los tribunales de la CABA frente a los tribunales nacionales, de una provincia frente a los de otra o de una provincia frente a tribunales nacionales o federales. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 6054/08 - 4/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Metrovías S.A. (en adelante, "Metrovías") interpuso recurso directo de apelación ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad (fs. 1/18) contra la resol. 87/EURSPCABA/06 emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que le impuso una multa de $ 58.460 conforme a los arts. 2º, 3º, 20 y 22 de la ley 210; arts. 15 y 16 de la ley 757 y art. 47 de la ley 24.240 y le ordenó la publicación de la sanción a su costa en el diario de mayor circulación de la Ciudad.

La actora sostuvo que el acto administrativo impugnado era nulo de nulidad absoluta y manifiesta dado que adolecía de vicios esenciales en su competencia, causa y procedimiento al tiempo que violaba el principio del

"respeto de los propios actos" (fs.1) y los principios correspondientes al derecho administrativo sancionador.

Si bien la accionante se presentó en los términos del art. 21 de la ley 210 —reguladora del Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, planteó como cuestión de previo y especial pronunciamiento que se declarase la incompetencia del fuero contencioso administrativo de la Ciudad y se remitieran las actuaciones a la justicia federal en lo contencioso administrativo. Manifestó que el art. 23 del contrato de concesión prevé que aquél se encuentra sometido a la jurisdicción nacional y sujeto a la competencia de los tribunales del fuero nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, con exclusión de otro fuero o jurisdicción.

Asimismo, Metrovías requirió la citación del Estado Nacional ya que, sostuvo, es titular de una concesión nacional de carácter federal. También pidió que se suspendieran los efectos de la resol. 87/EURSPCABA/06 (conf. arts. 189 y ss. del CCAT) y que se intimara al Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad para que remitiera el expte. nº 433/EURSPCABA/04 (y su acumulado nº 237/EURSPCABA/04) en cuyo marco se dictara la resolución en crisis.

2. En lo que aquí interesa, la Sala I, por remisión a un caso análogo ("Metrovías S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos", expte. nº 1599/0), resolvió: *i)* rechazar el planteo de incompetencia, *ii)* declarar, de oficio, la inconstitucionalidad del art. 22, inc. 5º, de la ley 210, *iii)* tener por habilitada la instancia judicial, *iv*) hacer saber a la actora que dentro del plazo de diez días podría ampliar los fundamentos y el ofrecimiento de prueba contenidos en su escrito de inicio, y *v)* conceder la medida cautelar solicitada (fs. 19 y vta. y fs. 20/29 vta.).

3. Contra la resolución de la Cámara, la impugnante interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 35/42).

4. El *a quo* (fs. 44/45) resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad.

En relación con ese recurso, los jueces señalaron que el pronunciamiento atacado no reunía la condición de definitivo ni equiparable. Resaltaron también que Metrovías no había demostrado la existencia de un gravamen irreparable.

5. Contra la decisión de fs. 44/45, la actora dedujo la queja que tramita en autos (fs. 51/62 vta.).

6. A fs. 67 se corrió traslado al Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Buenos Aires del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías por el plazo de 10 días, el que no fue contestado (véase fs. 71).

7. Requerido su dictamen, el fiscal general propuso el rechazo del recurso directo (fs. 72/78 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La cuestión debatida en autos es sustancialmente similar a la que fuera resuelta en "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", expte. nº 5428, sentencia del 9/4/2008, por lo que la solución que propicio es idéntica a la adoptada en el precedente indicado.

Por razones de brevedad me remito a los fundamentos que expusiera en los apartados 1 y 5 del expte. nº 5428, que son incorporados a esta causa mediante el agregado de copia de aquella decisión. Voto, pues, por rechazar la queja intentada.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, por la misma razón que ella menciona: la resolución atacada no constituye una sentencia definitiva —condición del recurso intentado— según se ha expresado en múltiples casos similares planteados por el mismo actor, alguno de los cuales menciona la señora jueza de trámite y agrega su sentencia. Vale la pena también repetir el extraño caso que, invariablemente, presenta el actor, Metrovías: en lugar de demandar ante el juez que estima competente, prefiere demandar ante un tribunal que estima incompetente y, a renglón seguido, interponer frente a su misma demanda una suerte de excepción de incompetencia.

El juez José O. Casás dijo:

La cuestión planteada en autos resulta sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal el día 9/4/2008 *in re*: "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", expte. n° 5428/07.

En consecuencia, por remisión a lo expresado en aquella oportunidad en los puntos 1 a 3 del voto de la señora jueza Ana María Conde, a los que adherí en forma expresa, voto por admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A. Por Secretaría deberá agregarse a este expediente copia del precedente citado en el párrafo anterior.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con mis colegas en cuanto señalan que la cuestión planteada en autos resulta sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal el 9/4/2008 *in re*: "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", expte. n° 5428/07.

Por ello, remito en lo pertinente al voto emitido en la sentencia citada, cuya copia será agregada para integrar este pronunciamiento. En consecuencia, corresponde admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A.

La jueza Ana María Conde dijo:

La cuestión planteada en estas actuaciones es análoga a la resuelta por el Tribunal, en forma adversa para la parte recurrente, en los autos "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", expte. nº 5428/07, resolución de fecha 9/4/2008.

Por los fundamentos expresados en esa sentencia, a los que me remito por razones de brevedad y los doy por reproducidos aquí sin otro trámite —en tanto ellos son conocidos por Metrovías, parte recurrente en ambos juicios—, voto por admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* el recurso de queja interpuesto por Metrovías S.A. y devolver el depósito de fs. 50.

2º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A.

3º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 9/4/2008, en los autos "Metrovías SA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'" (expte. nº 5428/07).

4º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XXIX

"METROVÍAS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'METROVÍAS S.A. C/GCBA Y OTROS S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Sentencia definitiva. Pedido de citación de terceros. Gravamen irreparable. Equiparación a sentencia definitiva. Interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. La desestimación del pedido de citación del Estado nacional en calidad de tercero no es sentencia definitiva porque no pone fin al proceso ni impide su continuación, y el recurrente no acreditó que esa decisión le cause un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Julio B. J. Maier, Alicia E. C. Ruiz. Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. Para obtener la declaración judicial de nulidad de la multa impuesta, Metrovías debe alegar y probar los vicios en los elementos del acto administrativo sancionador, demostrar que no incumplió sus obligaciones ni incurrió en negligencia en su carácter de concesionario, a cuyo efecto resulta indiferente la participación en este proceso del Estado nacional, motivo adicional para descartar la existencia de un perjuicio irreparable derivado de la resolución recurrida. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Este tribunal sólo puede ingresar al conocimiento de un caso, cuando se trata de asuntos que versan sobre la interpretación o aplicación de normas de la Constitución Federal o de la Ciudad Autónoma, supuestos que no se verifican cuando el debate se limita a la interpretación y aplicación al caso de normas infraconstitucionales, más específicamente las que regulan el instituto procesal de la intervención de terceros (arts. 84 a 90 de la ley 189). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. A fin de poder equiparar el pronunciamiento que rechazó el pedido de citación de terceros a uno de naturaleza definitiva, es menester la realización por parte del recurrente, de un esfuerzo de fundamentación que permita exponer la irreparabilidad de su agravio y así habilitar la intervención de este tribunal en una cuestión netamente procesal, por regla, ajena al recurso de queja. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 6096/08 - 4/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Metrovías interpuso recurso de apelación directo con el objeto que se declare nula la resol. 17/EURSPCABA/06 (obrante en copia a fs. 185/195), emitida por el Ente Unico Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad, que le impuso, habida cuenta su carácter de concesionario del servicio público de subterráneos de la Ciudad, una multa de pesos doscientos un mil doscientos ($ 201.200) por los incumplimientos constatados en los plazos de reparación de las escaleras mecánicas de las estaciones Perú, Piedras y Congreso, en los años 2003 y 2004 (fs. 395/421).

En dicho escrito solicitó la citación en calidad de tercero del Estado nacional para oponerle el pronunciamiento que se dicte en esta causa, fundado en los siguientes argumentos (véanse fs. 417/418 vta.):

a) en caso de confirmarse la competencia que el Ente Único Regulador se atribuye con relación al contrato de concesión, el Estado nacional (a través de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte) verá turbados sus deberes/facultades de fiscalización;

b) el accionar del Ente Único Regulador, de prosperar, resultará en un desequilibrio contractual que posteriormente deberá cubrir el Estado nacional, dado que el órgano de la Ciudad no recurre a los parámetros establecidos en el contrato de concesión para sancionarlo. Dicho contrato de concesión establece y gradúa las sanciones en relación a los ingresos que genera la operación de la concesión, de modo que cualquier parámetro diferente al mismo que se quiera utilizar para penalizar a nuestra mandante indefectiblemente derivará en una desproporción en relación a los ingresos.

c) dado que las escaleras en cuestión habrían estado detenidas en función de su excesiva antigüedad, resultante del incumplimiento del Estado nacional de su Plan de Inversiones, Metrovías le requerirá que le reintegre cualquier sanción que se aplique por tal circunstancia.

2. La Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el pedido de citación de terceros (fs. 384/385), resolución que fue cuestionada por la actora mediante recurso de inconstitucionalidad (fs. 388/394), que no fue concedido por la Cámara (fs. 387).

Contra dicha denegatoria la accionante interpuso el presente recurso de queja (fs. 432/440).

3. El señor fiscal general adjunto propició que se rechace la queja (fs. 455/457).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja cumple los requisitos de tiempo y forma (conf. art. 33 de la ley 402), sin embargo no puede prosperar, ya que no logra rebatir los fundamentos en que se basó la Cámara para no conceder el recurso de inconstitucionalidad: la inexistencia de sentencia definitiva y de caso constitucional.

Este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla (conf. el Tribunal *in re* "Guglielmone, María Dolores s/art. 74 CC s/recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ' Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

2. En primer lugar, el recurso de inconstitucionalidad no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable.

La decisión cuestionada consiste en la desestimación del pedido de citación del Estado nacional en calidad de tercero, efectuado por Metrovías. Esta decisión no pone fin al proceso ni impide su continuación, motivo por el cual no es posible afirmar la existencia de una sentencia definitiva.

Por otra parte, el recurrente tampoco acreditó que la resolución cuestionada le cause un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, sino que —por el contrario— constituye una contingencia del proceso que no implica ningún tipo de pronunciamiento ni condicionamiento sobre la cuestión de fondo. En otras palabras, el recurrente ha podido invocar, desarrollar y ofrecer prueba sobre los motivos por los que considera inválida la sanción impuesta (véanse fs. 401/417, ap. IV y V), los que serán analizados por los jueces de mérito en la oportunidad correspondiente, que no ha sido ésta.

La pretensión del recurrente en cuanto a la intervención del Estado nacional en este proceso, no tiene virtualidad alguna para favorecer su pretensión procesal. En efecto, para obtener la declaración judicial de nulidad de la multa impuesta, lo que debe hacer Metrovías es alegar y probar los vicios en los elementos del acto administrativo sancionador, demostrar que no incumplió sus obligaciones ni incurrió en negligencia en su carácter de concesionario, y a tales efectos resulta indiferente la participación en este proceso del Estado nacional, motivo adicional para descartar la existencia de un perjuicio irreparable derivado de la resolución recurrida.

3. Asimismo, tampoco se constata en el caso la existencia de un genuino caso constitucional.

El recurrente sostiene que la resolución cuestionada afecta su derecho de defensa, la garantía del debido proceso, y sustrae la cuestión de sus jueces naturales (arts. 18, C.N. y 13, CCBA), pero dicha afirmación no es luego desarrollada ni relacionada con la cuestión debatida en la causa de manera que permita sustentar un verdadero caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402, en tanto se sostiene, exclusivamente, en la mera discrepancia de la recurrente con la decisión del tribunal *a quo*, sin llegar a demostrar en qué forma la aplicación de la resolución cuestionada afectaría las disposiciones constitucionales referidas directamente al caso.

Este tribunal sólo puede ingresar al conocimiento de un caso, cuando se trata de asuntos que versan sobre la interpretación o aplicación de normas de la Constitución Federal o de la Ciudad Autónoma, supuestos que no se verifican en este caso, en el que el debate se limita a la interpretación y aplicación al caso de normas infraconstitucionales, más específicamente las que regulan el instituto procesal de la intervención de terceros (arts. 84 a 90 de la ley 189). El recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos y derecho común, ni sobre cuestiones procesales como la de autos, materias que resultan propias de los jueces de mérito y ajenas —en principio— al recurso de inconstitucionalidad que se intenta.

4. Por todo lo expuesto, voto por rechazar la queja.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

La empresa del rubro insiste en recurrir ante este estrado toda resolución interlocutoria que, según ella, le provoca un agravio. A más de los defectos de fundamentación de la queja, relativos tanto a la superación de las razones por las cuales se rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, como a la fundamentación de su admisibilidad, incluso excepcional, resulta autoevidente que la resolución que soporta el recurso no es una sentencia defintiva, conforme lo exige la ley procesal local que regula el recurso que se pretende

interponer con éxito (ley 402, art. 27). El recurrente no ha fundado lo contrario y, aún más, previo a ello no se ha molestado por fundar el agravio real que le produce el rechazo de la citación del tercero que menciona. Por lo contrario, el proceso proseguirá su marcha hacia la sentencia final, cualquiera que sea la valoración que merezca validez y alcance de esa sentencia, incluso bajo los puntos de vista que hoy pretenden fundar el recurso de inconstitucionalidad. Voté así, por el rechazo de la queja, en las acciones similares iniciadas por la misma empresa que llevan los números 5443/5446/5447/5448 y 5449 e, incluso, ya antes en este mismo proceso, entonces bajo el número de orden 5568. Lo curioso de estos casos consiste en que la empresa pretende anular una decisión administrativa del Estado local, para lo cual demanda, como corresponde, ante los jueces instituidos en el territorio en el que funciona esa Administración y por el poder estatal del cual depende, jueces instituidos, precisamente, para controlar a esa Administración; pero, inmediatamente, el mismo actor plantea una suerte de excepción a su misma demanda con la pretensión de que el litigio sea conducido por los jueces de otro Estado, el federal. Francamente, podría la empresa ahorrar camino si demanda directamente ante los jueces del Estado que estima competente. En este mismo proceso, incluso, el actor ya ha procedido así, como se menciona en la crítica, en dos ocasiones consecutivas y con planteos similares.

Por lo demás, tampoco está explicado cuál es el caso constitucional planteado por el actor, ni —como lo observan mis colegas— ello surge con evidencia de los recursos interpuestos.

Ambas razones imponen el rechazo de la queja que, a mi juicio, equivale también al rechazo de su recurso de inconstitucionalidad.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja presentada por Metrovías S.A. (en adelante, "Metrovías") cumple con sus correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. La Cámara resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la decisión que rechazó el pedido de citación como tercero del Estado Nacional efectuado por la actora.

Los jueces entendieron que el pronunciamiento impugnado no reunía la condición de definitivo con relación a ninguna cuestión constitucional. Agregaron que la recurrente tampoco había demostrado que la resolución atacada le ocasionara un perjuicio irreparable que hubiera permitido su equiparación a una sentencia definitiva.

Por otro lado, los magistrados destacaron que la empresa no había logrado vincular de manera estrecha y directa la interpretación efectuada por la Sala I del régimen procesal y la garantía de la defensa en juicio.

3. Consideraré inicialmente la crítica que formula la quejosa al primero de los fundamentos del auto denegatorio referidos más arriba, a saber, la falta de sentencia definitiva o equiparable. Ello, por cuanto la ausencia de tal recaudo define el rechazo del recurso articulado por la accionante.

Metrovías sostiene que el auto denegatorio es arbitrario por basarse en afirmaciones dogmáticas. Insiste en que la resolución atacada veda la participación de los terceros necesarios en la solución de la controversia, y de ese modo afecta su derecho de defensa y el debido proceso y obstruye la petición de la competencia de la justicia federal. Aduce que la Cámara no le permite al Estado nacional defender sus intereses en tiempo oportuno, obligando a la actora a iniciar nuevos procedimientos una vez terminado el proceso de autos.

4. Como lo destacan el señor fiscal general adjunto a fs 456/457 y la señora Jueza de Trámite en su voto, la quejosa no consigue acreditar que el pronunciamiento recurrido sea equiparable a una sentencia definitiva, ni que ocasione un gravamen de imposible reparación.

Las manifestaciones de la presentación en examen no van más allá de la formulación de una serie de conjeturas acerca de posibles secuelas de la sentencia que se dicte en estos actuados, por lo que, como ya fue dicho, Metrovías no demuestra la existencia de perjuicios irreparables.

Por lo demás, una lectura cuidadosa de la queja de fs. 432/440 vta. revela que la recurrente vuelve, de manera elíptica, a introducir su pretensión de que sea la justicia federal la que dirima el conflicto planteado por la demanda que ella misma iniciara contra el órgano local que dictara las resoluciones que le impusieron multas. Sin embargo, esta cuestión ya fue decidida por el Tribunal en su primer intervención en este proceso en forma desfavorable para Metrovías (resolución del 27/2/2008).

5. Por lo expuesto, voto por rechazar el recurso directo intentado.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con mi colega, jueza de trámite Ana María Conde, en cuanto sostiene que la queja debe ser rechazada. Tal como resolvió la Cámara, el recurso de inconstitucionalidad, que la recurrente afirma debió serle concedido, no ataca la sentencia definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402 sino una providencia interlocutoria que se limita a rechazar la citación de tercero formulada por la parte actora. Además, ni el recurrente acredita, ni resultan manifiestas, razones por las que esa decisión deba ser equiparada a una definitiva.

2. Metrovías postula que el rechazo de la citación del Estado nacional "ha sido utilizada (...) para denegar la competencia federal (...) generando de esa manera un agravio irreparable" frustratorio de la garantía del "juez natural" (fs. 437 vta./438). Sin embargo, la propia recurrente explica que su pedido

destinado a obtener la incompetencia de la justicia local en favor de la federal, fue resuelto mediante un pronunciamiento anterior del *a quo,* que lo desestimó, y que según relata la recurrente, no estaría firme. Por lo tanto, el recurso no muestra que el fallo atacado importe una denegatoria del fuero federal.

3. El resto de los agravios esgrimidos no prueban que la decisión impugnada ponga en juego algún derecho requerido de tutela inmediata, como reclama la actora.

Todas las situaciones invocadas para justificar el compromiso de intereses del Estado nacional (v. gr. interferencia y/o superposición de funciones a cargo de las autoridades nacionales concedentes del servicio, así como la invocada oponibilidad de una eventual condena, fs. 391 vta./394 y 435/437) soslayan el argumento central en que el fallo impugnado buscó apoyo. Mientras la Sala I consideró que el pleito sólo remite al análisis de validez de un acto administrativo emitido por un ente local (la resol. 17/EURSPCABA/06 que impuso una multa), Metrovías esgrime que la sanción atañe a un servicio concesionado y regulado por el Estado nacional; extremo que determinaría, a su criterio, la necesidad de integrar el pleito con el tercero, cuya citación pide la recurrente.

El planteo de Metrovías "supone que todo ejercicio de control sobre el servicio que presta comprometería la interpretación del contrato de concesión, sin hacerse cargo de la diferencia que existe entre interpretar un contrato y ejercer potestades sancionatorias —originadas en el poder de policía o en el régimen de consumidores y usuarios— que toman al contrato como antecedente" al tiempo que olvida que "[e]n ningún momento (...) ha indicado de qué modo la resolución del EURSPCABA avanzó sobre la interpretación del contrato de concesión ni por qué idéntica necesidad pesaría sobre los jueces que revisen la multa cuestionada" (véase mi voto en "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", expte. n° 5428/07, sentencia del 9/4/2008).

En este punto, para hacer progresar su postura la recurrente debería mostrar la imposibilidad de escindir, o si se quiere la obligación de acumular, un pleito relativo a la legitimidad de una sanción aplicada a un prestador de servicio público por una autoridad local que invoca el ejercicio de potestades derivadas del poder de policía local, y otro, orientado, en cambio, a ventilar un reclamo de ese prestador contra el concedente, en función del alcance que el concesionario otorga al contrato. El fallo atacado, consideró que se trata de cuestiones independientes que, además, atañen a ámbitos jurisdiccionales diversos, sin que a este respecto las críticas formuladas justifiquen la intervención del Tribunal en la vía intentada (fs. 385).

4. De todos modos, el fracaso de los agravios postulados en relación con la necesidad de formular la citación pedida, nada indica respecto del mérito que ellos pudieran tener para resolver la cuestión de fondo, vinculada con la nulidad del acto, reclamada sobre la base de vicios que en alguna medida retoman, a ese fin, las objeciones bajo estudio.

En tales condiciones, no se ha logrado demostrar que la intervención que, en su caso, pudiera corresponder al momento de revisar la sentencia definitiva, brinde insuficiente resguardo a los derechos debatidos en estas actuaciones.

Por las razones dadas, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja de fs. 388/394.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como acabadamente lo expresan la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en su voto y el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 455/457), corresponde rechazar el recurso de queja incoado por Metrovías S.A. a fs. 432/440 vta., puesto que la decisión cuestionada no constituye *sentencia definitiva* en los términos del art. 27 de la ley 402 ni resulta equiparable a una de tal carácter.

En particular, cabe destacar que en esta oportunidad no se encuentra en debate la competencia del fuero local para intervenir en el *sub examine* —aspecto que ya fue abordado por este Estrado con fecha 27/2/2008, queja que tramitó bajo el expte. n° 5449/07— ni, por lo tanto, existe denegatoria del fuero federal. Únicamente se impugna aquella decisión que dispuso no hacer lugar al pedido de citación del Estado Nacional como tercero en el presente proceso, iniciado con el objeto de impugnar la validez de un acto administrativo dictado por una autoridad administrativa local.

Por ello, a fin de poder equiparar el pronunciamiento hoy cuestionado a uno de naturaleza definitiva era menester que la recurrente realizara un esfuerzo de fundamentación que permitiera exponer la irreparabilidad de su agravio y así habilitar la intervención de este tribunal en una cuestión netamente procesal, por regla, ajena al presente recurso. Por el contrario, los desarrollos efectuados no son hábiles a tal fin puesto que se limitan a reiterar sus argumentaciones favorables a la intervención del Estado Nacional en el presente proceso sin demostrar la entidad del perjuicio que se invoca a partir de lo decidido.

Así las cosas, el planteo referido a una hipotética acción de regreso contra el supuesto tercero sólo procura, en forma oblicua, instalar nuevamente la pretendida incompetencia del fuero local para tramitar la controversia de autos.

Por ello, corresponde rechazar el recurso de queja articulado por Metrovías S.A. y dar por perdido el depósito integrado a fs. 431.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja interpuesto por Metrovías S.A. y dar por perdido el depósito de fs. 431.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita la queja a la Sala interviniente para que, por quien corresponda, se agregue a los autos principales.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

En similar sentido se resolvió en las causas 6080/08 "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/ GCBA s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", del 11/3/2009, y n° 6053/08 "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA s/otros rec. judiciales c/ res. pers. Públicas no est.'", del 18/3/2009.

XXX

"METROVÍAS S.A. C/ENTE ÚNICO REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA CIUDAD DE BS. AS. S/OTROS REC. JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO EST. S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO: Caso constitucional. Sentencia definitiva. Pedido de citación de terceros. Gravamen irreparable. Equiparación a sentencia definitiva. Interpretación y aplicación de normas infraconstitucionales.

SUMARIOS:

1. El pedido de citación de terceros debe rechazarse si no se acredita que lo resuelto por la Cámara sea equiparable a una sentencia definitiva, ni que ocasione un perjuicio de imposible reparación. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Julio B. J. Maier, Luis F. Lozano, Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Cabe declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad si los intentos de fundar la citación de tercero son deficitarios y no logran exhibir cabalmente cuál es la cuestión constitucional procesal que permita entender que

la sentencia del tribunal superior de la causa recurrida posee carácter definitivo. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. La controversia entre el Ente Único y Metrovías no es común al Estado nacional, a quien Metrovías está unido por un contrato de concesión en donde no participa en absoluto el Ente Único, de modo que la existencia de competencias concurrentes del Estado porteño y el Nacional en materia de transportes no significa que ellas sean yuxtapuestas, sino que concurren sin confundirse, por lo que no existe gravamen irreparable ni sentencia equiparable a definitiva. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Para obtener la declaración judicial de nulidad de la multa impuesta, Metrovías debe alegar y probar los vicios en los elementos del acto administrativo sancionador, demostrar que no incumplió sus obligaciones ni incurrió en negligencia en su carácter de concesionario, a cuyo efecto resulta indiferente la participación en este proceso del Estado nacional, motivo adicional para descartar la existencia de un perjuicio irreparable derivado de la resolución recurrida. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Este tribunal sólo puede ingresar al conocimiento de un caso, cuando se trata de asuntos que versan sobre la interpretación o aplicación de normas de la Constitución Federal o de la Ciudad Autónoma, supuestos que no se verifican cuando el debate se limita a la interpretación y aplicación al caso de normas infraconstitucionales, más específicamente las que regulan el instituto procesal de la intervención de terceros (arts. 84 a 90 de la ley 189). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. A fin de poder equiparar el pronunciamiento que rechazó el pedido de citación de terceros a uno de naturaleza definitiva, es menester la realización por parte del recurrente, de un esfuerzo de fundamentación que permita exponer la irreparabilidad de su agravio y así habilitar la intervención de este tribunal en una cuestión netamente procesal, por regla, ajena al recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 6138/08 - 4/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Metrovías S.A. (en adelante, "Metrovías") interpuso recurso directo de apelación ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad (fs. 1/17) contra la resol. 21/EURSPCABA/07 emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que le impuso una multa de $ 226.100 conforme a los arts. 2º, 3º, 20 y 22 de la ley 210; arts. 15 y 16 de la ley 757 y art. 47 de la ley 24.240 y le

ordenó la publicación de la sanción a su costa en el diario de mayor circulación de la Ciudad.

La actora sostuvo que el acto administrativo impugnado era nulo de nulidad absoluta y manifiesta dado que adolecía de vicios esenciales en su competencia, causa y procedimiento al tiempo que violaba el principio del "respeto de los propios actos" (fs.1) y los principios correspondientes al derecho administrativo sancionador.

Si bien la accionante se presentó en los términos del art. 21 de la ley 210 —reguladora del Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, el "Ente Único")—, planteó como cuestión de previo y especial pronunciamiento que se declarase la incompetencia del fuero contencioso administrativo de la Ciudad y se remitieran las actuaciones a la justicia federal en lo contencioso administrativo.

Asimismo, Metrovías requirió la citación del Estado nacional. También pidió que se suspendieran los efectos de la resol. 21/EURSPCABA/07 (conf. arts. 189 y ss. del CCAT) y que se intimara al Ente Único para que remitiera el expte. nº 397/EURSPCABA/05 (acumulado al 120/EURSPCABA/01) en el que se dictara la resolución en crisis.

Para fundar la solicitud de citación de terceros la empresa afirmó:

i) que (fs. 5 vta.) "(...) habiendo sido el Estado nacional quien otorgó la concesión y quien actualmente la controla y fiscaliza, surge con absoluta obviedad el interés que le compete en el presente proceso, dado que será él quien deberá compensar cualquier desequilibrio contractual y quien —de confirmarse la competencia que el Ente Único se atribuye en relación al Contrato de Concesión— verá turbados sus deberes/facultares de fiscalización";

ii) que (fs. 5 vta./6) "el accionar del Ente Único, de prosperar, resultará en un desequilibrio contractual que posteriormente deberá cubrir el Estado nacional (en este caso, representado por la Secretaría de Transporte), dado que el Ente Único sanciona a Metrovías utilizando valores arbitrarios y duplicando el accionar de la CNRT, por lo que el actuar del Ente indefectiblemente desequilibra la ecuación económico-financiera del Contrato de Concesión";

iii) que (fs. 6) "(...) dado [que] el Contrato de Concesión establece y gradúa las sanciones en relación a los ingresos que genera la operación de la concesión, cualquier parámetro diferente al mismo que se quiera utilizar indefectiblemente derivará en una desproporción de los parámetros mencionados, lo cual deberá ser compensado por el concedente";

iv) que en su calidad de concesionaria del Estado nacional, tiene derecho a que la sentencia que se dicte en autos, una vez firme, le sea oponible tanto a la Comisión Nacional de Regulación del Transporte como a la Secretaría de Transporte de la Nación.

2. La Sala II rechazó el planteo de incompetencia, concedió la medida cautelar solicitada y tuvo por habilitada la instancia judicial (fs. 495/497).

3. Contra la decisión de la Cámara, la impugnante interpuso recurso de reposición (fs. 503/509). Reiteró sus argumentos en relación con la competencia del fuero federal. Destacó que la sentencia no se había expedido respecto del pedido de citación del Estado nacional ni había ordenado la elevación de las actuaciones administrativas en el marco de las cuales se había dispuesto la sanción atacada.

4. El *a quo* (fs. 511 y vta.) resolvió *(i)* no hacer lugar al recurso de reposición de la actora, *(ii)* requerir al Ente Único la remisión de las actuaciones administrativas en las que se dictó la resol. 21/EURSPCABA/07 en los términos del art. 272 del CCAT, y *(iii)* correr traslado del recurso directo junto con la solicitud de citación a terceros por el término de diez días. Los magistrados destacaron que la recurrente no había refutado los argumentos expuestos en la sentencia de fs. 495/497 y que no correspondía aún dar tratamiento al pedido de citación de terceros, el que se resolvería en el momento procesal oportuno.

5. Contra el pronunciamiento de fs. 511 y vta., la accionante dedujo recurso de inconstitucionalidad que, denegado, dio lugar a la queja que tramitó ante el Tribunal por expte. nº 5568/07, "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Bs. As. s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'"). En dicha oportunidad, el Tribunal, por mayoría, admitió la queja y rechazó el recurso de inconstitucionalidad (resolución del 10/6/2008).

6. Al contestar el traslado del recurso directo de apelación (fs. 535/540), el Ente Único expresó:

i) que el dec. PEN nº 1143/91 estableció el marco normativo y regulatorio para la concesión de la explotación de los servicios de pasajeros de Subterráneos de Buenos Aires S.E. y Ferrocarriles Metropolitanos S.A., y que el art. 9º de tal norma dispuso que en tanto no se concretara la creación de la autoridad de transporte en el área metropolitana, el Ministerio de Obras y Servicios Públicos y la Intendencia Municipal de la Ciudad serían respectivamente, la autoridad de aplicación de las leyes y decretos que rigieran las prestaciones de los servicios ferroviarios de superficie y de los servicios subterráneos;

ii) que por dec. PEN nº 2608/93 se aprobó el contrato de concesión celebrado entre el Estado nacional y Metrovías y que en el art. 6.4 del contrato se estableció que la autoridad de aplicación sería, hasta que se crease la autoridad de transporte en el área metropolitana, el MEyOSP en cuanto al servicio ferroviario y la MCBA en los servicios de subterráneos;

iii) que (fs. 539) "(...) Metrovías S.A. reconoce en el contrato el sometimiento de su actividad a las regulaciones específicas dictadas por las autoridades competentes en materias ajenas al contrato de concesión, que implica además el sometimiento a los tribunales competentes (de la Ciudad) para resolver controversias vinculadas a cuestiones fuera del referido contrato";

iv) que no queda claro cuál sería la acción de regreso que la actora podría intentar contra el PEN que justificara traerlo a la litis;

v) que en autos no se demostró la existencia de una controversia común que hiciera ceder el principio restrictivo con que cabe interpretar el instituto de la citación de terceros;

vi) que también median razones de economía procesal.

7. La Sala II rechazó la citación de terceros solicitada por la actora (fs. 548 y vta.).

Los magistrados entendieron que Metrovías no cumplió adecuadamente con la carga procesal de acreditar el carácter común de la controversia con respecto al Estado nacional cuya citación solicita. Expresaron (fs. 548 vta.) que "(...) en el *sub lite* se debate exclusivamente la legitimidad de un acto administrativo del Ente Único Regulador de Servicios Públicos que impuso una sanción a la actora en su carácter de concesionario del servicio público de trenes subterráneos de la Ciudad".

Asimismo, consideraron insuficiente el planteo por el cual la recurrente afirma que si la multa es confirmada, tendría derecho a ejercer una acción de reintegro contra el Estado nacional a tenor de las obligaciones recíprocas asumidas en el marco del contrato de concesión. Explicaron (fs. 548 vta.) que "(...) eventualmente, ello debería ventilarse por las propias vías y oportunidades de definición judicial que posee la relación entre Metrovías y el Estado nacional".

Por otra parte, los jueces resaltaron que la potencial turbación de los deberes y facultades de fiscalización del Estado nacional en el marco del contrato de concesión invocada por Metrovías había sido planteada en términos excesivamente genéricos. Agregaron (fs. 548 vta.) que "nada obsta a que en algún aspecto puntual las facultades de control del órgano nacional y del local puedan resultar concurrrentes, sin que ello genere per se y sin una adecuada fundamentación al respecto la necesidad de proceder a la citación de terceros perseguida".

8. Contra tal decisión, Metrovías dedujo recurso de inconstitucionalidad (fs. 552/559), que fue concedido por la Cámara (fs. 571 y vta.). La empresa adujo que la decisión de la Sala II afecta la garantía de la legítima defensa y debido proceso, al tiempo que procura sustraer la cuestión de sus jueces naturales. Manifestó:

i) que "(...) la relación o situación jurídica objeto del presente proceso está centrada en la pretensión del Ente Único de atribuirse las potesta-

des de control y fiscalización de la concesión en lo que refiere a la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos Aires, las que como se dijo están en cabeza del Estado nacional, más precisamente, a través de la CNRT, frente a tal marco contextual no se puede concluir que no existe una controversia común entre nuestra representada, en su condición de Concesionaria, y el Estado nacional, por cuanto, reiteramos lo que es motivo de discusión o controversia es sobre quién detenta la potestad de la Concesión en lo que al Subte se refiere" (fs. 556);

ii) que de ratificarse la Resolución, el accionar del Ente Único generará una turbación de los deberes/facultades de fiscalización del Estado nacional (CNRT), quien deberá compensar los desequilibrios contractuales consiguientes;

iii) que "(...) rechazar la citación de terceros (...) sosteniendo que 'existen casos' en que la competencia del Estado nacional concurre con la del Ente Único, implica tácitamente sostener que en el presente nos encontramos en uno de esos casos. Ello, por cuanto si V.E. NO estuviese tácitamente sosteniendo que el caso de marras configura SI O SI un supuesto de competencia concurrente, se vería obligado a reconocer que el Estado nacional sigue teniendo interés para intervenir en los presentes actuados, ello a los efectos de analizar si su objeto configura uno de los supuestos de competencia exclusiva" (fs. 558 vta.).

9. A fs. 578/579 vta. el fiscal general adjunto emitió su dictamen, en el que propuso que se declare mal concedido el recurso de fs. 552/559. El Dr. Pereyra señaló que la decisión recurrida, en cuanto rechaza el planteo de citación de tercero del Estado nacional, sólo importa decidir una cuestión procesal ajena, en principio, a la vía intentada. Asimismo, destacó que la accionante no logró demostrar que la resolución cuestionada reuniera los caracteres de las sentencias equiparables a definitivas.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad es inadmisible, aun cuando fue deducido en tiempo y forma, por quien goza de legitimación y capacidad procesal y ante el tribunal superior de la causa.

2. Es necesario, en primer término, despejar ciertas confusiones que se generan al tiempo en que el Tribunal debe de intervenir por segunda vez en este proceso. En la ocasión anterior la cuestión traída a decisión giraba en torno a la competencia local, la que fue reconocida a fs. 495/497 de este expediente (conf. apart. 2º de los Resultas).

Ahora en el tema de la citación como tercero del Estado nacional, la recurrente vuelve, de manera elíptica a introducir su pretensión de que sea la justicia federal la que dirima el conflicto planteado por la demanda que ella misma

iniciara contra el órgano local que dictara las resoluciones que le impusieron multas. Valga como ejemplo de la observación formulada que Metrovías afirma que la decisión de la Sala II afecta la garantía de la legítima defensa y del debido proceso, "al tiempo que procura sustraer la cuestión de sus jueces naturales" (fs. 554 del recurso de inconstitucionalidad), lo que como es obvio no funda la necesidad de traer a juicio al Estado nacional.

3. Aclarado el objeto del recurso en análisis, esto es, pertinencia o impertinencia de la citación como tercero del Estado nacional, anticipo que una vez más la petición de Metrovías debe ser rechazada.

Los argumentos que la sustentan no acreditan que lo resuelto por la Cámara sea equiparable a una sentencia definitiva, ni que ocasione un perjuicio de imposible reparación. Y así lo destaca el dictamen del señor fiscal general adjunto a fs. 578/579 vuelta.

Metrovías aduce que existe una "controversia común", que resultaría de que "habiendo sido el Estado nacional quien otorgó la Concesión y quien actualmente la regula, controla y fiscaliza, surge con absoluta obviedad el interés que le compete en el presente proceso, dado que será él quien deberá compensar cualquier desequilibrio contractual y quien –de confirmarse la competencia que el ente único se atribuye con relación al contrato de concesión– verá turbados sus deberes/facultades de fiscalización". Y agrega que depende del "resultado del presente procedimiento si el Estado nacional seguirá siendo o no nuestra autoridad de control y nuestra autoridad de aplicación" (fs. 555 vta./556).

Estas consideraciones y otras que incluye en su presentación de fs. 552/559 no guardan conexión con la pretensión de traer al Estado nacional a este juicio. Por cierto, ni es obvio el interés que denuncia –en atención al objeto de la demanda–, ni sus enfáticas manifestaciones (conf. fs. ya citadas, 556 vta./557 vta. y 558 vta.) van más allá de la formulación de una serie de conjeturas acerca de posibles secuelas de la sentencia que se dicte en estos actuados, por lo que, como ya fue dicho, Metrovías no demuestra la existencia de perjuicios irreparables.

Ya en la sentencia que no hizo lugar a la citación de terceros, la Sala II había señalado con acierto "que lo expuesto respecto a que, en caso de desestimarse su recurso, se generará una turbación de los deberes y facultades de fiscalización del Estado nacional en el marco del contrato de concesión tampoco puede tener favorable acogida, toda vez que ha sido desarrollado en términos excesivamente genéricos.// Por lo demás nada obsta que en algún aspecto puntual las facultades de control del órgano nacional y del local puedan resultar concurrentes, sin que ello genere *per se* y sin una adecuada fundamentación al respecto la necesidad de proceder a la citación de terceros perseguida"

(fs. 548 vta.) La misma evaluación ha de hacerse respecto de los argumentos de Metrovías en el recurso de inconstitucionalidad.

Por último, es oportuno insistir en señalar que los intentos de fundar la citación de tercero son deficitarios y no logran exhibir cabalmente cuál es la cuestión constitucional procesal que permita entender que la sentencia del tribunal superior de la causa recurrida posee carácter definitivo. En efecto, la supuesta acción de regreso que agita el impugnante para reclamar la citación como tercero del Estado nacional sólo tendría sentido en la eventualidad de que, al ejercerla, el Estado nacional interpusiera como defensa lo que se conoce como *exceptio mali procesuss* o, también denominada, excepción de negligente defensa. Bajo este instituto procesal, ante una eventual demanda de Metrovías, el Estado nacional podría sostener que la defensa que ejerció Metrovías en este proceso fue negligente y, con ese fundamento, postular el rechazo de la pretensión regresiva. Ahora bien, todo este análisis fue omitido por la recurrente y de esta omisión se sigue la insuficiencia alegatoria para sostener el recurso. ¿Por qué? Porque no existe ninguna acción de regreso. La controversia entre el Ente Único y Metrovías no es común al Estado nacional. Éste está unido a Metrovías por un contrato de concesión en donde no participa en absoluto el Ente Único. La eventual acción de Metrovías contra el Estado no tendría como causa el ejercicio del poder de policía local del Ente Único, sino otra ajena al objeto de este proceso: el contrato celebrado entre aquéllos. Notése que el Ente Único no puede demandar indistintamente a Metrovías o al Estado nacional; de allí que no hay comunidad de controversias ni obligaciones solidarias o concurrentes de éstos respecto del Ente Único. Además, el hecho de que existan competencias concurrentes del Estado porteño y el nacional en materia de transportes no significa que esas competencias sean yuxtapuestas. Concurren, pero no se confunden. Por lo expuesto no existe gravamen irreparable y, por carácter transitivo, tampoco hay sentencia equiparable a definitiva.

En síntesis, el recurso deviene inadmisible porque no hay sentencia equiparable a definitiva. Pero aun en la hipótesis de que se adoptara una concepción distinta en este punto, es claro que ninguno de los derechos constitucionales (defensa en juicio y debido proceso) que la recurrente menciona se encuentran afectados.

4. Por lo expuesto voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad con costas a la recurrente.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

La empresa del rubro insiste en recurrir ante este estrado toda resolución interlocutoria que, según ella, le provoca un agravio. A más de los defectos de fundamentación que soporta el recurso —lo mismo que la queja examinada con anterioridad—, relativos tanto a la superación de las razones por las cuales

se rechazó el anterior recurso de inconstitucionalidad interpuesto, como a la fundamentación de su admisibilidad, incluso excepcional, resulta autoevidente que la resolución que soporta el recurso no es una sentencia definitiva, conforme lo exige la ley procesal local que regula el recurso que se pretende interponer con éxito (ley 402, art. 27). El recurrente no ha fundado lo contrario y, aun más, previo a ello no se ha molestado por fundar el agravio real que le produce el rechazo de la citación del tercero que menciona. Por lo contrario, el proceso proseguirá su marcha hacia la sentencia final, cualquiera que sea la valoración que merezca validez y alcance de esa sentencia, incluso bajo los puntos de vista que hoy pretenden fundar el recurso de inconstitucionalidad. Voté así, por el rechazo de la queja, en las acciones similares iniciadas por la misma empresa que llevan los n$^{os.}$ 5443/5446/5447/5448 y 5449 e, incluso, ya antes en este mismo proceso, entonces bajo el número de orden 5568. Lo curioso de estos casos consiste en que la empresa pretende anular una decisión administrativa del Estado local, para lo cual demanda, como corresponde, ante los jueces instituidos en el territorio en el que funciona esa Administración y por el poder estatal del cual depende, jueces instituidos, precisamente, para controlar a esa Administración; pero, inmediatamente, el mismo actor plantea una suerte de excepción a su misma demanda con la pretensión de que el litigio sea conducido por los jueces de otro Estado, el federal. Francamente, podría la empresa ahorrar camino si demanda directamente ante los jueces del Estado que estima competente. En este mismo proceso, incluso, el actor ya ha procedido así, como se menciona en la crítica, en dos ocasiones consecutivas y con planteos similares.

Por lo demás, tampoco está explicado cuál es el caso constitucional planteado por el actor, ni —como lo observan mis colegas— ello surge con evidencia de los recursos interpuestos.

Ambas razones imponen declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con mi colega, jueza de trámite Alicia E. C. Ruiz, en cuanto sostiene que el recurso de inconstitucionalidad fue mal concedido porque no ataca la sentencia definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402, sino una providencia interlocutoria que se limita a rechazar la citación de tercero formulada por la parte actora. Además, ni el recurrente acredita, ni resultan manifiestas, razones por las que esa decisión deba ser equiparada a una definitiva.

2. Metrovías postula que el rechazo de la citación del Estado nacional "ha sido utilizada (...) para denegar la competencia federal (...) generando de esa manera un agravio irreparable" frustratorio de la garantía del "juez

natural" (fs. 552 vta./553). Sin embargo, la propia recurrente explica que su pedido destinado a obtener la incompetencia de la justicia local en favor de la federal, fue resuelto mediante un pronunciamiento anterior del *a quo,* que lo desestimó, y que según relata la recurrente, no estaría firme. Por lo tanto, el recurso no muestra que el fallo atacado importe una denegatoria del fuero federal (fs. 554 vta.).

3. El resto de los agravios esgrimidos no prueban que la decisión impugnada ponga en juego algún derecho requerido de tutela inmediata, como reclama la actora.

Todas las situaciones invocadas para justificar el compromiso de intereses del Estado nacional (v. gr., interferencia y/o superposición de funciones a cargo de las autoridades nacionales concedentes del servicio, así como la invocada oponibilidad de una eventual condena) soslayan el argumento central en que el fallo impugnado buscó apoyo. Mientras la Sala II consideró que el pleito sólo remite al análisis de validez de un acto administrativo emitido por un ente local (la resol. 21/EURSPCABA/07 que impuso una multa), Metrovías esgrime que la sanción atañe a un servicio concesionado y regulado por el Estado nacional; extremo que determinaría, a su criterio, la necesidad de integrar el pleito con el tercero, cuya citación pide la recurrente.

El planteo de Metrovías "supone que todo ejercicio de control sobre el servicio que presta comprometería la interpretación del contrato de concesión, sin hacerse cargo de la diferencia que existe entre interpretar un contrato y ejercer potestades sancionatorias —originadas en el poder de policía o en el régimen de consumidores y usuarios— que toman al contrato como antecedente" al tiempo que olvida que "[e]n ningún momento (...) ha indicado de qué modo la resolución del EURSPCABA avanzó sobre la interpretación del contrato de concesión ni por qué idéntica necesidad pesaría sobre los jueces que revisen la multa cuestionada" (véase mi voto en "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", expte. n° 5428/07, sentencia del 9/4/2008).

En este punto, para hacer progresar su postura la recurrente debería mostrar la imposibilidad de escindir, o si se quiere la obligación de acumular, un pleito relativo a la legitimidad de una sanción aplicada a un prestador de servicio público por una autoridad local que invoca el ejercicio de potestades derivadas del poder de policía local, y otro, orientado, en cambio, a ventilar un reclamo de ese prestador contra el concedente, en función del alcance que el concesionario otorga al contrato. El fallo atacado consideró que se trata de cuestiones independientes que, además, atañen a ámbitos jurisdiccionales diversos, sin que a este respecto las críticas formuladas justifiquen la intervención del Tribunal en la vía intentada (fs. 546 y 548 vta.).

4. De todos modos, el fracaso de los agravios postulados en relación con la necesidad de formular la citación pedida, nada indica respecto del mérito que ellos pudieran tener para resolver la cuestión de fondo, vinculada con la nulidad del acto, reclamada sobre la base de vicios que en alguna medida retoman, a ese fin, las objeciones bajo estudio.

En tales condiciones, no se ha logrado demostrar que la intervención que, en su caso, pudiera corresponder al momento de revisar la sentencia definitiva, brinde insuficiente resguardo a los derechos debatidos en estas actuaciones.

Por las razones dadas, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad de fs. 552/559. Costas a la vencida (art. 62 del CCAyT).

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad ha sido mal concedido ya que, como acertadamente destaca la señora jueza de trámite en su voto, no se dirige contra una sentencia de carácter definitivo o equiparable, ni plantea un efectivo caso constitucional.

2. La decisión cuestionada consiste en la desestimación del pedido de citación del Estado nacional en calidad de tercero, efectuado por Metrovías. Esta decisión no pone fin al proceso ni impide su continuación, motivo por el cual no es posible afirmar la existencia de una sentencia definitiva.

Por otra parte, el recurrente tampoco acreditó que la resolución cuestionada le cause un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, sino que —por el contrario— constituye una contingencia del proceso que no implica ningún tipo de pronunciamiento ni condicionamiento sobre la cuestión de fondo. En otras palabras, el recurrente ha podido invocar, desarrollar y ofrecer prueba sobre los motivos por los que considera inválida la sanción impuesta, los que serán analizados por los jueces de mérito en la oportunidad correspondiente, que no ha sido ésta.

La pretensión del recurrente en cuanto a la intervención del Estado nacional en este proceso, no tiene virtualidad alguna para favorecer su pretensión procesal. En efecto, para obtener la declaración judicial de nulidad de la multa impuesta, lo que debe hacer Metrovías es alegar y probar los vicios en los elementos del acto administrativo sancionador, demostrar que no incumplió sus obligaciones ni incurrió en negligencia en su carácter de concesionario, y a tales efectos resulta indiferente la participación en este proceso del Estado nacional, motivo adicional para descartar la existencia de un perjuicio irreparable derivado de la resolución recurrida.

3. Por otra parte, el recurrente sostiene que la resolución cuestionada afecta su derecho de defensa, la garantía del debido proceso, y sustrae la cuestión de

sus jueces naturales (arts. 18, C.N. y 13, CCBA), pero dicha afirmación no es luego desarrollada ni relacionada con la cuestión debatida en la causa de manera que permita sustentar un verdadero caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402, en tanto se sostiene, exclusivamente, en la mera discrepancia de la recurrente con la decisión del tribunal *a quo*, sin llegar a demostrar en qué forma la aplicación de la resolución cuestionada afectaría las disposiciones constitucionales referidas directamente al caso.

Este tribunal sólo puede ingresar al conocimiento de un caso, cuando se trata de asuntos que versan sobre la interpretación o aplicación de normas de la Constitución Federal o de la Ciudad Autónoma, supuestos que no se verifican en este caso, en el que el debate se limita a la interpretación y aplicación al caso de normas infraconstitucionales, más específicamente las que regulan el instituto procesal de la intervención de terceros (arts. 84 a 90 de la ley 189). El recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos y derecho común, ni sobre cuestiones procesales como la de autos, materias que resultan propias de los jueces de mérito y ajenas —en principio— al recurso de inconstitucionalidad que se intenta.

4. Por todo lo expuesto, voto por declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad incoado por la actora, con costas a la vencida, atento no encontrar motivos que me permitan apartarme del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

Tal como acabadamente lo expresan la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz, en su voto y el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 578/579 vta.), corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad articulado por Metrovías S.A. a fs. 552/559, puesto que la decisión cuestionada no constituye *sentencia definitiva* en los términos del art. 27 de la ley 402 ni resulta equiparable a una de tal carácter.

En particular, cabe destacar que en esta oportunidad no se encuentra en debate la competencia del fuero local para intervenir en el *sub examine* —aspecto que ya fue abordado por este Estrado con fecha 10/6/2008, queja que tramitó bajo el expte. n° 5568/07— ni, por lo tanto, existe denegatoria del fuero federal. Únicamente se impugna aquella decisión que dispuso no hacer lugar al pedido de citación del Estado nacional como tercero en el presente proceso, iniciado con el objeto de impugnar la validez de un acto administrativo dictado por una autoridad administrativa local.

Por ello, a fin de poder equiparar el pronunciamiento hoy cuestionado a uno de naturaleza definitiva era menester que la recurrente realizara un esfuerzo de fundamentación que permitiera exponer la irreparabilidad de su agravio y así habilitar la intervención de este tribunal en una cuestión netamente procesal, por

regla, ajena al presente recurso. Por el contrario, los desarrollos efectuados no son hábiles a tal fin puesto que sólo se limitan a reiterar sus argumentaciones favorables a la intervención del Estado nacional en el presente proceso sin demostrar la entidad del perjuicio que se invoca a partir de lo decidido.

Así las cosas, el planteo referido a una hipotética acción de regreso contra el supuesto tercero sólo procura, en forma oblicua, instalar nuevamente la pretendida incompetencia del fuero local para tramitar la controversia de autos.

Por ello, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad articulado por Metrovías S.A., con costas.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A.

2º. *Imponer* las costas a la vencida.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.

Fdo.: *Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier y José O. Casás.*

XXXI

"SAPOZNIKOW; JACOBO DAVID S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'SAPOZNIKOW, JACOBO DAVID C/GCBA S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS"

RECURSO DE QUEJA: Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Derecho común. Arbitrariedad de sentencia. IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS: Profesión liberal. Organización bajo la forma de empresa. Exención. EMPRESA: Concepto.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja si la diferencia entre la interpretación del actor y aquella sostenida por la sentencia no reside en norma

constitucional alguna —que determine, por ejemplo, el alcance del principio de legalidad constitucional y sus consecuencias necesarias (o el alcance del principio de inviolabilidad de la defensa o de la propiedad privada)—, sino que se presenta como diferencia, incluso de hecho o valoración de la prueba, en la aplicación de normas de derecho común (infraconstitucionales) que describen el impuesto a los ingresos brutos y sus límites o exenciones. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

2. Corresponde rechazar el recurso de queja cuando discusión no se plantea en el plano constitucional, pues no se refiere al alcance del llamado principio de legalidad en materia tributaria (CCBA, 51), sino a la interpretación y aplicación de la ley común. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

3. El debate sobre la prescripción se presenta como una cuestión de hecho y prueba, que resulta extraña al recurso principal interpuesto. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

4. La mera contrariedad con los fundamentos utilizados por el tribunal de mérito no implica que la sentencia carezca de fundamentos y que sea descalificable, en el sentido de que no conforme una decisión judicial, sino que, antes bien, responda al capricho del juez o de los jueces que emiten la decisión. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier*).

5. El recurso de inconstitucionalidad fue mal denegado, en cuanto al agravio relativo la aplicación que hizo el *a quo* de la reglamentación ya que asignar a los decretos una inteligencia de la noción de “empresa” que es más restringida que la más estricta que permiten las leyes tributarias mencionadas, viola el principio de legalidad reconocido por el art. 51 de la CCBA. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

6. A los efectos del concepto de empresa, siempre que la organización constituya, realmente, un soporte a la actividad profesional y no venga a sustituir en sus funciones al profesional de que se trate, no queda excluida de la exención en el impuesto sobre los ingresos brutos; pues ella alcanza a la organización que permite al profesional potenciar sus ingresos como tal, mientras que no contempla aquellos supuestos en que lo que genera la facturación es la propia empresa. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

7. La organización en forma de empresa no tiene lugar por la mera existencia de una “conjunción de medios de producción”, sino porque esa conjunción de medios genera la actividad gravada o, en términos de la reglamentación, ejerce “la actividad” que desarrolla el profesional universitario a que se refiere la exención. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Para determinar si el ejercicio de una profesión está organizado o no en forma de empresa resulta esencial establecer qué actividades realizan las personas que trabajan junto con el profesional y en qué condiciones trabajan. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Si el *a quo* pretendió acreditar que la forma en que ejerce su actividad profesional el actor se acomoda a la presunción de organización en forma de empresa, debió demostrar no solo que él cuenta con empleados en relación de dependencia, sino que estos están organizados de tal manera que resultan capaces de producir el trabajo profesional en forma independiente a la persona del actor. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

10. La existencia de nueve personas en relación de dependencia, aun cuando puede llegar a constituir un signo que de cuenta de la existencia de una posible organización empresaria, por si solo no resulta suficiente para tener configurada una organización en forma de empresa. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

11. Para esclarecer si el ejercicio de la profesión liberal se ejerce bajo la forma de empresa, cabe remitirse al análisis de cuestiones de hecho como lo es determinar qué actividades efectivamente realiza el personal que trabaja en el laboratorio del actor y, por lo que corresponde reenviar la causa a la Cámara Contencioso Administrativo, dado que, por regla, la dilucidación de esas cuestiones constituye materia privativa de los jueces de mérito y ajena a la de esta instancia de excepción. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

12. A los efectos del concepto de empresa, el nivel de facturación no depende exclusivamente de la forma de organización que adopte el profesional universitario. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

13. A los efectos del concepto de empresa cabe determinar si la unidad económica “laboratorio” es esencialmente dependiente de la actividad profesional universitaria del bioquímico, más que si es viable su existencia sin la intervención activa de él, escrutinio éste que puede realizarse tomando en consideración si los ingresos percibidos consisten esencialmente en honorarios, o retribuyen costos y servicios de dependientes que conforman sustantivamente las prestaciones llevadas a cabo. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

14. El concepto de empresa se refiere a la organización de la actividad económica enderezada a la obtención de beneficios en donde adquieren un significado prevalente la inversión de capital y/o el aporte de mano de obra de dependientes, asumiendo el titular los riesgos del emprendimiento respectivo, de modo que contar con una organizació-n de medios con el objeto de lograr un lucro, no convierte necesariamente al profesional universitario que ejercita su incumbencia en una empresa. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

15. El concurso de personas que realicen tareas auxiliares o de apoyo —aun cuando se trate de algún profesional—, en tanto no importen el suplantar de forma total al profesional titular del emprendimiento en la prestación misma, personal, principal, y en la mayoría de los supuestos indelegable, de los cometidos propios de la incumbencia universitaria de que se trate, o en una fase de su ejecución; como la utilización de un inmueble o de los bienes de uso, de fácil acceso y habituales para el quehacer de que se trata, no transforman necesariamente el desenvolvimiento profesional en empresa. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

16. A los efectos del concepto de empresa cabe desentrañar el alcance de las tareas que cumplen las personas bajo relación de dependencia del bioquímico y determinar, consiguientemente, más aún teniendo en vista los ingentes gastos de capacitación realizados, si tales agentes relevan de sus rutinas, total o parcialmente, a las propias de la incumbencia profesional del titular del laboratorio, sustituyéndolo o potenciando la envergadura de su emprendimiento al punto de independizarlo del ejercicio profesional liberal individual, para convertirlo en una organización empresaria, o si se trata de meros colaboradores en tareas auxiliares y de apoyo. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 6008/08 - 4/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Jacobo David Sapoznikow promovió demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA), con el objeto de que se declarase la nulidad de las resols. 5148/DGR/02 y 4428/SHyF/02, en tanto dichos actos se encontraban viciados en el elemento causa, al establecer su condición de contribuyente, determinando que su actividad profesional universitaria de bioquímico —realizando análisis no industriales— estaba organizada en forma de empresa, y por lo tanto gravada por el impuesto sobre los ingresos brutos. Los actos cuestionados, agregó, determinaron de oficio, sobre base cierta, el impuesto por los anticipos 12/1993, 1 a 12 1994, 1 a 12 1995, 1 a 12 1996, 1 a 12 1997, 1 a 12 1998 y 1 a 4 1999, por un monto de $ 51.411,33 (pesos cincuenta y un mil cuatrocientos once con 33/100) y una multa por evasión de $ 34.616,90 (treinta y cuatro mil seiscientos dieciséis con 90/100) (fs. 28/37).

En este sentido, alegó que era bioquímico y que desarrollaba su actividad como profesional independiente, realizando análisis no industriales en su laboratorio, que no se encontraba organizado en forma de empresa y que se hallaba comprendido entre las exenciones establecidas en el art. 126, inc. 9º del C.F. (t.o. 2002), coincidente con los textos anteriores; sin embargo, "...la inspección determinó la actividad como gravada, determinó el impuesto, imputó de evasión al inspeccionado Dr. Sapoznikow, sin establecer a qué actividad correspondía los ingresos que se utilizaron como base imponible para determinar el impuesto..." (fs. 29 vta.).

Planteó, también, la prescripción de los reclamos correspondientes a los anticipos de los años 1993, 1994, 1995 y 1996, teniendo en cuenta la fecha de determinación de oficio, producida el 28/12/2005.

Por último, impugnó la multa que se le aplicó en la resol. 5148/DGR/01, así como los intereses fijados, alegando la existencia de error excusable.

2. El juez de primera instancia rechazó parcialmente la demanda, hizo lugar al planteo de prescripción respecto de las deudas correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 e impuso las costas en el orden causado (fs. 78/87).

Sustentó su decisión en que "...examinada la escasa prueba aportada por el actor (...) existen elementos suficientes para considerar que la decisión adoptada por la Administración no resultó irrazonable al considerar que la actividad desarrollada por el actor estaba organizada en forma de empresa...". Al respecto, puntualizó que "...el hecho de que el laboratorio cuente con personal en relación de dependencia, sumado al cuantioso movimiento de análisis realizados, evidenciados en la voluminosa facturación agregada por el perito y el hecho de que, hasta el año 1996 inclusive las facturas fueras expedidas a nombre de 'Laboratorio Edyafe', modificándose tal rótulo con posterioridad, permiten deducir que existió una organización que excedería la de un solo profesional...".

En cuanto a la prescripción, sostuvo que en el escrito presentado por el actor en las actuaciones administrativas, en tanto afirmó que sin que ello implicase ningún reconocimiento de obligación tributaria ni renuncia a períodos ya prescriptos "...venimos por este medio a formalizar nuestro ofrecimiento de suspensión del curso de la prescripción de los poderes de determinación del Fisco", no podía considerarse como una renuncia expresa al plazo de prescripción como lo establece el art. 73 del C.F. 2001, porque "...en dicha oportunidad el actor no renunció a plazo de prescripción alguno (...) únicamente solicitó que se suspendiesen por un período determinado (1993-1994)".

En relación con la multa por evasión que se le impusiera al actor, señaló que las alegaciones que éste formuló al respecto no resultaban suficientes para considerar que había existido error en su conducta.

Rechazó la sentencia, también, la redargución de falsedad de las actas de inspección planteada por el actor por no haberse aportado prueba que avalase la supuesta falsedad; así como los intereses a la deuda fiscal determinada, toda vez que el actor fundaba su pedido en la ausencia de mora culpable y en el error excusable, aspectos que habían sido ya desestimados.

3. Apelado el pronunciamiento por ambas partes (el actor a fs. 88/94 vta. y el GCBA a fs. 105/112), la Sala ll de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario dispuso "I. Revocar parcialmente la sentencia de grado y en consecuencia rechazar en todas sus partes la demanda incoada por el Sr. Sapoznikow. (...) III. Imponer las costas a la actora (art. 62 CCAyT)" (fs. 1/6).

En lo que aquí importa, la Alzada consideró que "la cantidad de empleados contratados por el actor, la facturación adjuntada por el experto, el informe llevado a cabo por aquél a pesar de las serias dificultades existentes, la emisión de facturación con un nombre de fantasía en un primer momento y el cambio que se produce a partir del año 1997, hacen presumir la existencia de una organización de medios de producción, con un claro objetivo económico en beneficio del profesional actuante, es decir el Sr. Sapoznikow. El factor humano es uno de los componentes esenciales de la organización, en donde prima la administración y subyace el objetivo económico, es decir el fin lucrativo...". En resumidas cuentas, concluyó en que "...todas las pruebas aportadas hacen presumir la existencia de una organización de medios productivos con fines lucrativos en beneficio del profesional actuante...". Más aún cuando "...a partir de la pericial contable obrante en el sub examine (...) el actor poco ha colaborado en la tarea mencionada [de probar los hechos que alegaba, pese a ser quien se encontraba en mejores condiciones de hacerlo] y no ha desvirtuado los dichos de la Administración, como así tampoco la documental glosada en estos actuados..." (lo indicado entre corchetes no pertenece al original).

En lo que a la prescripción se refiere, sostuvo que "...el actor llevó a cabo una presentación confusa, mediante la que pretende la apertura a prueba del expediente, actividad que lleva a cabo y consiente mediante el escrito a fs. 195, pero mediante la que tampoco renuncia a los períodos prescriptos. Así las cosas y ante la clara conducta llevada a cabo por el actor con posterioridad a la presentación de fs. 189/190, entiendo que el Sr. Sapoznikow ha renunciado al término de la prescripción, siendo por demás concreta su postura al manifestar la colaboración para facilitar la tarea de verificación de la Administración...". A ello añadió, que admitir lo contrario "...implicaría llevar al extremo de la inseguridad jurídica, un artículo de la normativa fiscal cuyo propósito ha sido dejar a salvo ciertas situaciones que se encuentran al alcance del contribuyente, cuestión que no puede ser rebatida en beneficio propio...".

4. Frente a dicha decisión, el actor interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 7/18). La sentencia recurrida —según sostuvo— violó el principio de legalidad trabutaria, el de razonabilidad y los derechos de defensa y propiedad (arts. 14, 17,18 y 28 de la C.N.). En este sentido, afirmó que: *a)* la errónea aplicación de la ley tributaria afectó concretamente los derechos garantizados por el art. 13, inc. 3º y 51 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, así como los arts. 19 y 16 de la C.N. y concordantes de los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional; *b)* se incurrió en un grave desvío de la ley aplicable al caso para determinar la existencia de una obligación tributaria; con violación al principio de legalidad tributaria; *c)* "...aunque exista una 'organización que constituye la conjunción de medios de producción orientados a la consecución de objetivos cuyo resultado económico es en interés primordialmente de quién o quiénes la conducen o dirigen' no será una 'empresa' en los términos de la reglamentación del código fiscal si esta unidad económica no es independiente de la individualidad del profesional que la conduce..."; *d)* "...empresa no es cualquier organización de medios cuyo fin es obtener un lucro para quien la conduce, sino aquélla que conforme una unidad económica independiente de la individualidad del profesional que la ejerce o conduce..."; *e)* "...Para la sentencia, sólo importa la organización, y no si ésta [es] independiente o no del profesional que la conduce...)" (lo señalado entre corchetes no pertenece al original); a lo que agregó que "...Si me desvinculase de mi laboratorio, éste no podría en ninguna medida seguir funcionando, desde que no existe sujeto alguno —de los que han formado parte de mi personal— que pueda suplantarme en mi actividad (...) la unidad 'Laboratorio' es completamente dependiente de mi actividad profesional; y no cabe pensar en su existencia si yo no ejerciera mi profesión de bioquímico en ella..."; *f)* "...la sentencia recurrida no es derivación razonada del derecho vigente con aplicación a las circunstancias probadas en la causa, lo cual genera, como se ha visto, una violación directa al derecho de propiedad y el derecho de defensa en juicio (...), la decisión es descalificable como acto jurisdiccional válido..."; configurándose un supuesto de arbitrariedad grave; *g)* "...la aplicación del impuesto debe tener sustento en una norma y, (...) la sentencia recurrida ha prescindido de la aplicable al caso..."; *h)* la nota presentada en sede administrativa "...no parece confusa y es claro que no implica renuncia alguna ni tampoco reconocimiento de la pretensión del Fisco. Podrá ser inválida como 'ofrecimiento de suspensión', pero de ningún modo puede considerarse una renuncia a la prescripción, como erróneamente se entendió en la sentencia recurrida..."; e *i)* "...que haya yo participado en la prueba que se produjo después en sede administrativa no implica en absoluto que haya renunciado de algún modo implícito, máxime cuando antes había dicho expresamente que no renunciaba (...) resolver que esta parte ha renunciado a la prescripción en función de una nota que expresamente

consigna que su presentación no implica renunciar a ese derecho adquirido resulta gravemente incongruente y, además, irrazonable...".

5. La Sala ll de la Cámara de Apelaciones, previo traslado al GCBA (el que fue contestado a fs. 114/135 vta.), denegó el recurso de inconstitucionalidad articulado por el actor, fundamentalmente, por no plantearse un caso constitucional ni los supuestos excepcionales que autorizan la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad de la sentencia (fs. 137/138).

6. Ante la denegatoria, el actor dedujo la presente queja (fs. 20/24). El recurrente expresó en el recurso que —en cuanto a los antecedentes de la causa y fundamentos que explican por qué la sentencia recurrida ha violado la ley o la doctrina legal aplicable— se remitía *in totum* a las expresiones vertidas en el escrito interponiendo recurso extraordinario de inconstitucionalidad, para lo cual acompañaba una copia y solicitaba que se lo considerase como parte integrante de la queja. Luego, sintetizó las violaciones a la Constitución de la Ciudad y de la Nación que había denunciado en el remedio extraordinario. Adujo, también, que "...El caso constitucional se presenta aquí porque la sentencia recurrida violó la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y, además, la Constitución Nacional. Esto fue lo que fue planteado en el recurso extraordinario y que la sentencia que lo denegó omitió considerar (...) la interpretación de la ley fiscal dada por la sentencia recurrida era arbitraria, pues conducía a sostener que toda actividad profesional organizada para obtener resultados económicos resulta ser una empresa obligada a pagar el impuesto; solución que se apartó claramente de la intención del legislador. Este apartamiento es, sin lugar a dudas, una violación al principio de legalidad fiscal consagrado en el art. 51 de la Constitución de la Ciudad y las garantías de propiedad y defensa en juicio tuteladas por la Nacional (...) la Excma. Cámara no se hizo cargo de un planteo conducente y relevante que supera la mera discrepancia con lo decidido. Esa omisión viola el derecho de defensa en juicio de esta parte, pues esa garantía constitucional no sólo autoriza a presentar un recurso, sino también que los jueces lo resuelvan...". Al referirse a lo resuelto en cuanto a la prescripción, sostuvo que la sentencia hizo caso omiso a la crítica certera y directa que se hizo a la sentencia recurrida "...respondió con citas jurisprudenciales sin relacionarlas con el caso que tenía a su decisión...". Por último, concluyó en que "...el auto denegatorio consiste en un claro ataque al derecho de defensa de mi parte y no puede ser considerado como una derivación razonada del derecho vigente"; dado que "...la respuesta que proporciona el tribunal (...) no sólo no se hace cargo de ninguno de los vicios endilgados, sino que —además— está basada en repetidas afirmaciones dogmáticas y de pautas de excesiva laxitud...".

7. Requerido su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja (fs. 143/144 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad fue mal denegado, en cuanto al agravio relativo a que la aplicación que hizo el *a quo* de la reglamentación contenida en el dec. 8553/87 al art. 89, inc. 10, de la ordenanza 40.731 (y en igual sentido, en lo que al caso importa, de lo establecido en el dec. 2143/99, en particular, en la reglamentación del art. 116, inc. 9º, del C.F., t.o. en 1999) lo pone al desabrigo de la exención que el legislador previó en el ISIB (durante los períodos reclamados) para el ejercicio de profesiones liberales universitarias como la que él asevera desarrollar (véase punto 4 de los resultas). El agravio reseñado cumple con la exigencia del art. 113 inc. 3° de la CCBA, pues pone a la interpretación que efectuaron, primeramente, la Administración, con el dictado de la resol. 5148/DGR/02 (y sus confirmatorias, las resol. 1915/DGR/02 y 4428/SHyF/02), y luego el *a quo,* en oposición al art. 92, inc. 9º, de la ordenanza 40.731, t.o. durante los años 1991/92/93 (y con los arts. 94, inc. 9º, t.o. para los años 1994/95/96, 101, inc. 9º, t.o. en 1997, 104, inc. 9º, t.o. en 1998 y 116, inc. 9º del C.F., t.o. en 1999, textos vigentes durante los períodos reclamados), base legal del impuesto. Ello así, ya que al asignar a los decs. 8553/87 y 2143/99 una inteligencia de la noción de "empresa" que es más restringida que la más estricta que permiten las leyes tributarias mencionadas, viola el principio de legalidad reconocido por el art. 51 de la CCBA.

A su turno, la sentencia es la definitiva, pues pone fin al pleito, y proviene del superior tribunal de la causa. Por tanto, corresponde hacer lugar a la presente queja con relación a este planteo.

2. En el caso, no se discute que el actor: *i)* es bioquímico; *ii)* ejerce esa profesión en su laboratorio; *iii)* realiza certificaciones e informes acerca del control de calidad de medicamentos elaborados por distintos laboratorios de especialidades medicinales; *iv)* cuenta con alrededor de nueve personas bajo relación de dependencia; *v)* con su actividad profesional genera una cuantiosa facturación; *vi)* estuvo inscripto como contribuyente en el ISIB; *vii)* durante algún período facturó bajo el nombre de "Laboratorios EDYAFE"; y, finalmente, *viii)* gastó grandes sumas de dinero en cursos de capacitación para sus empleados. Empero, se halla sí controvertido que esos hechos, por si solos, sean suficientes para entender que el actor tiene —a la luz de lo que disponen los textos fiscales y sus reglamentaciones para los períodos reclamados (1993 a 1999)— organizada su actividad profesional en forma de empresa. En otros términos, la discusión se centra en determinar si el concepto de "empresa" se basta con apuntar la existencia de los hechos mencionados más arriba o es, en cambio, necesario a ese fin que la actividad que desarrolla ese personal bajo

relación de dependencia sustituya la del profesional universitario titular de la organización (en el caso, la del Sr. Sapoznikow).

3. Adelanto mi opinión en el sentido de que la interpretación que hizo el *a quo,* recogiendo la de los actos de determinación del tributo, del punto b) de la reglamentación al art. 89, inc. 10, establecida en el dec. 8553/87 infringe el principio de legalidad en tanto altera en perjuicio del administrado la exención que le acuerda la ley. Sin embargo, descartarlo no es la única solución que dicha contradicción admite sino que una distinta interpretación de la mencionada previsión de la reglamentación, al alcance de este Tribunal, permite restablecer la armonía de esa norma con la superior contenida en la ley. A su vez, adoptarla en esta instancia da pleno efecto a lo que dispone el art. 31 de la ley 402 que impone al Tribunal resolver en lo posible el fondo del asunto (conf. mi voto *in re "*GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Verseckas, Emilia María c/GCBA s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]'", expte. n° 3260/04, sentencia de este Tribunal del 16/3/2005, entre muchos otros). En tales condiciones, corresponde a este Tribunal abocarse al análisis de la cuestión propuesta.

4. Conviene formular algunos comentarios genéricos con carácter previo al examen de los textos aplicables.

4.1. Constituye doctrina difundida entre eminentes tributaristas aquella según la cual el acto de determinación tributaria, categoría en la cual milita aquel cuya legitimidad nos ocupa en el presente litigio, es de naturaleza jurisdiccional. Esta premisa implica que la revisión judicial de sus elementos ha de ser plena, por imperio de la doctrina sentada por la CSJN *in re Fallos,* 247:646, entre muchos otros.

Opino que esa visión no se atiene con exactitud al texto constitucional que disciplina la función de determinar los tributos —véase mi voto *in re* "G.C.B.A s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Frávega S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'" (expte. n° 5549/07), sentencia de este Tribunal del 2/5/2008, en especial el punto 11—. Con arreglo a lo dispuesto en el art. 104, inc. 25, de la CCBA constituye una atribución del Poder Ejecutivo la siguiente: "…[r]ecauda los impuestos, tasas y contribuciones y percibe los restantes recursos que integran el tesoro de la Ciudad". En tales condiciones, no es dudoso que recaudar es una función administrativa. La naturaleza con que la CCBA dota a la función de recaudar conlleva la de los actos que conducen a concretarla, entre ellos, el acto de determinación tributaria como el que nos ocupa. No podría el legislador ni el juez despojar de ella al poder ejecutivo en quien el constituyente la inviste. A su turno, esto determina ciertas características en el ejercicio de dicha función, precisamente, porque se le suman las propias del órgano ejecutivo creado por la Constitución. Esto

supone, por ejemplo, la posibilidad de emitir reglamentos que, cumpliendo con la manda constitucional de la igualdad, permitan un tratamiento uniforme de supuestos estimados como iguales, tratamiento más difícil, aunque no imposible, de asegurar en el ejercicio de la función judicial. También implica una estabilidad para el acto de determinación que difiere de la de la *res judicata*. Esto permite ciertas correcciones, ora en beneficio del administrado, ora de la administración, que no cabrían para la cosa juzgada jurisdiccional, aun la emitida excepcionalmente por un órgano administrativo, como en el caso de la mayoría de las multas tributarias, cuando el sujeto legitimado opta por no acudir a la revisión judicial que la Constitución garantiza.

Los códigos fiscales, reglamentarios de la CCBA en este aspecto, no varían lo que expongo.

4.2. Ello sentado, la garantía de igualdad fiscal y el principio de legalidad imponen fijar esta función con las características de una estrictamente reglada en lo que hace a la existencia y cuantía de la obligación tributaria, puesto que esa es la única manera de tornar operativa la garantía y el principio constitucional señalados. Acerca de estos extremos, no es concebible sino una revisión judicial plena de los actos de determinación tributaria. Distinta es la situación de los reglamentos que reglamenten o interpreten la ley tributaria. Aun cuando el examen de su correspondencia con la ley reglamentada o interpretada debe ser llevado a cabo con el rigor que impone la regla según la cual el universo de los acontecimientos sujetos a gravamen y la cuantía de éste deben provenir de dicha ley, el juez no puede sustituir un criterio posible, adoptado con carácter general por el Poder Ejecutivo, por otro que el juez estime mejor. En lo jurídicamente posible, universo reducido merced al deber de cumplir con el principio de legalidad, prevalece el criterio general de la Administración sobre el del juez, mecanismo mediante el cual la concepción del constituyente diseñando la recaudación como función administrativa viene a asegurar la igualdad en mayor medida que la que resultaría de concebirla como jurisdiccional.

Quienes sostienen la tesis según la cual la determinación de oficio es emitida en ejercicio de una actividad jurisdiccional, no se hacen cargo, suficientemente, de las implicancias del mencionado inc. 25 del art. 104 de la CCBA. Sus argumentos están dirigidos a señalar la necesidad que el juez haga una revisión profunda relativa a la concurrencia de los elementos de la determinación tributaria. Tal vez, lo expuesto aporte a mostrar que la facultad de determinar los tributos es una de carácter reglado en grado sumo, pero ello no se sigue la naturaleza jurisdiccional, puesto que la naturaleza reglada de una facultad posibilita un mayor control judicial sin apartar la función del campo administrativo.

Afortunadamente, el caso que nos ocupa cae, en mi parecer, dentro del universo en que una u otra doctrina coinciden acerca del alcance del control judicial, lo cual me exime de profundizar el desarrollo que antecede.

5. Las actividades gravadas por el ISIB no han tenido variaciones significativas durante los períodos reclamados (esto es, durante los años 1993 a 1999). En este orden de ideas, las leyes fiscales vigentes durante esos años establecieron como "concepto" del hecho imponible del mencionado impuesto el siguiente: "[p]or el ejercicio habitual y a título oneroso en la Capital Federal del comercio, industria, profesión, oficio, negocio, locaciones de bienes, obras y servicios o de cualquier otra actividad a título oneroso, cualquiera sea el resultado obtenido y la naturaleza del sujeto que la preste, incluidas las cooperativas, y el lugar donde se realiza (zonas portuarias, espacios ferroviarios, aeródromos y aeropuertos, terminales de transporte, edificios y lugares del dominio público y privado, y todo otro de similar naturaleza), se pagará un impuesto de acuerdo con las normas que se establecen en el presente Capítulo" (conf. ordenanza 40.731). La única modificación que sufrió ese texto, durante los períodos reclamados, fue en 1999 donde, receptándose la reforma constitucional de 1994, se sustituyó la expresión "Capital Federal" por la de "Ciudad Autónoma de Buenos Aires". En tales condiciones, la actividad profesional que realiza el actor, esto es, la de bioquímico, estuvo alcanzada por el mencionado impuesto durante los períodos que se discuten en la presente causa.

5.1. Sin perjuicio de ello, el art. 92, inc. 9º, de la ordenanza nº 40.731, t.o. para los años 1991/92/93 exceptuó del pago del ISIB "[e]l ejercicio de profesiones liberales universitarias no organizadas en forma de empresa" (en igual sentido rezaban, los arts. 94, inc. 9º, t.o. para los años 1994/95/96, 101, inc. 9º, t.o. en 1997, 104, inc. 9º, t.o. en 1998 y 116, inc. 9º del C.F., t.o. en 1999, textos vigentes durante los períodos reclamados). Así las cosas, si el ejercicio de la profesión del actor se acomodó durante los años discutidos a la forma en que lo requiere el texto transcripto, su actividad, aunque gravada, estuvo exenta del pago del ISIB.

Por su parte, el dec. 8553/87 reglamentó esa exención durante los años 1987 a 1998, estableciendo que:

Sin perjuicio de que la Dirección General de Rentas establecerá en cada caso particular la existencia de la empresa en el ejercicio profesional, se entenderá que exite la misma.

Cuando la actividad desarrollada conforme una unidad económica independiente de la individualidad del profesional que la ejercer o conduce;

Cuando la actividad es ejercida mediante una organización que constituye la conjunción de medios de producción orientados a la consecución de objetivos cuyo resultado económico es en interés primordialmente de quien o quienes la conducen o dirigen (sin destacar en el original).

No se considerará ejercicio profesional organizado en forma de empresa la simple asociación de profesionales dirigida a compartir gastos de funcionamiento necesarios para la prestación individual y personal del servicio profesional.

Con posterioridad, el dec. 2143/99, al reglamentar el Código Fiscal (t.o. en 1999), introdujo algunas innovaciones a la norma transcripta, sin que ellas resultasen relevantes en el *sub lite,* dado que no modificaron el texto de la presunción que tuvieron en cuenta la Administración, y luego, el *a quo*, para resolver en el sentido que lo hicieron (conf. los párrafos resaltados).[2]

6. Tal como surge de los textos transcritos, ninguna de ellos intentó definir qué debe entenderse por "empresa" a los fines de la exención mencionada en el primer párrafo del punto 5 de este voto. No obstante lo cual, los reglamentarios establecieron algunos supuestos cuya concurrencia permite determinar cuándo existe ejercicio profesional organizado en forma de "empresa". Estos acontecimientos, presentados como condición suficiente del ejercicio de la profesión organizado como empresa, no quedan convertidos, en cambio, ni en las únicas condiciones suficientes ni, menos aún, en condiciones necesarias del fenómeno que la reglamentación busca captar. Esa situación, lleva a que pueda existir una "empresa" sin la presencia de esos recaudos. Pero la definición que se tome para incluir determinada organización dentro del concepto de "empresa" deberá, siempre, acomodarse al texto de la ley.

6.1. El mencionado art. 92, inc. 9º (y los que se dieron con posterioridad, véase primer párrafo del punto 5 de este voto) despejó una ambigüedad del texto legislativo. En este último la circunstancia de estar "organizada en forma de

[2] Esa norma estableció que "[s]in perjuicio de que la Dirección General establezca en cada caso la existencia de la empresa en el ejercicio profesional, se entiende que existe ésta cuando la actividad desarrollada conforma una unidad económica independiente de la individualidad del profesional que la ejerce o conduce.//Se presume, salvo prueba en contrario, que existe organización en forma de empresa: *Cuando la actividad es ejercida mediante una organización que constituye la conjunción de medios de producción orientados a la consecución de objetivos cuyo resultado económico es en interés primordialmente de quien o quienes la conducen o dirigen.* (sin destacar en el original) // 1. Cuando la actividad es desarrollada a través de una sociedad profesional inscripta como tal en el organismo que ejerce el poder de policía sobre la profesión de que se trate.// 2. Cuando la sociedad posee una licencia concedida por una organización profesional del exterior.// No se considera ejercicio profesional organizado en forma de empresa a la simple asociación de profesionales dirigida a compartir gastos de funcionamiento necesarios para la prestación individual y personal del servicio profesional.// La exención consagrada en este inciso no comprende a los ingresos provenientes del ejercicio de profesiones por las cuales no se hubiera extendido título habilitante, resultando insuficiente a los efectos de la franquicia tributaria la extensión de certificados, aun cuando fueran expedidos por una Universidad nacional, provincial o privada".

empresa" remitía a la profesión liberal, según resulta del género con que declina el participio pasado que emplea. En el dec. 8553/87 (como en su sucesor, el dec. 2143/99, que nada vino a modificar a este respecto), en cambio, queda indicado con toda precisión que la organización empresarial debe estar dedicada al ejercicio de la profesión. Esto resulta de la frase "la existencia de la empresa en el ejercicio profesional" contenida en el encabezamiento, referencia que se repite así en el cierre: "n]o se considerará ejercicio profesional organizado en forma de empresa…". A partir de ellos, corresponde interpretar los textos ordenados en sus incisos. El que aquí interesa, esto es, el aplicado en los actos de determinación cuestionados reza así: "Cuando la actividad es ejercida mediante una organización que constituye la conjunción de medios de producción orientados a la consecución de objetivos cuyo resultado económico es en interés primordialmente de quien o quienes la conducen o dirigen".

6.1.1. Cabe señalar, en primer término, que "la conjunción de medios" prevista en el supuesto señalado al final de párrafo que antecede debe ser puesta en relación con la reunión de naturaleza, capital, trabajo y organización qué se entiende habitualmente por "empresa". Así, por ejemplo, Rodolfo O. Fontanarrosa recuerda que en el terreno de la economía se ha definido a la empresa como "...la tendencia a organizar los elementos productivos (hombres, utensilios, naturaleza) para aumentar la potencialidad de creación de bienes o prologar su duración".[3]

6.1.2. Los textos señalados *supra* muestran que el decreto no quiso excluir cualquier organización de naturaleza, capital y trabajo de la mencionada exención, sino aquellas que tengan la capacidad de producir la actividad gravada y exceptuada del pago del ISIB, es decir, el ejercicio de la profesión liberal universitaria. Dicho de otro modo, no cualquier organización, aun empresarial, que asista al profesional sino la que lleve a cabo el ejercicio de la actividad profesional captada como hecho imponible. Así las cosas, siempre que la organización constituya, realmente, un soporte a su actividad y no venga a sustituir en sus funciones al profesional de que se trate, no quedará excluida de la exención; o puesto de otro modo, la exención alcanza a la organización que permite al profesional potenciar sus ingresos como tal, mientras que no contempla aquellos supuestos en que lo que genera la facturación es la propia empresa. A su vez, para que ocurra la situación mencionada en último término, esto es, la existencia de una organización capaz de sustituir al profesional en su actividad, no resulta indispensable que los dependientes que la componen

[3] Fontanarrosa, Rodolfo O.: *Derecho comercial argentino,* 1: Parte General*,* 9ª ed., Zavalía, Buenos Aires, 1995, p. 173.

sean profesionales. Menos aún, que firmen su trabajo. Basta con demostrar que *i)* están bajo las órdenes de determinado profesional; y *ii)* se encuentran organizados de tal manera que el resultado de su trabajo es el propio de la profesión liberal de que se trate. En resumen, la organización en forma de empresa no tiene lugar por la mera existencia de una "conjunción de medios de producción", sino porque esa conjunción de medios genera la actividad gravada o, en términos de la reglamentación, ejerce "la actividad" que desarrolla el profesional universitario a que se refiere la exención.

Ilustra mejor lo expuesto, la hipótesis en que lo determinante para la facturación es el empleo de un bien de capital de valor muy significativo, algo ausente entre los elementos de hecho contemplados en la decisión impugnada.

7. En virtud lo expuesto, asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que para determinar si el ejercicio de una profesión está organizado o no en forma de empresa resulta esencial establecer que actividades realizan las personas que trabajan junto con el profesional y en qué condiciones trabajan.

8. En el *sub lite,* de las resoluciones administrativas que viene impugnando el recurrente, cuyo contenido fue recogido por el fallo recurrido, surge que la Administración entendió que bastaba con señalar que el Sr. Sapoznikow tenía personal bajo relación de dependencia para resolver que su actividad profesional estaba organizada en forma de empresa y, por ende, determinar su obligación tributaria en el ISIB. En efecto, la Administración en la resol. 4428 (esto es, aquella mediante el cual desestimó el recurso jerárquico interpuesto por el actor) señaló que de las declaraciones del actor surge que cuenta en su laboratorio "...con personal al cual se le abonan salarios, por lo que de ser individual el ejercicio de la profesión como pretende el recurrente, no existiría la distribución de tareas y retribuciones salariales que él mismo ha informado" (fs. 11 vta.). En tales condiciones, concluyó afirmando que, en base a esos hechos (esto es, la existencia de personal a cargo, la asignación de tareas y la existencia de una retribución por la realización de esas tareas), la actividad del actor se encontraba enmarcada en la presunción de existencia de empresa en el ejercicio profesional citada al final del punto 6.1.2. de este voto.

A su turno, la Cámara para resolver también buscó apoyo en la mencionada presunción. En este orden de ideas, sostuvo que "...hacen presumir la existencia de una organización de medios de producción, con un claro objetivo económico en beneficio del profesional actuante, es decir el Sr. Sapoznikow" (fs. 423 vta./424) las siguientes circunstancias: que el actor *i)* cuente en su laboratorio con nueve personas bajo relación de dependencia; *ii)* orientadas a un trabajo específico; *iii)* tiene una cuantiosa facturación; *iv)* no prestó colaboración al perito contador; *v)* hasta el mes de enero de 1996 las facturas las emitía con

el nombre de Laboratorios EDYAFE. Por último, señaló que no basta para desvirtuar dicha presunción el hecho de que el Sr. Sapoznikow sea el único que suscribe los protocolos. Pero, no relacionó la organización empresaria con la actividad gravada.

8.1. Así las cosas, y en virtud de lo expuesto en los puntos que anteceden, los argumentos brindados por el *a quo* al tratar el planteo propuesto por el actor, esto es, que su actividad no se encuentra organizada en forma de empresa, dado que el único que desarrolla la actividad profesional liberal universitaria es él y sus empleados lo que hacen es prestarle colaboración en el desempeño de esa actividad profesional; no bastan para fundar el rechazo de la acción. El *a quo* si pretendía acreditar que la forma en que ejerce su actividad profesional el actor se acomoda a la citada presunción de organización en forma de empresa, debió demostrar no solo que el Sr. Sapoznikow cuenta con empleados en relación de dependencia, sino que éstos están organizados de tal manera que resultan capaces de producir el trabajo profesional en forma independiente a la persona del actor. La existencia de nueve personas en relación de dependencia, como los demás hechos mencionados, aun cuando pueden llegar a constituir un signo que de cuenta de la existencia de una posible organización empresaria, a la luz de las pautas señaladas en los párrafos que anteceden, ese signo por si solo no resulta suficiente para tener configurada una organización en los términos mencionados. Máxime, cuando el actor viene afirmando, y la Cámara no se hizo cargo, que *i)* las tareas que realizan sus dependientes consisten, únicamente, en cuidar, alimentar, limpiar, vacunar y vigilar, a los animales sobre los que se efectúan determinadas prueba*; ii)* él es el único que realiza las tareas propias de su profesión, consistente en realizar certificaciones e informes acerca del control de calidad de medicamentos elaborados por distintos laboratorios de especialidades medicinales; *iii)* ninguno de sus empleados está en condiciones de sustituirlo o reemplazarlo en el ejercicio de su profesión; *iv)* la organización que tiene no es escindible de su persona; *v)* todo el personal con que cuenta son estudiantes y alguna secretaria; *vi)* en la actividad que desarrolla, servicio de análisis no industriales y estudios, diseños, y análisis farmacológicos experimentales, requiere la colaboración de varias asistentes; *vii)* en el informe de una inspección que le realizó la Administración surge que él es '*...el único profesional responsable de los resultados de su actividad, facturando honorarios profesionales'* (fs. 439 vta.); y, por último; *viii)* él es el único profesional habilitado en su laboratorio para hacer los estudios y firmar los protocolos. A su turno, si bien la Cámara manifestó que el personal que trabaja en el laboratorio del actor está orientado al desarrollo de actividades específicas, no explica cuáles serían ellas; cosa que habría resultado indispensable, como ya señalé, para la resolución de la presente controversia.

8.2. Sin perjuicio de ello, y dado que la dilucidación de la presente controversia remite al análisis de cuestiones de hechos como lo es determinar qué actividades efectivamente realiza el personal que trabaja en el laboratorio del actor y, toda vez que, el *a quo* se limitó a señalar que el actor contaba con nueve empleados que realizaban actividades específicas en su laboratorio, sin identificar cuáles eran esas actividades que, a su juicio, hubiesen llevado a entender que había organizado su actividad profesional en forma de empresa, corresponde en este punto reenviar la causa a la Cámara Contencioso Administrativo, a fin de que determine, a la luz de las constancias de la causa, qué actividades desarrolla el mencionado personal, y una vez dilucidado esa cuestión, si ellas conllevan, en base a las pautas sentadas en este voto, a tener por organizada en forma de empresa la actividad que desarrolla el actor. Ello así, dado que, por regla, la dilucidación de la cuestiones de hecho constituye materia privativa de los jueces de mérito y ajena a la de esta instancia de excepción. En síntesis, la sentencia recurrida adopta una inteligencia del reglamento que pone a éste en oposición a la ley reglamentada, y debe ser, por ello, revocada en cuanto rechazó la pretensión de la parte actora tendente a que se declare la nulidad de las resols. 5148/DGR/02 y sus confirmatorias (las resols. 1915/DGR/02 y 4428/SHyF/02) que dispusieron la recategorizaron de su actividad profesional como organizada en forma de empresa, determinaron su obligación tributaria en el ISIB para los períodos 1993 (12° ant. mens.), 1994 (1° a 12° ant. mens), 1995 (1° a 12° ant. mens), 1996 (1° a 12° ant. mens.), 1997 (1° a 12° ant. mens), 1998 (1° a 12° ant. mens.) y 1999 (1° a 4° ant. mens.) y lo consideró incurso en la figura de omisión imponiéndole un multa de $ 34.616,90.

9. Finalmente, cabe señalar que si bien es cierto que toda excepción debe ser interpretada en forma restrictiva, en el caso particular de las exenciones tributarias la CSJN tiene, también, dicho que "es constante el criterio conforme el cual deben resultar de la letra de la ley, de la indudable intención del legislador o de la necesaria implicancia de las normas que las establezcan" (*Fallos,* 292:129; 302:1599; 330:2892, entre muchos otros), criterios estos dos últimos que apuntan en un sentido distinto al de la sistemática restricción del campo de aplicación de la exención. Además, con relación a ellas, conviene, a su vez, tener presente aquella otra regla según la cual entre dos interpretaciones posibles debe escogerse aquella que más armoniza con la Constitución. En este sentido, la CSJN ha sostenido que la adecuada hermenéutica de la ley debe atender a la totalidad de sus preceptos de manera que armonicen con todas las normas del ordenamiento vigente y del modo que mejor se adecuen al espíritu y a las garantías de la Constitución Nacional (*Fallos,* 314:1445; 321:730 y sus citas, entre muchos otros). Ello así, porque ese criterio hermenéutico en el ámbito de los tributos supone evitar interpretaciones que vengan a conculcar las

garantías de generalidad o de igualdad por la vía de prescindir de las situaciones que esos principios tiene por fin velar al extender o reducir el alcance de las excepciones.

10. En cambio, la queja no puede prosperar con relación al planteo dirigido a controvertir la sentencia de cámara en cuanto resolvió que el actor había renunciado a la prescripción que operó para los períodos 1993, 1994 y 1995. Ello así, toda vez que, no obstante los visibles defectos que guarda las normas en que se apoyó el *a quo* para resolver en el sentido que lo hizo, el recurrente no ha logrado plantear un caso constitucional. En efecto, la Cámara, resolvió lo mencionado *supra* en base a que si bien, a su entender, la nota presentada por el actor a la Administración resultaba confusa, la conducta que mantuvo el Sr. Sapoznikow durante el procedimiento administrativo daba cuenta, a juicio del *a quo,* que renunció al término de prescripción (véase tercer párrafo del punto 3 de los resultas). Ahora bien, el recurrente ni planteó la inconstitucionalidad de la normativa fiscal en que se apoyó el *a quo* para decidir, ni se hizo cargo del argumento reseñado, se limitó a afirmar, que su participación en el desarrollo de la prueba en el proceso de determinación no puede ser tomada como una renuncia a la prescripción, sin explicitar los motivos de esa aseveración. En tales condiciones, más allá del acierto o error de los argumentos de la Cámara, lo cierto es que el recurrente, tal como adelanté, no logró plantear un caso constitucional en lo que hace a esta cuestión.

Por ello y habiendo dictaminado el fiscal general adjunto, voto por: *i)* rechazar la queja con relación al planteo dirigido a controvertir la decisión del *a quo* según la cual el actor habría renunciado a la prescripción que habría operado para los períodos 1993, 1994 y 1995; *ii)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad con relación al planteo dirigido a controvertir la aplicación que hizo el *a quo* de la reglamentación contenida en el dec. 8553/87 al art. 89, inc. 10, de la ordenanza 40.731 (y en igual sentido, en lo que al caso importa, la establecida en el dec. 2143 al reglamentar el art. 116, inc. 9º, del Cód. Fiscal, t.o. en 1999), en base a la cual resolvió que el actor tenía organizado el ejercicio de su profesión en forma de empresa; *iii)* revocar la sentencia de Cámara en lo que hace al tratamiento de esa cuestión; y *iv)* remitir la causa a la Cámara Contencioso, Administrativo y Tributario para que por otros jueces se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto. Costas por su orden en virtud de la existencia de vencimientos recíprocos.

El juez José O. Casás dijo:

1. La sentencia cuestionada es definitiva, en cuanto pone fin al pleito; proviene del superior tribunal de la causa, y el recurso de inconstitucionalidad, como la queja, que ante su denegación lo sustenta, han sido incoados en tiempo hábil y en legal forma.

Entiendo, a su vez, que el recurso de inconstitucionalidad fue mal denegado por el *a quo*, al menos respecto a la afectación del *principio de reserva de ley en materia tributaria*, puesto que de lo que se trata en este contencioso es de precisar cuándo una profesión universitaria se desenvuelve en forma de empresa, para excluirla, por tanto, de la exención respectiva en el impuesto sobre los ingresos brutos, más allá que el quejoso enderece sus agravios a la inaplicación por la Cámara de la noción aportada por el dec. 8553/87, concepto que con matices fue reiterado por el dec. 2143/99.

2. Tal como ya lo he señalado en votos singulares en otras causas relativas a normas reglamentarias o interpretativas dictadas respecto de tributos locales, estimo que los desarrollos efectuados en ellas —y en este caso a los fines de la caracterización del concepto de "empresa"— conducen a una cuestión insustancial. Así, en el punto 3 de mi voto en la causa: "Asociación de Receptorías de Publicidad (A.R.P.) c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo s/ recurso de inconstitucionalidad", sentencia del 6/9/2000 (véase en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 260 y ss.), puede leerse —respecto de una norma de tal rango— que, por dicha vía, "no podría privarse de una exención concedida por la ley, ni consagrarse una exoneración ausente en aquélla, en virtud del principio de *reserva de ley* que preside, en materia de fuentes, todas las regulaciones del derecho tributario material. En este aspecto el catedrático de la Universidad de Barcelona, José Juan Ferreiro Lapatza, ha señalado con acierto: 'Hemos dicho muchas veces que, respecto a los elementos esenciales del tributo ya regulados por la ley, el mejor reglamento es el que no existe. Pues respecto a ello, y salvo llamada expresa de la propia norma legal, el reglamento nada puede decir, nada debe aclarar, precisar o interpretar, pues ya es sabido que toda interpretación llevada a cabo a través de una norma reglamentaria encierra una cierta voluntad innovadora. La norma reglamentaria que regula sin haber sido llamada por ella la norma legal que delimita, por ejemplo, el hecho imponible de un tributo o bien es inútil porque se limita a repetir el texto de la ley o bien es nula por decir algo distinto a lo que la ley ha dicho' (conf.: *Curso de derecho financiero español,* 19ª ed., capítulo II: 'Las fuentes del derecho financiero. La Constitución y los principios constitucionales', parág. II: 'Los principios constitucionales del derecho financiero', Letra 'A': 'El principio de legalidad', punto 2: 'Los tributos: el principio de legalidad tributaria', apart. 'c': 'El principio de legalidad tributaria y las relaciones ley-reglamento', pp. 48 y ss., en particular p. 50, Marcial Pons, Madrid, 1997).// Al respecto, la facultad deferida al Poder Ejecutivo para interpretar las normas tributarias debe entenderse en armonía con las disposiciones de la Constitución local y no poniéndolas en pugna con su letra ni su espíritu, de lo que se infiere

que por tal expediente no podrá la Administración crear ni restringir los hechos imponibles, ni sus pertinentes exoneraciones".

En igual sentido me he expresado en mis votos en la causas: "Hipódromo Argentino de Palermo S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", sentencia del 28/6/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 334 y ss.; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Sociedad Italiana de Beneficencia de Buenos Aires c/DGR (resol. 1881/DGR/00) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR'", sentencia de 26/3/2002*,* en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. IV, pp. 93 y ss., y: "Estudio Beccar Varela c/GCBA (Dirección General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliarios) s/cobro de pesos s/recurso de inconstitucionalidad concedido y recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", sentencia del 16/10/2002, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. IV, pp. 489 y ss.

3. Respecto de la afectación del principio de legalidad, o más precisamente, del *principio de reserva de ley en materia tributaria*, en que se centran los agravios, es menester efectuar algunas precisiones. En primer término, corresponde dejar sentado que la interpretación de los preceptos impositivos de esta jurisdicción no habilitan, como regla general, el recurso de inconstitucionalidad previsto en el art. 113, inc. 3° CCBA y art. 26, inc. 4º de la ley 7, más allá de que la apelación extraodinaria podría tener andamiento cuando el recurrente demuestre en forma acabada y convincente que se puede haber infringido, como ocurre en el caso de autos, el *significado* que cabe asignar a las reglas que definen el *núcleo central del presupuesto de hecho* cuya verificación en el campo factual da nacimiento a la obligación de pago de un tributo, genera el derecho a una minoración de la tarifa o de la cuota, o torna procedente la aplicación *de una exoneración* o beneficio, por hallarse comprometido, en tal supuesto, el *principio de reserva de ley tributaria* —conf. mi voto en la causa: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Martínez y Lutz S.R.L. c/ DGR (resol. 3642/DGR/2000) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR'", expte. nº 2131, sentencia del 14/5/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, pp. 283 y ss.— Es que, únicamente en tal hipótesis de excepción, tal como sucede en el *sub lite*, puede habilitarse la competencia de este estrado, pues, el diseño del recurso de inconstitucionalidad local difiere en su alcance y extensión del recurso extraordinario federal previsto por el art. 14 de la ley 48. Allí, la interpretación misma dada a las normas impositivas nacionales —excluidas las regulaciones de carácter procesal—, configuran un "caso federal" que justifica la intervención de la superior instancia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Aquí, en

cambio, como regla, la interpretación que se asigne a los preceptos de derecho tributario local, compete, salvo que esté comprometido el núcleo central o sea los componentes sustantivos que determinan la gravabilidad, minoración, exoneración; como en el supuesto de arbitrariedad de sentencia, a los jueces de la causa —conf. mis votos *in re*: "Estudio Beccar Varela c/GCBA (Dirección General de Rentas y Empadronamiento Inmobiliario) s/cobro de pesos s/recurso de inconstitucionalidad concedido y recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", resolución del 16/10/2002, ya citado, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. IV, pp. 489 y ss., y "Alto Palermo Shopping Argentino S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Alto Palermo Shopping Argentino S.A. c/GCBA (Dir. Gral. de Rentas – resol. 3106 – DGR 2000) s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR'", expte. n° 2094/03, resolución del 20/3/2003 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, pp. 135 y ss.

4. Entiendo que en este caso los razonamientos de la Cámara a los fines de subsumir la actividad desplegada por el profesional universitario bioquímico Sapoznikow en la noción de empresa, resultan insuficientes para dar adecuada fundamentación a su decisorio. Ello así, pues si bien varios de ellos son indicios para formar un criterio preliminar, no son decisivos. Tal es lo que ocurre con los argumentos que hacen hincapié en: *a)* lo cuantitativo de la facturación; *b)* la falta de colaboración prestada por el contribuyente al perito contador, y *c)* que se haya facturado en un período inicial con el nombre de fantasía "Laboratorios EDYAFE". Adviértase que el nivel de facturación no depende exclusivamente de la forma de organización que adopte el profesional universitario (tómense sólo a modo de ejemplo: los honorarios que puede llegar a percibir un cardiocirujano que ejerce liberalmente la profesión, muy demandado por su prestigio, y que no interviene con prepagas ni obras sociales; o una millonaria regulación judicial a favor de un abogado que ejerce la profesión individualmente e, incluso, sin asistentes y desde su domicilio personal). La actitud de falta de colaboración en la pericia pudo encauzarse, de haber sido menester, por correctivos procesales. Finalmente, una errónea categorización tributaria del contribuyente —como gravado y no como exento— no debe condenar, necesariamente, al obligado tributario impidiéndole rectificar hacia el futuro su situación de revista frente al impuesto.

5. Lo que importa, en el caso, es si la unidad económica "laboratorio" es esencialmente dependiente de la actividad profesional universitaria del bioquímico, más que si es viable su existencia sin la intervención activa de Sapoznikow. Escrutinio éste que puede realizarse tomando en consideración si los ingresos percibidos consisten esencialmente en honorarios, o retribuyen

costos y servicios de dependientes que conforman sustantivamente las prestaciones llevadas a cabo.

Es que la noción de "empresa" adoptada se sustenta en el lenguaje coloquial y en su versión más corriente —atendiendo al valor que cabe asignar al *elemento gramatical* de la norma en la interpretación— referida a la organización de los factores de la producción: naturaleza, capital y trabajo, coordinados a su vez por la gestión gerencial. Se trata, en fin, de la organización de la actividad económica enderezada a la obtención de beneficios en donde adquieren un significado prevalente la inversión de capital y/o el aporte de mano de obra de dependientes, asumiendo el titular los riesgos del emprendimiento respectivo. De más está decir que contar con una organización de medios con el objeto de lograr un lucro, no convierte necesariamente al profesional universitario que ejercita su incumbencia en una empresa. Sostener lo contrario importaría, en tal caso, como bien lo ejemplifica el recurso de inconstitucionalidad, que "sería suficiente contar con un título profesional, una secretaria, una oficina, un fax y una computadora para cobrar honorarios para que la exención no se verifique" (*sic*, véase fs. 13 vta. de las actuaciones ante este estrado). Así entonces, el concurso de personas que realicen tareas auxiliares o de apoyo —aun cuando se trate de algún profesional—, en tanto no importen el suplantar de forma total al profesional titular del emprendimiento en la prestación misma, personal, principal, y en la mayoría de los supuestos indelegable, de los cometidos propios de la incumbencia universitaria de que se trate, o en una fase de su ejecución; como la utilización de un inmueble o de los bienes de uso, de fácil acceso y habituales para el quehacer de que se trata no transforman necesariamente el desenvolvimiento profesional en empresa.

Lo que gravita fundamentalmente, dividiendo las aguas, como lo anticipara, es establecer si los ingresos que se perciben son, sustantivamente, en concepto de honorarios generados por la actividad personal del profesional liberal o independiente, o es la retribución por servicios en los cuales el profesional está presente como un añadido más en la conjunción de los restantes factores de la producción en que gravita con particular relevancia la tarea prestada por otros profesionales en relación de dependencia, o por un número relevante de agentes calificados, que no sólo colaboran como auxiliares en la tarea, sino que lo reemplazan o sustituyen en el cumplimiento de los cometidos materiales propios, principales, y en la mayoría de los supuestos indelegables, de la actividad profesional en sí misma. Otro tanto puede decirse cuando lo que se convierte en significativo es la utilización del capital o de bienes de uso de valor relevante. Piénsese, en este último supuesto, en un médico que realiza diagnóstico por imágenes utilizando equipos de costo millonario en dólares, para realizar estudios de tomografía computada o resonancia magnética (que para poder ser amortizados ante su rápida obsolescencia trabajan las 24 horas

del día) y que argumente que es un profesional liberal independiente, en tanto él y sólo él iniciala o suscribe los informes los estudios, sin contar a tales efectos con otros profesionales médicos, sino tan sólo con idóneos prácticos o técnicos con formación terciaria capacitados en las rutinas de uso de tal complejo instrumental de diagnóstico. ¿Puede, acaso, en este último supuesto, pensarse que el emprendimiento económico no es empresarial?

6. Pareciera que lo dirimente en la especie es enderezar el análisis a desentrañar el alcance de las tareas que cumplen las personas bajo relación de dependencia del bioquímico Sapoznikow —nueve según las constancias de la causa— y determinar, consiguientemente, más aún teniendo en vista los ingentes gastos de capacitación que se han realizado, si tales agentes relevan de sus rutinas, total o parcialmente, a las propias de la incumbencia profesional del titular del laboratorio, sustituyéndolo o potenciando la envergadura de su emprendimiento al punto de independizarlo del ejercicio profesional liberal individual, para convertirlo en una organización empresaria, o si se trata de meros colaboradores en tareas auxiliares y de apoyo.

7. Los lineamientos que he trazado para caracterizar la actividad profesional como organizada en forma de empresa descartan valerse para resolver el caso, de las premisas apriorísticas: *in dubio pro contribuyente* o *in dubio pro fiscum*, haciendo míos los conceptos vertidos por el académico Horacio A. García Belsunce (conf. "La interpretación de la ley tributaria", en *Temas de derecho tributario*, pp. 135 a 141, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982) cuando señala que las leyes tributarias no tienen carácter odioso, ni tampoco son excepcionales, lo que le permite desechar, como lo hiciera Ezio Vanoni (véase *Naturaleza e interpretación de las leyes tributarias*, en *Obras Básicas de Hacienda Pública*, capítulo primero, parágrafos 1 a 8, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1973, pp. 75 y ss.), la necesidad del uso de tales criterios en la aplicación de la ley a las controversias respectivas, temperamento que el catedrático Eusebio González García, siguiendo al profesor italiano, dio en calificar como "la superación de viejos errores" (véase *La interpretación de las normas tributarias*, capítulo I: "Naturaleza de las normas tributarias: superación de viejos errores", pp. 13 y ss., en particular p. 21, Aranzadi, Pamplona, 1997). En tal sentido, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho: "Que las excepciones impositivas pueden resultar no sólo del texto de la ley, sino también de la indudable intención del legislador o de la necesaria implicancia de la norma (*Fallos,* 258:75; 262:60; 264:144). Y que para hacer lugar a la intención del legislador, los jueces están autorizados a superar las imperfecciones técnicas del ordenamiento y a acudir, en la medida de lo prudente, a una interpretación armónica, funcional y sistemática (*Fallos,*

259:63; 262:470; 263:63)" —conf. *in re*: "S.R.L. Broer y Cía.", *Fallos,* 280:307, sentencia del 25/8/1971, consid. 9º.

A su vez, en la causa: "Multicambio S.A." (*Fallos,* 316:115), sentencia del 1º/6/1993, el Alto Tribunal dejó expresado: "Que... del mismo modo que *el principio de legalidad* que rige en la materia —conf. arts. 4°, 17 y 67, inc. 2º, de la C.N. (texto 1853/1860)— impide que se exija un tributo en supuestos que no estén contemplados por la ley, también *veda la posibilidad de que se excluyan de la norma que concede una exención situaciones que tienen cabida en ella con arreglo a los términos del precepto respectivo*. Corresponde añadir al respecto que las disposiciones que estatuyen beneficios de carácter fiscal no deben interpretarse con el alcance más restringido que el texto admita, sino en forma tal que el propósito de la ley se cumpla, lo que equivale a admitir que las exenciones tributarias pueden resultar del indudable propósito de la norma y de su necesaria implicancia (*Fallos,* 296:253; 312:529 y 315:257).// 9°) Que el propósito de evitar una posible elusión del tributo, que inspira, a su vez, a la decisión apelada, no puede llevar por vía interpretativa a establecer restricciones a los alcances de una exención, que no surgen de los términos de la ley ni pueden considerarse implícitas en ella, pues tal pauta hermenéutica no se ajusta al referido principio de legalidad o reserva.// No corresponde obviar que el debate que suscita la interpretación del precepto tributario debe llevarse a cabo en el ámbito de las previsiones en ellas contenidas, y no sobre la base de resultados posibles de su aplicación, lo que importaría valorarlo en mérito a factores extraños a sus normas (conf. *Fallos,* 299:45)..." —el destacado en bastardilla ha sido añadido.

8. A partir de lo hasta aquí señalado, hago mías las consideraciones que lucen en el fundamento nº 8 del minucioso e ilustrado voto de mi colega Luis F. Lozano, para quien el *a quo*, si pretendía acreditar que la forma en que ejerce su labor el actor se acomodaba a la organización empresaria, debió demostrar no sólo que el Sr. Sapoznikow cuenta con dependientes, sino que éstos están organizados de manera tal que resultan capaces de producir resultados en forma independiente del respectivo profesional.

En mérito a que la dilucidación del extremo antes referido constituye materia privativa de los jueces de la causa, ajena a esta instancia de excepción, participo del criterio de que la sentencia recurrida debe ser revocada en cuanto rechazó las pretensión de la parte actora enderezada a obtener la nulidad de las resoluciones de la Dirección General de Rentas y de la Secretaría de Hacienda y Finanzas que dispusieron la recategorización de su actividad profesional como organizada en forma de empresa, determinaron el impuesto sobre los ingresos Brutos y efectuaron reproche infraccional pasible de multa.

9. Por su parte, también por remisión a los fundamentos contenidos en el punto 10 del voto del señor juez de trámite, Luis F. Lozano, participo de que el planteo del actor dirigido a controvertir la sentencia de la anterior instancia en lo tocante a la renuncia de la prescripción, no ha logrado plasmar un caso constitucional atendible en este estrado, por cuanto sólo se limita a traducir su discrepancia con el pronunciamiento de la Cámara, el cual, más allá de su acierto o error, se sustenta como acto jurisdiccional válido y se asienta en la interpretación del alcance que cabe asignar a la presentación efectuada por el contribuyente en relación la prescripción en curso, extremo de hecho propio de consideración por los jueces de la causa.

Por ello, y habiendo dictaminado el fiscal general adjunto, voto por: *1º)* rechazar la queja con relación al planteo dirigido a controvertir la decisión del *a quo* según la cual el actor habría renunciado a la prescripción respecto a los períodos 1993, 1994 y 1995; *2º)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad en orden al planteo dirigido a controvertir la exclusión del actor del beneficio exentivo instituido a favor de los profesionales liberales no organizados en forma de empresa en el impuesto sobre los ingresos brutos, revocando la sentencia de la Cámara en este aspecto, y 3º) Remitir la causa a la Cámara Contencioso, Administrativo y Tributario para que con la intervención de otros jueces se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto. Costas por su orden en virtud de la existencia de vencimientos recíprocos.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Creo que el recurrente, a más de interponer la queja tempestivamente y en forma adecuada, contra una decisión judicial que, con razón, el recurrente caracteriza como *definitiva*, se ha ocupado de controvertir la razón de ser del rechazo de su recurso de inconstitucionalidad por el *a quo* (véase cap. V de su escrito, fs. 22 y ss.). No se trata allí sólo de la invocación genérica de la *arbitrariedad* —palabra mágica de todo recurrente de un recurso extraordinario en este ámbito judicial, ya todo un clásico de esos recursos, sobre lo cual volveremos—, sino que, antes bien, él involucra allí la interpretación de normas de derecho común y del contexto de hecho fijado por el tribunal de mérito sobre la base de su valoración probatoria, ambos elementos que dan fundamento a la sentencia, como una lesión al *principio de legalidad* en materia tributaria, principalmente, y, de paso, como lesiones a los principios de *inviolabilidad de la propiedad privada* y de la *defensa en juicio* (véanse fs. 22 vta.), sin demasiadas explicaciones (sólo menciones). A contrario de lo expuesto en esa sentencia, la interpretación del recurrente de la situación jurídica en la que él se halla sería, a su juicio, la correcta: la ley lo exime como sujeto de la imposición tributaria (IIB), pues ejerce su profesión isoladamente y no la ejerce como una empresa.

Los mismos defectos soportaría la sentencia en la decisión sobre la prescripción, aquí antes bien por interpretación del contexto fáctico y probatorio valorado por la Cámara.

2. Tiene razón la Cámara, que rechazó el recurso por no plantear caso constitucional alguno que abra y merezca la competencia del TSJ mediante el recurso de inconstitucionalidad que le es característico, un recurso *extraordinario*, esto es, limitado sólo al debate de ciertas cuestiones y temas, para el caso, conforme lo establece el art. 27 de la ley procesal local 402 —el recurso de inconstitucionalidad procede— "…cuando se haya controvertido la interpretación o aplicación de normas contenidas en las constituciones nacional o de la ciudad, o la validez de una norma o acto bajo la pretensión de ser contrarios a tales constituciones siempre que la decisión recaiga sobre esos temas".

En efecto, aquí la diferencia entre la interpretación del actor y aquella sostenida por la sentencia no reside en norma constitucional alguna —que determine, por ejemplo, el alcance del principio de legalidad constitucional y sus consecuencias necesarias (o el alcance del principio de inviolabilidad de la defensa o de la propiedad privada)—, sino que se presenta como diferencia, incluso de hecho o valoración de la prueba, en la aplicación de normas de derecho común (infraconstitucionales) que describen el impuesto a los ingresos brutos y sus límites o exenciones. En verdad, si triunfara la tesis del actor, en el sentido de que, dado el principio de legalidad, una interpretación distinta de las normas de derecho común, incluso plausible, esbozada por alguno de los participantes en el litigio, habilita el recurso de inconstitucionalidad, ello equivaldría a fijar una tercera instancia para todos los casos (por supuesto, sin ley que lo autorice). En este sentido el Tribunal, con paráfrasis de textos de la CSJN, tiene ya dicho que: "La referencia ritual a derechos constitucionales si no se acredita y precisa fundadamente su cercenamiento es insuficiente para abrir la vía extraordinaria, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional vulnerado, el Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad" (conf. TSJ, exptes. nº 131/99, "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja"; nº 261/00, "Rébora, Horacio Norberto c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/recurso de queja"; "Kronopios S.R.L. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado"). Así resulta fácil observar que la discusión no se plantea en el plano constitucional, pues no se refiere al alcance del llamado *principio de legalidad* en materia tributaria (CCBA, 51), sino a la interpretación y aplicación de la ley común. Del hecho de que esta ley común tenga conexiones con el principio constitucional, porque lo reglamenta, como, por lo demás, sucede con, si no todas, una gran cantidad de leyes parlamentarias,

no se desprende que la discusión alcance el plano constitucional (exigencias y consecuencias del principio). Por ello, no toda invocación del principio de legalidad autoriza el recurso de inconstitucionalidad (conf. mi voto *in re* "Díaz Quintana, René s/art. 74, CC —apelación— s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 3883/05, resolución del 8/6/2005; PACA S.A. s/recurso de queja, expte. nº 58/99, del 9/9/1999, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 357 y ss.: "La mera invocación de reglas constitucionales conocidas… no alcanza para plantear coherentemente un caso constitucional").

3. En lo demás y sobre todo para el subcaso del debate sobre la prescripción, él se presenta más claramente, incluso para el actor, como una cuestión de hecho y prueba, tal como él lo reconoce en el mismo recurso de hecho (conf. fs. 23 *in fine*), cuestión que, como se sabe, es extraña al recurso principal interpuesto (conf. "Cervecería y Maltería Quilmes SAICAYG s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, en: 'GCBA c/Cervecería y Maltería Quilmes SAICAYG s/ejecución fiscal'", expte. nº 3137/04 del 22/12/2004, *Constitución* y *Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. VI, 2004/B, p. 1337: "El debate vinculado con la excepción de prescripción tuvo en cuenta cuestiones atinentes a la interpretación de hechos y a la valoración de la prueba rendida, misión propia de los jueces de la causa. La discrepancias de la recurrente no solventan un caso constitucional que permita… tomar intervención en este estrado conforme a lo prescripto por los arts. 113, inc. 3º, CCBA y 27 de la ley 402").

4. Acerca de la palabra mágica *arbitrariedad*, referida tanto a la sentencia recurrida como al rechazo del recurso por el *a quo*, es dable observar, sintéticamente, lo siguiente. La invocación de la doctrina de la *arbitrariedad*, que el recurrente formula de la mano de la mención de los principios constitucionales de inviolabilidad de la defensa y de la propiedad privada, sin expresar de manera alguna más que palabras ceremoniales de quien imaginó esa doctrina, no está llamada, en el caso, a tener éxito. Téngase en cuenta, al respecto, que el Tribunal ha dicho reiteradamente que la mera contrariedad con los fundamentos utilizados por el tribunal de mérito no implica que la sentencia carezca de fundamentos y que sea descalificable, en el sentido de que no conforme una decisión judicial, sino que, antes bien, responda al capricho del juez o de los jueces que emiten la decisión (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 2182 y ss.). Ello es aun más cierto para quien estima que tal motivo, pretorianamente imaginado por la CSJN, no informa el recurso por inconstitucionalidad y sólo es posible de aceptar por la vía de la carencia total de fundamento o del fundamento absurdo que caracterice a la decisión

como un capricho del tribunal de la causa (conf. mi voto en el expte. nº 1653/02 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Delta Corner S.A. c/GCBA [Dir. Gral. de Rentas] s/recurso de apelación judicial c/decisiones del DGR'", resolución del 12/2/2003, entre muchos otros). Por tanto, el recurso a la *arbitrariedad* de la sentencia no puede tener éxito con referencia a estas decisiones, pues, a lo sumo, él es válido —como argumento factible para abrir el recurso de inconstitucionalidad— en casos extraordinarios, según lo ha reconocido la misma CSJN (conf. *Fallos,* 296:658; 297:280; 302:1372; 306:344; 310:1433; 325:874).

5. Por ello, corresponde rechazar la queja interpuesta por el actor.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero a los apartados 1 a 3 del voto del Dr. Maier.

Como acertadamente destaca mi colega, el recurso en análisis contiene una discrepancia con la valoración de los hechos y pruebas de la causa, y con la interpretación y aplicación de normas tributarias de jerarquía infraconstitucional (las que regulan el ISIB, sus exenciones y la renuncia a la prescripción en el procedimiento de determinación de oficio del ISIB), cuestiones propias de las instancias de mérito y ajenas al recurso de inconstitucionalidad intentado por el recurrente. De tal manera, la ausencia de una cuestión constitucional torna infructuosos los intentos del recurrente de rebatir el rechazo de su recurso de inconstitucionalidad.

2. La ausencia de un efectivo caso constitucional no puede ser suplida por la invocación de la doctrina de la arbitrariedad, ya que ella, dado su carácter excepcional, exige de quien la invoca la demostración rigurosa e inequívoca del vicio que atribuye al fallo recurrido (*Fallos,* 303:387).

Pero ello no ocurrió en el caso, ya que, a pesar de los esfuerzos del recurrente por cuestionar la sentencia atacada, la Cámara fundamentó razonablemente por qué entiende que el accionante desarrollaba su actividad profesional en forma de empresa, para lo cual: *i)* tuvo en consideración distintos elementos de hecho corroborados en esta causa y en las actuaciones administrativas, que permitirían formar convicción en cuanto a la existencia de una organización de medios de producción encuadrable en el concepto de "empresa", entre las que menciona la existencia y cantidad de personal en relación de dependencia, naturaleza y distribución de funciones de los empleados, facturación, utilización de un nombre de fantasía, y cantidad de dinero invertido en entrenamiento y selección del personal —si bien no lo menciona la Cámara, podemos agregar a esta enumeración la inscripción en el Régimen de la Seguridad Social Autónomos como "titular de empresa unipersonal", como surge del informe de la AFIP obrante a fs. 165/166—; y *ii)* valoró como presunción en contra de

la actora su conducta reticente (en cuanto no prestó la colaboración debida al perito contador) y su incumplimiento de la carga probatoria —al respecto, son especialmente ilustrativas la intimación del señor juez de primera instancia obrante a fs. 281 y su incumplimiento derivado de las manifestaciones del perito contador vertidas a fs. 307/310 y 320/322.

Por otra parte, la Cámara argumentó por qué considera que la actora renunció a la prescripción, para lo cual merituó la conducta llevada a cabo por el demandante con posterioridad a la presentación de fs. 189/190 del expediente administrativo, a la luz de lo dispuesto en el art. 116, inc. 16 de la normativa fiscal aplicable (que regula el instituto de la renuncia a la prescripción para posibilitar la producción de prueba en el marco de un procedimiento de determinación de oficio del ISIB).

Podrá discutirse el acierto o desacierto de ambos razonamientos, pero no es posible calificarlos de "infundados" o "arbitrarios", ni tampoco afirmar que exista alguna cláusula constitucional comprometida, ya que se trata de cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional. Que la parte recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss., en: "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas), pues "si el fallo apelado, dictado por los jueces de la causa, es fundado y serio, aun cuando pueda discutirse con base legal la doctrina que consagra o sus consecuencias prácticas, no resulta aplicable la jurisprudencia excepcional establecida en materia de arbitrariedad" (*Fallos,* 237:69).

3. Por lo expuesto, voto por rechazar la queja.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Comparto los argumentos que sostiene la jueza Ana María Conde y su adhesión a los apartados 1 a 3 del voto del juez Julio B. J. Maier, y coincido con la solución que proponen mis colegas.

En consecuencia, voto por rechazar la queja interpuesta por el Sr. Sapoznikow.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Jacobo David Sapoznikow.

2º. *Dar por perdido* el depósito de fs. 139.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con esta queja.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XXXII

"COPACABANA S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'COPACABANA S.A. C/GCBA (SECRETARÍA DE SALUD-TESORERÍA GENERAL) S/COBRO DE PESOS'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional: cuestiones de hecho y prueba. Derecho de defensa. Acceso a la justicia.

SUMARIOS:

1. El fallo objeto del recurso omitió el tratamiento de cuestiones relevantes de la controversia, que podían y pueden, cualquiera de ellas, individualmente o en conjunto, modificar la suerte del proceso en caso de ser estimadas, afectando el derecho de defensa y la garantía de acceso a la justicia, previsiones de la Constitución de la Ciudad (art. 13, inc. 3º, y 12, inc. 6º) como de la Constitución Nacional (art. 18), lo que configura un caso constitucional y torna admisibles los recursos de queja y de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

2. Dado que los planteos que no ponderó la Cámara tratan centralmente sobre cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional, ajenas por regla a la consideración de este Tribunal, la causa debe ser devuelta a ella para que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento que tenga en cuenta los aspectos involucrados en la decisión de la controversia. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano).*

3. Los agravios debidamente introducidos por el recurrente involucran una caso constitucional y su abordaje resultaba ineludible para los magistrados intervinientes, puesto que su facultad de interpretar el alcance las pretensiones de las partes, como principio privativa, no llega a la posibilidad de desconocer completamente un cuestionamiento, cuyo contenido dirigido nada menos que a la invasión de competencias de un órgano administrativo encargado de celebrar y gestionar un contrato por otro —Procuración General— encargado de representar judicialmente a la Administración, justifica un examen practicado

aun de oficio, y pese a que pudiera estimarse escueta su formulación ante la primera instancia. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano)*.

Expte. nº 5909/08 - 4/3/2009

VISTOS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Copacabana S.A. interpuso ante la Justicia Nacional de Primera Instancia en lo Civil una demanda contra la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante MCBA) dirigida a que se la condene a pagar la suma de $ 14.125,80 que la ex MCBA le adeudaba, que tenía origen en varios contratos entre ambas partes, referidos a la prestación de suministros a los Talleres Protegidos de Rehabilitación Psiquiátrica, al Hospital General de Agudos "Bernardino Rivadavia", al Hospital Neuropsiquiátrico "José T. Borda" y al Hospital Infanto Juvenil "Dra. Carolina Tobar García". El actor requirió la aplicación de intereses por mora desde que las sumas parciales fueron devengadas y hasta su pago, de acuerdo con la tasa prevista en el inc. 113 del dec. PEN (nacional) 5720/72; también solicitó que se admita la capitalización de los intereses y que se impongan las costas a la demandada (fs. 66/72 vta.).

La actora sostuvo que cumplió sus obligaciones de conformidad con lo convenido y que la ex MCBA no cumplió con las que le correspondían, en particular con el pago del precio: detalló las facturas reclamadas, sus importes y sus vencimientos. La demanda se fundó en el Reglamento de Contrataciones aprobado por dec. nac. 5720/72, aplicable en la ex MCBA de acuerdo con lo dispuesto por la Ley Orgánica Municipal 19.987 y la ordenanza 31.655.

Con posterioridad, la actora, mediante sendos escritos, amplió el ofrecimiento de pruebas y los fundamentos de su demanda (fs. 73/79 y 80/82 vta.): expuso que el Hospital Tobar García efectuó concursos de precios para el suministro de víveres secos, que condujeron a la contratación directa de su parte; el hospital, aunque no abonaba las facturas presentadas al cobro, sí conformaba la recepción de los suministros y daba curso a las facturas. La modalidad de contratación seguida fue la de contratación directa por compra de mostrador, utilizada por la demandada en reiteradas oportunidades. Esta forma de operar estaba prevista en el ámbito municipal, cuyas normas permitían realizar contrataciones directas por las razones previstas en el dec. ley 23.354/56, o con imputación a los fondos permanentes de conservación patrimonial o por caja

chica. El actor sostuvo también que resultaba aplicable la doctrina de los actos propios; también afirmó que la demandada incurrió en inactividad formal (al no pronunciarse acerca de sus reclamos administrativos) y material (al no cumplir las prestaciones convenidas contractualmente). La actora agregó que los pagos reclamados no sólo tienen fundamento en los contratos, sino también en el principio del enriquecimiento sin causa (ampliación de fundamentos de la demanda, V, fs. 81 vta./82).

2. La demanda fue contestada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA, fs. 83/106 vta.). Opuso, con carácter previo, la excepción de falta de agotamiento de la instancia administrativa. En cuanto al fondo, señaló que la provisión de los suministros no respetó las reglas del dec. nac. 5720/72 —mencionado—, como habría correspondido. Afirmó que no era posible inferir cuál fue el contrato en que se fundan las prestaciones de la demandada, ni bajo qué régimen normativo ellas fueron llevadas a cabo. Puso de resalto que las normas invocadas por la actora (decs. nacs. 2388/92, 2541/92, 329/93, 1314/93, 2234/94, etc.) no eran aplicables al caso, ya que se trataba de normas de excepción. En cambio, la demandada sostuvo que, a la fecha de las facturas, resultaba de aplicación el Reglamento de Contrataciones del Estado aprobado por dec. nac. 5720/72, y que al haberse apartado de ese régimen —cuya regla es la licitación pública para la selección del contratista—, las contrataciones eran nulas de nulidad absoluta. Por otra parte, aludió al incumplimiento de normas de carácter financiero, a la violación de los principios de competencia y de legalidad en tanto el único funcionario público facultado para obligar a la ex Municipalidad y celebrar contratos era el intendente municipal (art. 31, incs. *a*, *p*, *o* y *r*) de la ley nacional 19.987), es decir, el jefe del gobierno de la Ciudad. En cuanto a la tasa de interés aplicable, la demandada objetó la tasa activa y justificó la aplicación de la tasa pasiva.

Como se expresó, la demandada opuso la nulidad absoluta de la contratación invocada por la actora. Enumeró los siguientes vicios: *a)* en la competencia (en el caso, correspondía al ex intendente municipal); *b)* en la causa; *c)* en el objeto; y *d)* en el procedimiento (ante la omisión de la licitación pública o del dictamen que justificara la excepción a esa modalidad de selección). Por esta razón ella agregó que la indemnización que eventualmente pudiera ser admitida debía quedar determinada por las reglas del enriquecimiento sin causa. Al mismo tiempo, la demandada señaló la inexistencia de partes de recepción definitiva que acreditaran las prestaciones reclamadas sobre la base de las facturas.

3. El *a quo* dio traslado a la actora de la excepción y del planteo de nulidad, contestados a fs. 175/187 vta. En lo que interesa a los fines de esta queja —ya que la excepción de falta de legitimación para obrar fue finalmente rechazada y no existen agravios en ese sentido—, Copacabana S.A. observó que el GCBA

no planteó una reconvención (por nulidad de las contrataciones), como hubiera correspondido, y, por ello, el juzgado no podía pronunciarse sobre tal nulidad. También rebatió los argumentos del GCBA referidos a las supuestas nulidades. La contestación agregó que, de admitirse que no hubo contratos válidos, debería disponerse la reparación por la ejecución de un cuasicontrato; también consideró aplicables la responsabilidad de la demandada por la actuación ilegítima de sus funcionarios, el principio de igualdad ante las cargas públicas y los derechos adquiridos ante los actos ilegítimos de los funcionarios públicos.

4. Una vez radicado el caso, y sus actuaciones, ante la justicia de la Ciudad, el juez interviniente dictó sentencia (fs. 9/23): "Haciendo lugar parcialmente a la demanda promovida por la empresa Copacabana S.A. contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. En consecuencia, se condena a la demandada al pago de la factura nº 692, correspondiente a insumos para el Hospital General de Agudos "Bernardino Rivadavia", por la suma de $ 2.195,90 (pesos dos mil ciento noventa y cinco con noventa centavos), y a la factura nº 742, correspondiente a insumos con destino a los Talleres Protegidos de Rehabilitación Psiquiátrica, por la suma de $ 933 (pesos novecientos treinta y tres). Las sumas indicadas llevarán intereses desde la fecha del vencimiento de pago —establecida de conformidad con las pautas indicadas en el considerando VIII—, a la tasa allí especificada. Rechazando parcialmente la demanda en cuanto a la pretensión de cobro de las facturas correspondientes a los suministros de insumos en el Hospital Neuropsiquiátrico "José T. Borda" y en el Hospital Infanto Juvenil "Dra. Carolina Tobar García", en razón de la nulidad absoluta e insanable de las respectivas contrataciones. Rechazando la pretensión de cobro de los suministros aludidos en el punto precedente en los términos de la doctrina del enriquecimiento sin causa. Imponiendo las costas en el orden causado, en atención a la existencia de vencimientos mutuos...".

En el considerando VIII, mencionado en el dispositivo de la sentencia, el juez señaló: "...En cuanto a la tasa aplicable, la actora ha postulado la aplicación del inc. 113 del Reglamento de Contrataciones aprobado por dec. 5720/72, que prevé la utilización de la tasa fijada por el Banco de la Nación Argentina para los descuentos en general. Esta petición fue rechazada por la demandada, de modo que es necesario ahora examinar este aspecto. El planteo debe ser analizado en el contexto de las modificaciones que impuso el régimen de convertibilidad de la ley 23.928. En efecto, la reglamentación de dicha norma efectuada por conducto del dec. nacional 941/91 (modificado por su similar nº 2289/92) estableció en su art. 5º último párrafo que '[l]os intereses moratorios que correspondan por las pagos que se hubieran realizado o que se realicen fuera de término a partir del 1º de abril de 1991, se calcularán conforme al promedio de tasas de interés pasivas mensuales para operaciones en pesos que publica el Banco Central de

la República Argentina, de acuerdo a su comunicado nº 14.290 del 5 de agosto de 1991'. Como puede advertirse, se trata de una norma posterior y específica que modificó, en el aspecto relativo a los intereses moratorios, el criterio que dimana del inc. 113 del reglamento aprobado por dec. 5720/72. En consecuencia, no puede ser admitida la pretensión de cobro de las facturas con arreglo a la tasa activa, que es la que establece la mencionada disposición. Ello lleva a la aplicación de la tasa pasiva promedio mensual del Banco Central de la República Argentina. Sin embargo, corresponde aquí efectuar una precisión, debido a la sanción de la ley 25.561 y la situación de emergencia que dicha norma reconoció. Al respecto, la Cámara de Apelaciones del fuero ha sostenido el criterio de que debe aplicarse la tasa pasiva desde la fecha de vencimiento de la respectiva obligación hasta el 5 de enero de 2002; a partir del 6 de enero y hasta el 30 de septiembre de ese año se aplicará la tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina; y desde el 1º de octubre de 2002 hasta el momento del efectivo pago, nuevamente la tasa pasiva promedio que publica el Banco Central de la República Argentina (....) Por consiguiente, deberá seguirse esta pauta a los fines de establecer los intereses por la obligación cuyo pago se reconoce a favor de la actora".

5. Ambas partes apelaron la sentencia. Copacabana S.A. (fs. 107/145 vta.) consideró arbitraria la declaración de nulidad efectuada por el *a quo* respecto de las contrataciones efectuadas con los hospitales Borda y Tobar García. El GCBA se agravió en relación a la procedencia parcial de la demanda (fs. 149/154), sobre la base de considerar que las contrataciones debieron regirse por el dec. nac. 5720/72, que exige el procedimiento de licitación pública, claramente sin aplicación a esas contrataciones (fs. 161/174). La actora contestó el memorial (fs. 146/148 vta.).

6. La Sala II de la Cámara de Apelaciones resolvió "Confirmar, en todo cuanto decide, la sentencia de primera instancia" (fs. 2/7).

El juez Centanaro, a cuyo voto adhirieron los jueces Russo y Daniele, sostuvo que se estaba ante un contrato administrativo y que "las prestaciones comprometidas tenían como finalidad la de cumplir con uno de los deberes fundamentales del Estado, a saber, el de proporcionar un adecuado servicio de salud (art. 20, CCABA)". Se señaló como notas relevantes diferenciadoras del contrato civil, entre otras, que "la administración no siempre puede elegir libremente a su cocontratante; así, es muy común que el orden jurídico positivo la constriña a efectuar dicha elección observando o respetando ciertas normas y mecanismos (licitación —pública o privada—, concurso, etc.), exigencia que puede aparecer más acentuada con referencia a unos contratos que a otros" y que "en el ámbito de la contratación administrativa no puede hablarse de imperio del principio de la libertad de formas, dado que —como lógica consecuencia de

la intervención del Estado— todo vínculo contractual originado al amparo de ese régimen deberá constituir la resultante de una serie de formalidades cuya inobservancia importará —eventualmente— la nulidad de tales convenciones (véanse, al respecto, las diversas disposiciones contenidas en el citado dec. 5720/72, Reglamento de Contrataciones del Estado)". Por aplicación de esos conceptos a las contrataciones efectuadas con el Hospital José T. Borda, compartió los fundamentos del juez de primera instancia en cuanto a "que el monto comprometido en la transacción de $ 5.590 excedía la suma prevista en el art. 56, inc. 3º, apart. a) de la ley de contabilidad ($ 5.000). Siendo así nuevamente los argumentos del magistrado son correctos y corresponderá confirmar el decisorio en este aspecto. Pues, aun considerando la existencia del dec. 2293/93 que modifica el monto establecido en la ley de contabilidad para operaciones que no excedan los $ 100.000 a partir del 11/11/1993 y del dec. 1314/93 (*BM* nº 19.634, de fecha 7/10/1993) donde la Secretaría de Salud, propicia un programa de reorganización administrativa (conf. consid. 1º) y que 'dicho programa requiere ajustar las contrataciones y compras de medicamentos e insumos sanitarios que hagan al funcionamiento de la actividad sanitaria de los distintos organismos' (consid. 2º), facultando a los directores de estos establecimientos a realizar contrataciones directas de hasta $ 80.000, lo cierto es que la contratación directa nº 130/93 se perfeccionó el 13/7/1993 y por tanto con anterioridad a la normativa *ut supra* referida por lo que no deberá ser tenida en cuenta por ser claramente posterior a la contratación y, por ende, no cabe sino confirmar que dicha operación resulta nula al violar flagrantemente la Ley de Contabilidad". Y en relación con la contratación con el Hospital Infanto Juvenil Tobar García, también confirmó la decisión de primera instancia pues "sin perjuicio de las facturas nºs. 286, 439, 455, 462, 475, 504, 520, 534 y 549, lo cierto es que no se ha podido determinar la modalidad de contratación a través de la cual o cuales se perfeccionaron las compras, pudiendo intuirse que se trataría de compras 'al mostrador' y por tanto nuevamente se advierte una incuestionable violación al dec. 5720/72 de allí que se considere ajustada la sentencia que declara la nulidad absoluta e insanable de dichas contrataciones".

También el juez ponente consideró el planteo de la actora referido a la exigencia de "reconvención" para poder admitir la nulidad de las contrataciones. Al respecto sostuvo que "no se pasa por alto que el art. 17 de la L.N.P.A. expresa que no puede revocar el acto sino que debe solicitar la 'declaración judicial de nulidad', o sea que un juez declare la nulidad, pero no especifica que sólo deba solicitar esa 'declaración' como actor. Por ende, puede hacerlo como demandado. Lo único que la norma requiere es que exista una pretensión en tal sentido para que pueda declararse judicialmente por el juez. Esa pretensión puede efectuarse mediante acción, reconvención excepción o defensa de

fondo (como es el caso que nos ocupa); la norma no distingue, y *ubi lex non distinguit...*".

Por otra parte, la sentencia desestimó los planteos vinculados con la responsabilidad del Estado por el obrar irregular de los funcionarios. Así, sostuvo que "se ha dicho que cuando un contrato administrativo es ilegítimo no existe derecho a indemnización si, como ocurre en el presente caso, el contratista estatal conocía el vicio que lo afectaba. Ello así porque, en virtud de la aplicación del principio de buena fe y de la doctrina de los actos propios, no resulta posible que quien conocía los graves vicios que afectaban la validez del contrato, pretenda obtener un resarcimiento por incumplimiento contractual. Tal comportamiento implicaría, por parte del actor, invocar su propia torpeza...".

Finalmente, el fallo recurrido consideró el planteo vinculado con el principio del enriquecimiento sin causa y tras señalar cuáles son los requisitos de la acción *in rem verso*, consideró que "para que proceda el análisis de la cuestión a la luz de este instituto, debe ser solicitado en forma expresa por la parte que pretende su reconocimiento", con apoyo en jurisprudencia de la CSJN. A partir de ello, estimó que "en el caso de marras resulta claro, a todas luces, que el mentado enriquecimiento no fue solicitado en la pretensión del escrito inicial. Si bien es cierto que el sentenciante de la anterior instancia consideró que había sido planteado subsidiariamente, en realidad no lo fue así, al punto que la misma parte actora se ocupó de referir en la etapa de alegatos que, 'invocó la Teoría del enriquecimiento sin causa como fundamento jurídico de la pretensión del cobro de las facturas, pero no planteó mediante pretensión procesal independiente o subsidiaria, el reclamo de una suma de dinero por aplicación de dicha teoría... En este contexto procesal, no cabía un planteo subsidiario para el reconocimiento de un resarcimiento por aplicación de la mencionada teoría...' (conf. fs. 704). Por tanto, habiendo la misma parte actora despejado cualquier tipo de duda sobre la procedencia del tratamiento de la cuestión a la luz de la teoría del enriquecimiento sin causa, es que no corresponde efectuar análisis alguno respecto de las contrataciones que fueron declaradas nulas".

Mediante aclaratoria, la Sala resolvió los agravios de la actora referidos a la tasa de interés impuesta en primera instancia, cuestión que no había sido tratada en el fallo. Dispuso que se aplique la tasa pasiva promedio que publica el BCRA (fs. 33 y vta.).

7. La parte actora dedujo recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia (fs. 34/50) recurso ampliado por ella frente a la decisión aclaratoria sobre los intereses (fs. 24/29). Consideró arbitrario el fallo y, por lo tanto, lesivo de sus derechos de defensa y propiedad, por diversas razones:

a) exceso de jurisdicción.

b) afectación del principio de bilateralidad.

c) omisión de considerar agravios relevantes planteados al apelar, referidos a: *i)* la incompetencia de la justicia para decretar la nulidad de los contratos, ante la falta de declaración administrativa de lesividad de los contratos cuestionados; *ii)* el reconocimiento de la totalidad del crédito reclamado, efectuado por la Administración en el procedimiento de verificación de deudas establecido por el dec. local 225/96; *iii)* la imposibilidad de anular los efectos consolidados de los contratos, en especial la obligación de pago, en mora.

d) violación del derecho de defensa de su parte al negar, sin sustento normativo alguno, entidad a las pruebas producidas; y al imponerle la carga probatoria de los hechos alegados por su contraparte.

e) incongruencia en la decisión de los intereses, por apartarse de los planteos efectuados por ambas partes, y resolver con grueso error de derecho al aplicar una regla que no rige el caso y prescindir de la que corresponde a él.

El GCBA contestó el recurso y solicitó su rechazo (fs. 188/207). Sostuvo que carece de fundamentación suficiente, y destacó la ausencia de caso constitucional, ya que Copacabana S.A. no demostró la relación directa e inmediata entre la cuestión constitucional que invoca y la materia debatida y decidida. También expresó que la sentencia recurrida no puede considerarse arbitraria, pues no concurren los requisitos que la jurisprudencia del Tribunal ha establecido a ese efecto.

8. La Sala II de la Cámara no concedió el recurso (fs. 31 y vta.). Afirmó: "Analizados al efecto, en particular, los antecedentes del sub lite, de los propios términos de la sentencia recurrida resulta que, en lo sustancial, las cuestiones que fueron objeto de tratamiento y decisión en ella quedaron circunscriptas a la interpretación de normas infraconstitucionales tales como los decs. 5720/72, 2662/92 y 329/93, y la ley nacional de Procedimientos Administrativos. Para arribar a la solución adoptada fueron evaluados los hechos litigiosos y la prueba aportada, pasando luego a brindar los fundamentos y su correspondencia con las normas legales interpretadas, citadas y aplicadas (...) En síntesis, en la sentencia apelada se trataron cuestiones relativas a los hechos, su prueba y adecuación de las normas legales aplicables al caso, de naturaleza infraconstitucional. La circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara sobre reglas de derecho común, y sobre la valoración de la prueba, no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria, ni tampoco pone de manifiesto la existencia de un caso constitucional".

9. Ante el rechazo, Copacabana S.A. interpuso el recurso de queja (fs. 52/61). Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja (fs. 212/214 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja fue planteado en tiempo oportuno y forma adecuada. Él contiene, según se observará, una crítica del auto denegatorio dictado por la alzada, basada sobre todo en la infracción procesal de principio (defensa, acceso a la justicia) que representa la incapacidad de la decisión en apelación para dar respuesta al caso planteado en el recurso respectivo contra la sentencia de primera instancia, sentencia de apelación que ignora lisa y llanamente los puntos relativos a la crítica efectuada. Puede estimarse, al menos en un primer momento, que el planteo revela, en general, naturaleza constitucional porque afecta al derecho de defensa y a la garantía de acceso a la justicia —por supuesto, para debatir el caso planteado—, previsiones tanto de la Constitución de la Ciudad (art. 13, inc. 3º, y 12, inc. 6º) como de la C.N. (art. 18): un apartamiento grosero de las cuestiones o agravios planteados por los recurrentes ante tribunales de grado, cuando la impugnación está prevista y es admisible como paso del procedimiento judicial reglado, hecho aquí evidente, lesionaría esas normas de principio. El hecho de que el recurrente titule todo bajo la voz *arbitrariedad* —aquí empleada paradigmáticamente como *agravio*, pues la sentencia no está, en sí misma, infundada—, conforme a la especial pauta cultural del foro porteño, influenciado por la doctrina de la CSJN, no desmejora el agravio, antes bien emparentado con el principio de congruencia y el *iura curia novit*, pues responder al caso planteado por quienes litigan —sin construirlo desde la misma decisión— es el primer deber de un tribunal de justicia. En el recurso de apelación, el escrito de interposición representa tanto como la demanda para la sentencia del juez de instancia inferior.

Los diversos planteos contra la sentencia de grado pueden individualizarse a través de la síntesis siguiente: *a)* el exceso de jurisdicción en el que habrían incurrido los jueces al decretar la nulidad de ciertas contrataciones que Copacabana S.A. perfeccionara con la ex MCBA sin una demanda específica y sin que la Administración hubiese dispuesto en forma previa, en su propia sede, la declaración de lesividad de tales contrataciones; *b)* la omisión de tener en cuenta y de valorar, incluso para el planteo anterior, el resultado del procedimiento de verificación de deudas ya practicado por el GCBA en virtud del dec. 225/96, favorable al actor; y *c)* la decisión acerca de la tasa de interés aplicable sin relación alguna con el planteo y agravio expuesto por el actor en su recurso de aclaratoria —manifiesto error jurídico según él— e, incluso, sin consideración a las posiciones articuladas por ambas partes, resuelto tan sólo por una jurisprudencia que aparece, así, como inmodificable.

Creo, pues, que la queja debe ser admitida y el recurso de inconstitucionalidad considerado, con esos límites.

2. El fallo de la Cámara comienza, en sus fundamentos (consid. 6), por establecer una regla que, en abstracto, no resulta censurable: "que los jueces no están obligados a pronunciarse sobre todos los argumentos esgrimidos por las partes, ni hacer referencia a la totalidad de las pruebas producidas, bastando que valoren las que sean 'conducentes' para la correcta composición del litigio". Este criterio fue admitido desde antaño por la jurisprudencia (conf. por todos y entre muchos otros, CSJN, *Fallos* 310:1835, 2012). A ello cabe agregar, desde el punto de vista personal, que "la ponderación de la pertinencia y relevancia de esos hechos y proposiciones para la correcta solución de la controversia corresponde —por regla general— a los jueces de las instancias de mérito. Sin embargo, cabe hacer excepción a dicha regla cuando la sentencia se desentiende de considerar cuestiones relevantes para la decisión de la causa, como ha ocurrido en el caso" (mi voto en "Ballatore, Juan Alberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ballatore, Juan Alberto c/GCBA s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", expte. nº 5454/07, sentencia del 12/3/2008).

Como surge del detallado memorial de agravios de la parte actora contra la sentencia de primera instancia, ella opuso varios reparos a la posibilidad de que se declarara la nulidad de la contratación por parte de los jueces. Así, señaló, entre otras cuestiones:

a) que no bastaba con el planteo defensista de nulidad articulado por el GCBA, sino que debió mediar una efectiva reconvención en ese sentido (demanda autónoma que le permitiera una defensa eficaz y cuya prueba, de sucesos importantes para decidir en ese sentido, correspondía a quien proponía la demanda);

b) que para que el apoderado del GCBA pudiera plantear la nulidad de las contrataciones resultaba ineludible que existiera una decisión administrativa que considerase tales actos lesivos a los intereses del Estado, y que esa decisión no podía provenir del representante en juicio del Estado, sino de la Administración activa;

c) que los vicios de incompetencia que se adujeron, fueron saneados por la intervención de funcionarios superiores a los directores de hospitales, quienes sí podían dictar los actos y, por ende, purgar el vicio de incompetencia denunciado; y

d) que el crédito reclamado fue reconocido en forma íntegra en el procedimiento de verificación de deudas llevado adelante de acuerdo a lo dispuesto por el decreto de la administración local n° 225/96, sin que sea posible volver ahora a defender o decidir en contra de ese reconocimiento.

La lectura del fallo recurrido ante este Tribunal —de apelación—permite advertir que sólo la primera cuestión fue materia de consideración en el pronunciamiento (punto 8.3 de los fundamentos, fs. 5 vta./6). Las restantes no

fueron tratadas de manera alguna por la sentencia. Y no se trata de aspectos menores de la controversia o sin importancia para ella, pues decidir acerca de si los jueces estaban habilitados para pronunciarse en relación con la nulidad de un contrato en curso de ejecución sin la previa decisión de la Administración activa que lo considerase "lesivo" o "nulo" (lo que implica una instrucción al apoderado judicial para ejercer esa acción defensiva), o ponderar qué relevancia podía tener el procedimiento de verificación de deuda practicado o la intervención de funcionarios superiores, son cuestiones, cualquiera de ellas, individualmente o en conjunto, que podían y pueden modificar la suerte del proceso, en caso de ser estimadas, esto es, de importancia para el caso planteado.

3. Similar reflexión merece el planteo referido a los intereses establecidos en la sentencia de Cámara. La decisión de la alzada, adoptada en la aclaratoria de fs. 33 y vta., no consideró ninguno de los argumentos del apelante; ella sólo justificó el cambio de criterio de la Sala en relación con su posición en anteriores pronunciamientos, para explicar que aplicaría tasa pasiva a todo el período comprendido entre la constitución en mora y el efectivo pago. Pero los agravios del actor, referidos al error jurídico de resolver la cuestión de acuerdo con el dec. nac. 941/91, modificado por el dec. nac. 2289/92, en lugar de las normas especiales del dec. nac. 5720 (inc. 113), más las disposiciones respectivas del CC, no merecieron consideración alguna del tribunal de apelaciones. Claro está que se trata de agravios que, pese a su referencia indudable al derecho común aplicable al caso, poseen entidad suficiente para, si no son ignorados, modificar eventualmente la tasa del interés dispuesta por la sentencia. El hecho de la omisión de toda referencia a ellos y de todo debate con su presencia es aquello que funda la desviación violatoria del derecho de defensa, pues, si así no fuera, carecería de sentido la apelación como recurso en el sistema vigente o, dicho de otra manera, tal realidad trasformaría el procedimiento judicial reglado en un sistema diferente de administración de justicia: como dijimos, para el recurso de apelación, el escrito de interposición representa tanto como la demanda para la sentencia del juez de instancia inferior.

4. Lo dicho en los puntos precedentes no concede la razón —ni la niega— a los planteos del actor referidos a la validez de las contrataciones, al supuesto reconocimiento de su crédito por la Administración, ni a la invocación de la tasa de interés cuya aplicación él requiere y considera correcta. Pero me parece indiscutible que, en el sistema judicial positivo que integramos, la decisión que admita o rechace su recurso de apelación, debe ponderar los agravios serios, enfrentarse con esos argumentos, claramente pertinentes para criticar la sentencia de primera instancia. Desde este punto de vista es controlable la sentencia dictada, bajo el paradigma de los derechos y garantías constitucionales ya citados.

5. En tanto el defecto sólo consiste en una omisión y los planteos cuya ponderación omitió la Cámara tratan, centralmente, sobre cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional —ajenas por regla a la consideración de este Tribunal— la causa debe ser devuelta a la Cámara para que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento que tenga en cuenta aquellos aspectos involucrados en la decisión de la controversia.

6. Por las razones expuestas voto por hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad planteados por Copacabana S.A., revocar la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo CayT, cuya copia fue agregada a fs. 2/7 y su aclaratoria de fs. 33 y vta., y remitir las actuaciones a la Cámara para que, por quien corresponda, se dicte una nueva sentencia frente al recurso de apelación de la parte actora y su contestación por parte del demandado. Las costas del recurso de inconstitucionalidad deben ser impuestas a la vencida (art. 62, CCAyT).

Procede devolver el depósito creado por el recurrente como condición de admisibilidad de su recurso (véanse fs. 51 y decisión de fs. 63, punto II).

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier, por compartir las consideraciones en que fundamenta su decisión.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Recurso de queja

El recurso de queja de fs. 52/61 debe ser admitido. Fue interpuesto por la actora en tiempo y forma y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio.

La Sala II no concedió el recurso de inconstitucionalidad por entender que no se había planteado adecuadamente un caso constitucional y que no se estaba frente a una sentencia arbitraria.

En el marco de la resolución de fs. 31 y vta., la quejosa sólo pudo intentar una crítica aceptable de esa decisión volviendo, como lo hace, a los argumentos del recurso de inconstitucionalidad.

Recurso de inconstitucionalidad

1. El recurso de inconstitucionalidad de fs. 34/50 satisface las condiciones de admisibilidad. Ha sido interpuesto en tiempo y forma, ante el tribunal superior de la causa contra una sentencia definitiva y quien recurre goza de legitimación y capacidad procesal.

2. Copacabana sostiene que el fallo de la Cámara fue arbitrario y que, por lo tanto, afectó su derecho de defensa y de propiedad. Para fundar tal calificación, la empresa afirma que la Sala II:

a) excedió su competencia jurisdiccional;

b) alteró el principio de bilateralidad;

c) negó entidad a pruebas producidas sin sustento normativo alguno;
d) le impuso *contra legem* la carga probatoria de hechos alegados por su contraparte; y
e) omitió considerar ciertos agravios dirigidos contra la declaración de nulidad de las contrataciones por provisión de insumos en los Hospitales Borda y Tobar García.

A fs. 24/29 la accionante amplía su recurso de inconstitucionalidad. Señala que la Sala II no trató su agravio vinculado con la aplicación por el sentenciante de grado de una tasa de interés distinta de la prevista en el contrato celebrado entre las partes y en las normas legales entonces vigentes. Recuerda que al resolver el recurso de aclaratoria interpuesto ante la referida omisión, la Cámara dictó un fallo arbitrario, dogmático e incongruente, que afectó su derecho de defensa y de propiedad. La recurrente insiste en que corresponde adoptar la tasa activa en virtud del inc. 113 del dec. 5720/72, el art. 622 del Cód. Civil y el último párrafo del art. 5º del dec. 841/91.

3. Como lo indica el juez Julio B. J. Maier, la actora logra exponer un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402 vinculado con la afectación de su derecho de defensa. Ello, ante la omisión en la sentencia atacada de considerar ciertos agravios que, más allá de su acierto o error, no podían dejar de ser analizados.

En lo que aquí interesa, los planteos efectuados por Copacabana al apelar el fallo de grado que no merecieran respuesta en la sentencia de segunda instancia, pueden sintetizarse del siguiente modo:

i) que no era posible declarar la nulidad de contratos administrativos presuntamente válidos, sin que hubiera existido declaración administrativa de lesividad, ni legitimación del letrado apoderado del Gobierno para requerirla;
ii) que no era procedente la anulación de las contrataciones con efectos *ex tunc* (hacia el pasado);
iii) que las contrataciones celebradas por directores de hospitales habían sido ratificadas por autoridades jerárquicamente superiores;
iv) que a través del ofrecimiento de pago efectuado en el marco del procedimiento de verificación regulado en el dec. 225/96, el GCBA había reconocido la deuda, sin poder volver sobre sus propios actos;
v) que el juez había incurrido en un error de derecho al establecer la tasa de interés aplicable.

Las cuestiones enumeradas en *i)* a *iv*) tenían virtualidad para modificar el resultado del pleito en caso que los magistrados encontraran viables los

argumentos ensayados por Copacabana. Por lo tanto, su falta de tratamiento por la Sala II lesionó el derecho de defensa de la recurrente.

Idéntica conclusión a la referida en el párrafo anterior se impone en cuanto al tema de los intereses. Las objeciones de la empresa, de haber sido tenidas en cuenta, pudieron haber variado la tasa fijada. Al respecto, adhiero a los señalamientos que realiza el señor juez de trámite en el punto 3 de su voto.

El *a quo* no podía, entonces, dejar de examinar los agravios de la accionante detallados más arriba, sin perjuicio de la solución a la que pudiera arribar al efectuar dicho análisis.

Por fin, concuerdo con el juez Julio B. J. Maier en que debe dictarse un nuevo fallo que trate aquello cuanto se omitiera en la decisión recurrida (cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional).

4. En virtud de lo expuesto, voto por: *a)* admitir la queja y reintegrar a la actora el depósito efectuado; *b)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad de fs. 34/50, ampliado a fs. 24/29; *c)* revocar el pronunciamiento de fs. 2/7 y remitir las actuaciones a la Cámara para que, por intermedio de jueces distintos de los que dictaron la sentencia revocada, se emita una nueva sentencia; y *d)* imponer las costas del recurso de inconstitucionalidad a la parte vencida (art. 62 CCAyT).

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Comparto en lo sustancial las consideraciones efectuadas por el señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier, en su voto, y coincido con la solución allí propiciada.

Los agravios suscitados por la omisión, en que incurrió el *a quo,* de tratar cuestiones debidamente introducidas por el recurrente respecto, por un lado, de la nulidad opuesta por la Procuración General de los contratos celebrados con los hospitales José T. Borda y Tobar García; y por el otro, la tasa de interés aplicable, constituyen planteos que, de haber sido tratados oportunamente por los jueces de mérito, poseían aptitud para modificar la suerte del pleito y, por ello, dichos agravios involucran de manera directa una cuestión constitucional que habilita la competencia de este Tribunal para revertir la afectación del derecho de defensa del recurrente.

2.1. El recurrente sostiene que la Procuración General no pudo oponer como defensa la nulidad de los contratos involucrados sin que medie decisión adoptada por el funcionario con competencia para ello. Postula que la ausencia de un acto administrativo emanado de funcionario competente "... impedía al letrado que la representaba en juicio, alegar una defensa que *jamás había nacido ni había sido autorizada por la autoridad ejecutiva*" (el destacado corresponde al original, fs. 44 vta.).

Ese planteo no viene tratado por la sentencia *sub examine*. Sin embargo, el asunto fue anunciado al contestar, tanto el traslado conferido frente a la excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa, como el planteo de nulidad que introdujo el GCBA (fs. 175/187 vta.), primera oportunidad de que dispuso el recurrente, y mantenido en sus presentaciones posteriores, por lo que observó el mínimo de diligencia que pudo serle exigida, y resulta, a su vez, conducente para la solución del pleito. En tales condiciones, su abordaje resultaba ineludible para los magistrados intervinientes, puesto que su facultad de interpretar el alcance de las pretensiones y planteos de las partes, como principio privativa, no llega a la posibilidad de desconocer completamente un cuestionamiento cuyo contenido, dirigido nada menos que a la invasión de competencias de un órgano administrativo encargado de celebrar y gestionar un contrato por otro encargado de representar judicialmente a la Administración, justifica un examen practicado aun de oficio, y pese a que pudiera estimarse escueta su formulación ante la primera instancia.

El margen de actuación de cada uno de los órganos que componen el poder ejecutivo local se encuentra delineado por la competencia atribuida por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, las leyes y los reglamentos dictados en su consecuencia, resultando, en principio —salvo que la delegación o sustitución estuviere permitida—, improrrogable (art. 2º, LPACABA). A su vez, como principio, es dable suponer que la competencia para emitir un acto que exprese la voluntad de la administración de anular un contrato, recaerá sobre el mismo funcionario dotado de atribuciones para celebrarlo, pues lo contrario importaría que cada emisión de un acto implicaría la derogación de la atribución de dictar otros que supusieran dejarlo sin efecto, expresa o implícitamente, lo cual implica modificar la norma, de rango constitucional o legal, que habilita a dictarlo, razón por la cual, si la sentencia comprendió que dicho acto existía, o bien que la Procuración General poseía competencia para decidir la nulidad debió, al menos, descartar fundadamente el planteo de los actores, justificando normativamente en uno u otro caso la atribución del funcionario interviniente. En este sentido, una evaluación completa de la cuestión debe establecer por algún medio razonablemente admisible, según las circunstancias del caso, si ha quedado manifestada por la autoridad competente la voluntad de instar la nulidad del contrato.

En tales condiciones, la falta de competencia de la Procuración General —órgano que, en lo que ahora importa, ejerce la representación y patrocinio de la Ciudad en todo proceso en que se controviertan sus derechos e intereses, conforme lo dispone el art. 1º de la ley 1218— ante la alegada ausencia de acto administrativo que respalde la pretensión esgrimida por esa parte, no pudo ser soslayada sin afectación del derecho de defensa del ahora recurrente. Desde esta perspectiva, la cuestión planteada se conecta directamente con el principio de

congruencia, pues si de la ponderación de las constancias de la causa resultara que mediaba incompetencia, o bien, ausencia de las condiciones necesarias para pedir la nulidad impetrada, entonces no puede atribuirse al GCBA la pretensión anulatoria y, en consecuencia, los jueces de mérito habrían fallado *extra petita*. Visto desde otro ángulo, el ejercicio de la función judicial devendría en la consagración, con la estabilidad de la cosa juzgada, de un acto, que debe partir de la voluntad válidamente emitida por la parte, sin contar con ella.

2.2. Asimismo, asiste razón al recurrente, en cuanto postula que la Cámara omitió pronunciarse acerca del alegado saneamiento de los vicios que padecían los contratos en cuestión, como consecuencia de su convalidación por funcionarios superiores. En efecto, de haber descartado la Cámara el planteo enunciado en el punto 2.1 de este voto, aun debió abordar este otro relativo a la existencia efectiva, o no, de los vicios alegados a la luz de las constancias de la causa. También esta cuestión resultaba conducente y, por ello, debió ser ponderada.

2.3. En cambio, en relación al agravio relativo a la falta de ponderación de las constancias que daban cuenta del "...reconocimiento de la totalidad del crédito reclamado, efectuado por la propia demandada en el procedimiento de verificación de deudas derivado del dec. 225/96" (fs. 34 vta.), el planteo no puede prosperar, pues aunque no fue descartado expresamente por el *a quo,* su rechazo se encuentra implícito en el pronunciamiento cuestionado.

La Cámara, luego de pronunciarse a favor de la nulidad de los contratos involucrados, sostuvo que "...el mentado enriquecimiento [sin causa] no fue solicitado en la pretensión del escrito de inicio...", y concluyó que "...habiendo la misma parte actora despejado cualquier tipo de duda sobre la procedencia del tratamiento de la cuestión a la luz de la teoría del enriquecimiento sin causa, es que no corresponde efectuar análisis alguno respecto de las contrataciones que fueron declaradas nulas" (fs. 2 vta.). Como lógica consecuencia de ello, la Cámara no se encontraba obligada a adentrarse en el planteo relativo a que la deuda había sido reconocida por la demandada o, desde otra perspectiva, que se encontraba acreditado que las prestaciones a cargo de la actora habían sido cumplidas, pues descartada la validez de los contratos, y descartada la pretensión indemnizatoria, carecía de sentido que se expidiera sobre una cuestión que no incidiría en el resultado del pleito.

Lo dicho no implica, sin embargo, descartar que, de prosperar alguno de los agravios indicados en el punto 2.1 o 2.2 de este voto, en su caso, cobre virtualidad este otro y, en consecuencia, su tratamiento se torne decisivo para la resolución de la controversia. En todo caso, corresponderá a los magistrados de la causa examinar dichos extremos.

3. En cuanto al agravio relativo a la tasa de interés aplicable, adhiero a lo dicho por mi colega, Dr. Julio B. J. Maier, en el punto 3 de su voto.

4. Finalmente, dado que la solución de la cuestión de fondo involucra la ponderación de las constancias de la causa, y la interpretación de normas locales infraconstitucionales —competencia, en principio, propia de los jueces de mérito, y ajena a esta instancia—, corresponde devolver las actuaciones al *a quo* para que dicte un nuevo pronunciamiento en relación a los planteos omitidos, con arreglo a los lineamientos aquí formulados.

En suma, voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido por Copacabana S.A., revocar la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT, y remitir las actuaciones a la Cámara para que, por quien corresponda, se dicte una nueva sentencia en relación al recurso de apelación de la parte actora y su contestación por la parte demandada. Con costas a la vencida (art. 62, CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, con el alcance que surge del voto de mi colega, doctor Luis F. Lozano, pues considero que la Cámara —por la forma en que resolvió el pleito— no se encontraba obligada a abordar el planteo vinculado al reconocimiento de deuda efectuado por el GCBA en el marco del procedimiento administrativo de verificación de deudas regulado por el dec. 225/96 (conf. punto 2.3 del voto del juez Lozano al que me remito en homenaje a la brevedad).

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* el recurso de queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteados por Copacabana S.A., con costas.

2º. *Devolver* el depósito de fs. 51.

3º. *Revocar* la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario y remitir las actuaciones a la Cámara para que, por quien corresponda, se dicte una nueva sentencia frente al recurso de apelación de la parte actora y su contestación por parte del demandado.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva a la Cámara como está dispuesto en el punto 3.

Fdo.: Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier y José O. Casás.

XXXIII

"MULTIGAP S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MULTIGAP S.A. C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES EN MULTIGAP S.A. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Medida cautelar. Sentencia definitiva. Caso constitucional. Imposición de costas.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe ser rechazado, pues la decisión acerca de una medida cautelar contra la que se interpuso el recurso de inconstitucionalidad denegado, no es una sentencia definitiva ni equiparable a tal, sino que se trata de una resolución interlocutoria que no interrumpe la marcha de proceso hacia su definición *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás y Ana María Conde).*

2. El recurso de queja no ofrece un caso constitucional cuando deviene del simple hecho de que todo transcurre en el terreno de la interpretación y aplicación de reglas procesales locales y comunes. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás y Ana María Conde).*

3. El recurso de queja debe ser rechazado, ya que si bien lo que se cuestiona es la imposición de costas en el incidente respectivo, que es una decisión equiparable a sentencia definitiva, no se logra plantear un caso constitucional, y la argumentación gira en torno a la interpretación de normas procesales infraconstitucionales sin conectar la discrepancia con principios y garantías constitucionales. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6018/08 - 4/3/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Multigap S.A. —junto con la demanda que planteó para impugnar la determinación de deuda efectuada por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) y la multa impuesta, por un total de $ 6.133.736,50— solicitó como medida cautelar que se ordene al GCBA que se abstuviera de promover juicio ejecutivo o el cobro compulsivo de esa suma, hasta tanto se resolviese la cuestión de fondo debatida en los autos principales (fs. 1/3, incidente expte. nº 21094/02).

La jueza de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar (fs. 10/12 vta., expediente de queja).

2. El GCBA apeló la decisión (fs. 13/32, expediente de queja) Multigap S.A. contestó el traslado de los agravios (fs. 33/39, expediente de queja).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió: "1) Declarar abstracto el recurso de apelación interpuesto. 2) Imponer las costas por su orden (arts. 62 y 63 del CCAyT)" (fs. 5 y vta.).

El tribunal constató que en los autos "GCBA c/Multigap S.A s/ej. fisc. - ing. brutos convenio multilateral", expte. EJF 768.497/0, se había iniciado la ejecución fiscal con anterioridad a la notificación al GCBA de la medida cautelar ordenada en primera instancia. Por ello, consideró "que el tratamiento del recurso de apelación incoado ha devenido abstracto". Sostuvo que "aun cuando el 4 de septiembre de 2006 el *a quo* concedió la medida cautelar peticionada, no debe soslayarse que aquélla recién fue comunicada a la demandada en el mes de abril de 2007 (...), es decir, más de seis meses después de que el GCBA iniciara la ejecución fiscal contra la actora (6 de septiembre de 2006), que era, justamente, el objeto de la medida obtenida. Por consiguiente, en tanto la traba de la medida cautelar no se efectivizó en tiempo oportuno para cumplir con los fines que la habían motivado, debe concluirse que carece de sentido proseguir con el desarrollo de este incidente". La sentencia impuso las costas en el orden causado "atento el modo en que se resuelve la incidencia y los argumentos tenidos en miras para ello" (fs. 5 y vta., expediente de queja).

3. Multigap S.A. interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 40/50 vta., expediente de queja). El actor sostuvo que el fallo no trató su petición "de que se declarase inadmisible el recurso de apelación por falta de gravamen" y, como consecuencia de ello, debió imponer las costas al GCBA, recurrente, pues, precisamente, el cuestionamiento del demandado a la medida cautelar había devenido sin interés con anterioridad a interponer el recurso de apelación: el GCBA ya había iniciado la ejecución fiscal de la deuda. El actor sostuvo, entonces, que la Cámara omitió aplicar el art. 246, CCAyT, en virtud del cual debió declarar inadmisible el recurso, según fue peticionado por su parte.

El GCBA contestó el traslado del recurso y solicitó que se lo declare inadmisible por inexistencia de un caso constitucional y por no impugnarse una sentencia definitiva (fs. 142/151, incidente expte. nº 21094/02).

La Sala declaró inadmisible el recurso por considerar que: *a)* la decisión acerca de una medida cautelar no constituye una sentencia definitiva ni es equiparable a ella; *b*) los argumentos de la parte recurrente se limitan a disentir con la interpretación de normas procesales y con la fijación de cuestiones fácticas resueltas en la decisión, fundamentos que no logran demostrar la vulneración de garantías constitucionales (fs. 2/3, expediente de queja).

4. Multigap interpuso el recurso de queja agregado fs. 51/62. En su dictamen, el señor fiscal general adjunto sostuvo que la sentencia recurrida no es definitiva y que no le competía dictaminar en relación al agravio contra la imposición de costas "por corresponder estrictamente a la satisfacción de un interés particular" (fs. 83/85).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja fue planteado por Multigap S.A. en tiempo oportuno y forma adecuada. Pese a ello, tiene razón el auto de rechazo pues, por una parte, la decisión acerca de una medida cautelar no constituye, al menos por regla —que el recurrente no ha objetado, ni fundado la necesidad del apartamiento de ella—, una sentencia definitiva, y, por la otra, no ha planteado un caso constitucional verdadero sino, por lo contrario, se limita a disentir sobre la interpretación de reglas procesales de distribución de costas y su aplicación, materia propia de los tribunales de mérito (ley local 402, art. 27). El recurso de queja, por tanto, debe ser también rechazado.

Para resolver el primer punto basta repetir que se trata de una decisión interlocutoria, que no interrumpe la marcha del proceso hacia su definición —o, cuando menos, así no ha sido verificado— y que tampoco constituye una decisión equiparable a las sentencias definitivas, en el sentido utilizado por la mayoría en el Tribunal, sentido coincidente con el desarrollo jurisprudencial de la CSJN. Prescindo incluso, según se puede observar, de mi opinión más estricta sobre el particular. Por lo demás, como se dijo ya, el recurrente no ha fundado la necesidad de apartarse de esa regla. Conf. la jurisprudencia sentada por el TSJ en el sentido indicado arriba, entre otros, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 588 y s., "Santamaría Liste, Ángel c/GCBA s/recurso de queja", expte. n° 124/99; expte. n° 941/01, "Najmias Little, Luis c/GCBA", resolución del 11/6/2001; expte. n° 942/01, "Giribaldi, Juan E. c/GCBA", resolución del 21/6/2001; expte. nº 1516/02 "Agencia Marítima Silversea S. A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Agencia Marítima Silversea s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar—'", resol. 10/7/2002; expte. n° 2593/03 "Unión de Trabajadores de la Educación (U.T.E.) c/GCBA s/medida cautelar s/ recurso de apelación ordinario concedido", Buenos Aires, 21/4/2004.

2. El recurso tampoco ofrece un caso constitucional, antes bien, ofrece un caso incomprensible. La ausencia de todo caso constitucional deviene del simple hecho de que todo transcurre en el terreno de la interpretación y aplicación de reglas procesales locales y comunes, tanto cuando de manera académica el hoy recurrente protesta porque la Cámara no declaró inadmisible por falta de agravio

el recurso de apelación del GCBA —esto es, abstracto por falta de interés del recurrente en apelación—, como cuando pretende criticar, mediante el remedio del recurso extraordinario de inconstitucionalidad, la decisión de que las costas del incidente sobre la medida cautelar se distribuyan por el orden causado.

Pero si se observa de cerca la discusión que propone el recurrente, ella carece de sentido. Él ha aceptado que la promoción de la ejecución fiscal por parte del GCBA, antes de que él fuera alcanzado por la medida de coerción (falta de conocimiento de ella), dejó sin sustancia a la medida cautelar concedida precisamente para impedir que el GCBA promoviera la ejecución del crédito (véase II.6. del recurso de inconstitucionalidad, fs. 42 del legajo nuestro). Y ha aceptado también que, por ese hecho, "...el cuestionamiento de la medida cautelar devino abstracto" —sólo que, prosigue— "no después sino mucho antes de interpuesto el recurso de apelación [por el GCBA]..." (énfasis en negrita en el original, fs. 42 cit.), hecho del cual extrae como consecuencia —quizás correcta técnicamente, pero inútil prácticamente para recurrir la decisión de rechazo del recurso de la contraria— la admonición para la Sala juzgadora consistente en que debió declarar inadmisible el ya mentado recurso de apelación por carencia de agravio —esto es, de interés para el recurrente, precisamente lo que la Cámara expresó con la palabra "abstracto"—, dado que la existencia de la medida cautelar concedida ya no podía impedir la promoción de una ejecución judicial comenzada con anterioridad. Por lo demás, parece increíble que el actor recurra la decisión que rechaza el recurso de apelación interpuesto por el demandado, decisión con la cual este último no ve satisfecha su pretensión incidental que procura la clausura de la medida de coerción dispuesta, hoy todavía subsistente desde el punto de vista formal. De más está decir que la decisión sobre las costas del incidente cautelar —impuestas por su orden— responde a la ponderación fáctica y jurídica del tribunal de mérito, soberano para decidir según reglas procesales muy abiertas que no han sido tachadas de irracionales y menos consideradas inconstitucionales; en el mismo sentido se expresa que su aplicación, salvo excepción aquí no fundada, no es materia del recurso interpuesto ni de la competencia del Tribunal (conf. expte. n° 5221/07 "Conde, Darío Miguel s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Conde, Darío Miguel c/GIBA [Dirección General de Espacios Verdes – Departamento Arbolado Urbano] s/daños y perjuicios'", resolución del 19/3/2008, especialmente punto 5 del voto de la señora jueza de trámite y punto 3 de mi voto; expte. nº 4954/06 "Flores, Jorge Sergio Ramón s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Flores, Jorge Sergio Ramón c/GCBA s/daños y perjuicios'", sentencia del 18/7/2007).

Los jueces Luis F. Lozano, José O. Casás y Ana María Conde dijeron:

Adherimos a voto de nuestro colega, el juez Julio B. J. Maier.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja de fs. 51/62 cumple con los correspondientes requisitos de tiempo y forma, y formula una crítica del auto de fs. 2/3 que resulta suficiente para habilitar la consideración del recurso de inconstitucionalidad.

2. En su presentación, la actora afirma que "[l]a sentencia recurrida resulta equiparable a definitiva, habida cuenta de que la imposición de costas por su orden que la misma decide en el punto 2º de su parte resolutiva habrá de pasar en autoridad de cosa juzgada material de no admitirse el recurso de inconstitucionalidad, ocasionando de tal forma un gravamen irreparable a Multigap.// En efecto, de quedar firme la sentencia recurrida, ello significará que Multigap y no el GCBA deberá hacerse cargo de los cuantiosos honorarios de sus letrados por la labor desarrollada en la presentación de la contestación del recurso de apelación, sin que esta circunstancia pueda revertirse en el futuro" (fs. 44 vta.).

3. Por regla, las decisiones que versan sobre medidas cautelares no son susceptibles de revisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad, por no constituir sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la LPTSJ. Sin embargo, la recurrente demuestra que el agravio que le produce la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad es de imposible reparación ulterior, por lo que corresponde equiparar esta decisión a una sentencia definitiva (conf. "Agencia Marítima Silversea S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Agencia Marítima Silversea s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar—'", expte. nº 1516/02, resolución del 10/7/2002, con cita de *Fallos,* 313:279, y de este Tribunal *in re* "Clínica Fleming s/art. 72, CC —incidente de clausura-apelación", expte. n° 1215/01, resolución del 19/12/2001).

Y ello porque, en verdad, lo que se cuestiona en el recurso no es la medida cautelar sino una de sus consecuencias: la imposición de costas en el incidente respectivo. El recurrente no tendrá otra oportunidad de discutir este aspecto, lo que, en este punto, equipara la decisión impugnada con una sentencia definitiva.

Ahora bien, aun entendiendo que esa resolución es equiparable a definitiva, el recurso de inconstitucionalidad debe ser rechazado porque la recurrente no logra plantear un caso constitucional (art. 27, LPTSJ). Por el contrario, su argumentación gira en torno a la interpretación de las normas procesales infraconstitucionales, sin que logre conectar su discrepancia con principios o garantías constitucionales. La afirmación de que "el vicio de arbitrariedad que descalifica a la sentencia recurrida se traduce en una lesión al derecho de defensa en juicio y a los principios de legalidad, congruencia y razonabilidad" (fs. 43) carece de desarrollo argumental alguno, es genérica e infundada.

Finalmente, la impugnación de arbitrariedad de la actora tampoco puede prosperar. Tiene dicho el Tribunal que la admisibilidad del recurso por tal agravio debe ser estricta y que "no tiene por objeto corregir pronunciamientos equivocados o que el recurrente estime tales en relación a temas no federales, pues su procedencia requiere un apartamiento indudable de la solución normativa prevista para el caso, o una absoluta carencia de fundamentación" *(Fallos,* 312:173)", supuestos que la actora no logra demostrar en el caso.

4. Por lo expuesto, voto por no hacer lugar a la queja interpuesta por Multigap S.A.

Por ello, emitido el dictamen por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Multigap S.A.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con esta queja.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XXXIV

"ISELY, GUILLERMO RODOLFO Y OTROS C/CASSABA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Cuestión abstracta. Medida cautelar. Devolución de fondos depositados. Costas.

SUMARIOS:

1. Corresponde desestimar el recurso de inconstitucionalidad, ya que en atención a los términos de la ley 2811, derogatoria de la que creó la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, la cuestión se ha tornado abstracta, y carece de interés el examen de constitucionalidad de una ley derogada y su reglamentación, que no regirán más en el futuro. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. La devolución de las sumas depositadas con motivo de la medida cautelar ordenada por el juez de primera instancia debe ser objeto de tratamiento por dicho magistrado, ya que la ausencia de una decisión de las instancias de mérito sobre la constitucionalidad de las disposiciones de la ley 2811 referidas al tema, veda al Tribunal pronunciarse al respecto. *(Voto del juez Julio B. J.*

Maier. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).

3. Las costas del recurso de inconstitucionalidad deben ser soportadas en el orden causado, ya que no ha mediado un pronunciamiento sobre el fondo del conflicto por razones ajenas a ambas partes, como es la pérdida de actualidad del objeto litigioso. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

4. Si el reclamo acerca de la imposición de las costas de primera y segunda instancia no formó parte de la pretensión recursiva ante este Tribunal, no es posible modificar la determinación efectuada por los jueces de la instancia anterior. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. La derogación de la ley que deja sin actualidad un agravio no es equiparable a la situación de quien resulta vencedor del litigio judicial, máxime cuando sucede como en este proceso, que la jurisprudencia del Tribunal no es favorable a las pretensiones de los recurrentes. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Corresponde admitir el recurso de inconstitucionalidad, en atención a que la cuestión planteada no se ha tornado abstracta, en virtud de que la parte recurrente manifestó que mantenía el interés en la pretensión articulada ante la vigencia de la ley 2811, y la petición de que los fondos puestos cautelarmente a disposición del Juzgado les sean reconocidos a los actores como propios, obliga al tratamiento del objeto de la demanda, toda vez que la devolución que se persigue requiere previamente, el análisis de la constitucionalidad de la reglamentación de la ley 1181. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6041/08 - 4/3/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Mariel Adriana Bertani, Florencia del Valle y Guillermo Rodolfo Isely promovieron acción de amparo contra la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CASSABA), con el objeto de que se declarase la inconstitucionalidad e inaplicabilidad de la resol. 004-A-05, dictada por la Asamblea de Representantes de CASSABA y, por tanto, que se hallaban exceptuados íntegramente del régimen de la ley 1181. Solicitaron, también, que se ordenase a los bancos de depósitos judiciales se abstuviesen de efectuar retenciones sobre los honorarios que le fueran deposi-

tados. Subsidiariamente, requirieron que se declarase que las previsiones de la ley 1181 no resultaban aplicables a los honorarios regulados con anterioridad a su dictado. Manifestaron estar inscriptos en el Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires y que ejercieron la opción prevista en el art. 5º de la ley citada (fs. 1/22).

2. El juez de primera instancia dispuso, cautelarmente, que: *a)* el Banco de la Ciudad de Buenos Aires y el Banco de la Nación Argentina depositasen a la orden y cuenta del juzgado las sumas que retuviese a los profesionales en virtud de lo establecido en el art. 62 de la ley 1181 y *b)* CASSABA se abstuviese de exigir el cumplimiento de las obligaciones emergentes de la reglamentación en relación a los actores hasta tanto se resuelva el fondo de la cuestión planteada (fs. 37/38). En cumplimiento de la medida cautelar dispuesta, se procedió al depósito de las sumas a nombre de dicho Tribunal de los importes que dan cuenta las boletas de fs. 197, 250, 257.

3. Contestado el informe previsto en el art. 8º de la ley 16.986 por CASSABA (fs. 166/183), el juez de grado dictó sentencia "...1. Haciendo lugar al amparo incoado, y declarando inconstitucional la reglamentación del art. 5º efectuada por CASSABA en su resol. 004-A-2005/2. En consecuencia, se declara que la actora no deberá cumplir con los aportes establecidos en los incs. 1º y 4º del art. 62 de la ley 1181..." (fs. 201/205 vta.).

4. Ante la apelación deducida por CASSABA contra dicho pronunciamiento, la Sala ll de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, previo traslado a los actores (fs. 233/248 vta.), dispuso "Revocar la resolución apelada. Con costas de ambas instancias en el orden causado (art. 14 de la CCBA)..." (fs. 269/270 vta.).

5. Disconforme los actores con dicha decisión, interpusieron recurso de inconstitucionalidad (fs. 273/283 vta.).

La Sala ll de la Cámara de Apelaciones, luego de contestado el traslado conferido a CASSABA del recurso de inconstitucionalidad articulado por los actores (fs. 293/314), resolvió concederlo (fs. 316 y vta.).

6. El señor fiscal general adjunto, en su dictamen, propició el rechazo del amparo interpuesto por resultar abstracta la cuestión planteada en autos, en virtud de la entrada en vigencia de la ley 2811 (fs. 325/326).

7. Previo al llamado de los autos al acuerdo —y en atención a la entrada en vigencia de la ley 2811—, se requirió a la parte recurrente que manifestase si mantenía interés en el recurso planteado (fs. 327).

Los actores a fs. 329 afirmaron que "podría entenderse que a raíz de la sanción de la ley 2811 la cuestión habría perdido actualidad (…) y como bien

señala el dictamen [del Fiscal], no serían exigibles las obligaciones pendientes para con CASSABA (art. 8º, 2º párr. de la ley)".

A partir de esta consideración reclaman la restitución inmediata de "los montos equivalentes a los aportes que pretendía CASSABA" y que se encuentran depositados en estos autos en virtud de la cautelar oportunamente dictada.

Agregan que sólo en la medida en que se disponga la devolución de las sumas referidas y, además, se impongan las costas a la demandada "concordamos con lo expuesto por el fiscal en el sentido de que los agravios vertidos por nuestra parte habrían perdido actualidad" (fs. 330).

CASSABA, en oportunidad de contestar el traslado conferido (fs. 333/334 vta.), solicitó respecto de las sumas depositadas en autos que se procediese "...a resolver lo que por derecho corresponda...". En cuanto a las costas, en cambio, argumentó que no era cierto que CASSABA hubiese reconocido la inconstitucionalidad de la ley 1181, sino que la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al sancionar dicha ley ejerció facultades constitucionales que le resultaban propias; y que tampoco era cierto que hubiera sido ella quien impulsó la derogación de la ley 1181, sino que fue la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires quien entendió que la ley debía ser derogada. Finalmente, peticionó se la eximiese de costas por haber sido derogada "...la entonces ley local 1181, que diera lugar a la acción ahora en responde..." *y* por haber sido los actores quienes iniciaron la demanda y solicitaron que se declarase abstracta la cuestión frente a tal derogación. Agregó, también, que "...hacer pesar las costas del organismo previsional sobre CASSABA en liquidación (e.l.) perjudicaría a los aportantes al sistema, atento a que conforme lo dispone el art. 13 de la ley 2811 CASSABA (e.l.) deberá celebrar los acuerdos necesarios con los organismos recaudatorios y previsionales a fin de garantizar los derechos previsionales de los afiliados cotizantes a CASSABA...".

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La respuesta de los recurrentes al requerimiento del Tribunal para que manifestaran si mantenían interés en el recurso planteado ante la vigencia de la ley 2811 (conf. párr. 2º de los resulta) deja en claro que su respuesta es afirmativa, y por sus dichos, que la cuestión de fondo no se ha tornado abstracta.

La petición de que los fondos puestos cautelarmente a disposición del Juzgado les sean reconocidos a los actores como propios, obliga al tratamiento del objeto de la demanda, toda vez que la devolución que se persigue requiere, previamente, el análisis de la constitucionalidad de la reglamentación de la ley 1181. Trátase, en efecto, de tomar cuenta de consecuencias patrimoniales que afectarían a los accionantes, y cuya legitimidad depende de cómo se decida

sobre la validez de la norma que autorizaba a CASSABA a imponer aportes a los recurrentes.

2. Como puede advertirse, la cuestión planteada no es abstracta y por tanto habré de expedirme en relación con el recurso de inconstitucionalidad.

En lo que resulta relevante, el debate en estos autos es sustancialmente similar al que tuvo lugar en el precedente "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 4911/06, resolución del 18/4/2007). Por razones de brevedad me remito a los fundamentos que expuse en aquella oportunidad, y que surgen de la copia de la sentencia que se adjunta.

En consecuencia, voto por admitir el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los abogados Mariel Adriana Bertani, Florencia del Valle, y Guillermo Rodolfo Isely a fs. 273/283, y revocar la sentencia de la Sala II de la Cámara CAyT que rechazó el amparo, con costas a la vencida.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. En atención a los términos de la ley 2811, derogatoria de la que creó CASSABA, la cuestión —tal como lo señala el fiscal general adjunto— ha sobrevenido sin interés constitucional concreto (*abstracta* desde ese punto de vista, según se suele decir judicialmente).

En este sentido, es sabido que las sentencias deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas aun cuando sean sobrevinientes (CSJN, *Fallos,* 298:33; 310:670 y 2246; 311:870 y 1810; 312:555, 891, 313:701 y 318:550, entre muchos otros). En verdad, más que un ejercicio de la jurisdicción sin caso concreto a solucionar, supuesto que, en general —salvo autorizaciones especiales como la acción del art. 113, inc. 2º de la CCBA—, está vedado al Poder Judicial en nuestro país (doctrina de la CSJN, *Fallos,* 218:590; 243:146; 266:148; 313:701; 316:664; 319:1558; 320:2601), la resolución del recurso carece de interés, pues no representa interés constitucional alguno el examen de constitucionalidad de una ley derogada y su reglamentación, que no regirán más en el futuro.

Obiter dicta, sin embargo, cumplo en señalar que, mientras la ley local 1181 conservó su vigencia, el Tribunal —por mayoría— sostuvo en reiterados pronunciamientos (a partir del fallo "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4911/06, sentencia del 18/4/2007) la constitucionalidad de la ley y de su reglamentación, cuestionadas en este proceso.

2. Empero, los actores, al contestar el requerimiento formulado por el Tribunal a fs. 327, parecen circunscribir sus agravios, ahora, a la devolución de las sumas depositadas con motivo de la medida cautelar ordenada por el

juez de primera instancia y a que se imponga las costas a CASSABA (véase presentación de fs. 329/330). Ahora bien, con relación al planteo de reintegro de aportes ingresados oportunamente formulado por el actor, en tanto la ley 2811 —vigente— contiene disposiciones al respecto —cuya constitucionalidad no fue puesta en tela de juicio y, además, no integró el debate producido en la causa— nada debe decidirse. Repárese, además, que la medida cautelar no ha sido decidida por el TSJ y es aquel tribunal que la decidió quien debe, en principio, proceder a la devolución de las cosas o bienes en su poder a quien corresponda. La devolución a los actores de las sumas depositadas en cumplimiento de la medida cautelar deberá ser objeto de tratamiento por el juez de mérito que la trabó. La falta de un pronunciamiento de las instancias de mérito sobre ese punto, que, por lo demás, haya sido cuestionada mediante el recurso específico ante el TSJ, veda al Tribunal pronunciarse al respecto en esta instancia.

3. Respecto de las costas de primera y segunda instancia, en tanto la pérdida de vigencia de la ley 1811 y de su reglamentación (resol. 004-A-05), por la entrada en vigor de la ley 2811, determinó que la pretensión recursiva no fuera dirimida, el Tribunal carece de poder para modificar la valoración de las instancias de mérito. Por lo demás, no ha sido CASSABA, la contraparte, quien provocó el contexto que privó de interés constitucional al recurso del actor, sino, antes bien, él se debe a la acción derogatoria de la Legislatura de la Ciudad, en sí legítima.

4. En cuanto concierne a las costas del recurso de inconstitucionalidad, la falta de un pronunciamiento sobre el fondo del conflicto por razones ajenas a ambas partes (pérdida de actualidad del objeto litigioso) justifica que ellas deban ser soportadas en el orden causado (art. 62 del CCAyT).

5. Por las consideraciones expuestas, entiendo que corresponde desestimar el recurso de inconstitucionalidad intentado por los actores e imponer las costas de esta instancia por su orden.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Coincido con lo expresado por el juez Julio B. J. Maier en su voto en cuanto a que el objeto del recurso se ha tornado abstracto por efecto del dictado de la ley 2811, derogatoria de la ley 1181 cuestionada por los actores. De este modo, los planteos y agravios que sustentan el recurso ante el Tribunal han perdido actualidad, debiendo plantearse la restitución de los fondos por la vía correspondiente.

2. Con relación a la imposición de las costas de primera y segunda instancia, debo señalar que el reclamo no formó parte de la pretensión recursiva ante este Tribunal, motivo por el cual no es posible modificar la imposición

efectuada por los jueces de la instancia anterior a menos que se hubiera hecho lugar al recurso, cosa que no ocurrió.

Por otra parte, lo cierto es que la derogación de la ley que deja sin actualidad un agravio no es equiparable a la situación de quien resulta vencedor del litigio judicial, máxime cuando, como aquí ocurre, la jurisprudencia del Tribunal —conformada por mayoría— resultaba contraria a las pretensiones de los recurrentes (conf. "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo" s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 4911/06, sentencia del 18/4/2007).

Por ello, corresponde desestimar el recurso interpuesto, con costas por su orden (art. 62 del CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al voto del doctor Julio B. J. Maier en cuanto allí acabadamente se expone que las cuestiones sometidas al conocimiento de este Estrado han devenido abstractas, en atención a que la ley 2811 —que regula la disolución e inicio del proceso de liquidación de la Caja de Seguridad Social de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CASSABA)— expresamente dispone en su art. 17 la derogación de la ley 1181 y de sus normas reglamentarias y/o complementarias.

2. Asimismo, comparto el criterio adoptado por mi aludido colega para dar respuesta a la súbita petición formulada por los actores con el objeto que se les restituyan de inmediato aquellos aportes ingresados en cumplimiento de una medida cautelar dispuesta en autos. En efecto, coincido en que tales planteos deberán ser abordados por los jueces de la causa, en tanto exceden el debate producido hasta el momento en estas actuaciones y, como lógica derivación de ello, la competencia apelada que corresponde ejercer al Tribunal en los términos del art. 113, inc. 3º, CCBA a partir de los agravios contenidos en el recurso de inconstitucionalidad concedido.

3. En lo que concierne al pedido efectuado por los recurrentes a fs. 329/330 consistente en que se impongan "las costas de todas las instancias a CASSABA", entiendo que tampoco puede prosperar. Ello así, puesto que, en primer lugar, ningún agravio relativo a este punto fue planteado autónomamente en oportunidad de esgrimir el recurso de inconstitucionalidad que motiva la intervención de este Estrado. En segundo lugar, por cuanto tal petición excede el objeto del requerimiento efectuado a la recurrente con fecha 27/8/2008 —esto es, para que manifestase *si mantenía interés en el recurso planteado en atención a la vigencia de la ley 2811*.

Por ello, corresponde desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por los actores e imponer las costas de esta instancia por su orden, por los motivos expresados por el doctor Julio B. J. Maier en su voto.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La pretensión de los actores consistió, conforme lo entendieron los jueces de la causa y no ha sido controvertido por los recurrentes, en que se declarase la inconstitucionalidad del texto reglamentario del art. 5º de la ley 1181 en cuanto los obliga a tener que realizar los aportes previstos en el art. 62 de esa ley, aun cuando exteriorizaron su voluntad de acogerse a la excepción que contempla el mencionado art. 5º. Más allá de que difícilmente pueda entenderse que una pretensión como la descripta constituye una causa en los términos del art. 113, inc. 3º, coincido con el Dr. Maier en que con el dictado de la ley 2811, esto es, aquella que derogó "...la ley 1181 y sus normas reglamentarias y/o complementarias" (conf. su art. 17), la mencionada pretensión devino abstracta.

2. El pedido de reintegro de las sumas depositadas en forma cautelar a la orden del juez de grado, no puede prosperar. Tal como señala el Dr. Maier, corresponde al juez que dispuso esa medida tratar esa cuestión y no a este Tribunal. Máxime, cuando la imposición de esa medida no viene recurrida.

3. Coincido con el Dr. Maier en que tampoco puede prosperar la pretensión de los actores de que se impongan las costas de todo el proceso a la demandada. La forma en que son impuestas las costas en las instancias de mérito es una cuestión, por regla, privativa de los jueces de la causa; regla a la que no corresponde hacer excepción en el *sub examine*. Máxime, cuando: *i)* en virtud de la entrada en vigencia de la ley 2811, el Tribunal no ingresó a analizar el tema de fondo; y *ii)* esa pretensión no formó parte del recurso de inconstitucionalidad.

4. Finalmente, adhiero al punto 4 del voto del Dr. Maier.

5. Por lo expuesto, voto por: *i)* declarar abstracta la pretensión de los actores; *ii)* revocar la sentencia de fs. 269/270 vta.; y *iii)* rechazar la pretensión de que se impongan las costas de todo el proceso a la demandada. Costas por su orden.

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Desestimar* el recurso de inconstitucionalidad planteado por Mariel Adriana Bertani, Florencia del Valle y Guillermo Rodolfo Isely.

2º. *Imponer* las costas de esta instancia en el orden causado.

3º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", de fecha 18/4/2007, como parte integrante del voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XXXV

"METROVÍAS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'METROVÍAS S.A. C/RES. PERSONAS PÚBLICAS NO ESTATALES'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Sentencia definitiva. Citación del Estado nacional.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja porque el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la desestimación del pedido de citación del Estado nacional no se dirige contra una sentencia definitiva, ya que esa decisión no pone fin al proceso ni impide su continuación. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Julio B. J. Maier Alicia E. C. Ruiz José O. Casás y Luis F. Lozano)*

2. La intervención del Estado en este proceso no tiene virtualidad alguna para favorecer la pretensión deducida por el recurrente, quien en todo caso debe alegar y probar la existencia de vicios en el acto administrativo sancionador y que no incurrió en negligencia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. El recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos y derecho común, ni sobre cuestiones procesales, materias que son propias de los jueces de mérito y ajenas —en principio— a esa vía recursiva. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Las manifestaciones vertidas en la queja no consiguen acreditar que el pronunciamiento impugnado sea equiparable a una sentencia definitiva, ni que ocasione un gravamen de imposible reparación, y no van más allá de la formulación de conjeturas acerca de las posibles secuelas de las sentencia que se dicte en autos *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. Cabe rechazar el recurso de queja si revela que la actora vuelve a introducir, de manera elíptica, la pretensión de que sea la justicia federal la que dirima el conflicto planteado por la demanda que ella misma iniciara contra el órgano local que dictara las resoluciones que le impusieron las multas, cuestión

que ya fue decidida por el Tribunal en su primera intervención en este proceso, en forma desfavorable para la recurrente. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 6081/08 - 4/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Metrovías interpuso recurso de apelación directo con el objeto que se declare nula la resol. 35/EURSPCABA/2006 (copia obrante en documental reservada), emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad, que le impuso, habida cuenta su carácter de concesionario del servicio público de subterráneos de la Ciudad, una multa de pesos quinientos ($ 500) por los incumplimientos constatados respecto de la cantidad de coches despachados en la línea Premetro entre los días 23 al 27 de agosto de 2004, conforme los arts. 2º, 3º, 20 y 22 de la ley 210, arts. 15 y 16 de la ley 757, y art. 47 de la ley nacional 24.240 (fs. 1/25).

En dicho escrito solicitó la citación en calidad de tercero del Estado nacional para oponerle el pronunciamiento que se dicte en esta causa, fundado en los siguientes argumentos (véanse 21 vta./22 vta.):

- en caso de confirmarse la competencia que el Ente Único Regulador se atribuye con relación al contrato de concesión, el Estado Nacional (a través de la Comisión Nacional de Regulación del Transporte) verá turbados sus deberes/facultades de fiscalización;
- el accionar del Ente Único Regulador, de prosperar, resultará en un desequilibrio contractual que posteriormente deberá cubrir el Estado Nacional, dado que el órgano de la Ciudad no recurre a los parámetros establecidos en el contrato de concesión para sancionarlo. Dicho contrato de concesión establece y gradúa las sanciones en relación a los ingresos que genera la operación de la concesión, de modo que cualquier parámetro diferente al mismo que se quiera utilizar para penalizar a nuestra mandante indefectiblemente derivará en una desproporción en relación a los ingresos.

2. La Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el pedido de citación de terceros (fs. 27/28), resolución que fue cuestionada por la actora mediante recurso de inconstitucionalidad (fs. 29/35 vta.), que no fue concedido por la Cámara (fs. 111).

Contra dicha denegatoria la accionante interpuso el presente recurso de queja (fs. 112/121).

3. El señor fiscal general adjunto propició que se rechace la queja (fs. 125/127).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja cumple los requisitos de tiempo y forma (conf. art. 33 de la ley 402), sin embargo no puede prosperar, ya que no logra rebatir los fundamentos en que se basó la Cámara para no conceder el recurso de inconstitucionalidad: la inexistencia de sentencia definitiva y de caso constitucional.

Este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla (conf. el Tribunal *in re* "Guglielmone, María Dolores s/art. 74, CC s/recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

2. En primer lugar, el recurso de inconstitucionalidad no se dirige contra una sentencia definitiva o equiparable.

La decisión cuestionada consiste en la desestimación del pedido de citación del Estado nacional en calidad de tercero, efectuado por Metrovías. Esta decisión no pone fin al proceso ni impide su continuación, motivo por el cual no es posible afirmar la existencia de una sentencia definitiva.

Por otra parte, el recurrente tampoco acreditó que la resolución cuestionada le cause un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, sino que —por el contrario— constituye una contingencia del proceso que no implica ningún tipo de pronunciamiento ni condicionamiento sobre la cuestión de fondo. En otras palabras, el recurrente ha podido invocar, desarrollar y ofrecer prueba sobre los motivos por los que considera inválida la sanción impuesta (véanse 6/21 vta., aps. IV y V), los que serán analizados por los jueces de mérito en la oportunidad correspondiente, que no ha sido ésta.

La pretensión del recurrente en cuanto a la intervención del Estado Nacional en este proceso, no tiene virtualidad alguna para favorecer su pretensión procesal. En efecto, para obtener la declaración judicial de nulidad de la multa impuesta, lo que debe hacer Metrovías es alegar y probar los vicios en los

elementos del acto administrativo sancionador, demostrar que no incumplió sus obligaciones ni incurrió en negligencia en su carácter de concesionario, y a tales efectos resulta indiferente la participación en este proceso del Estado nacional, motivo adicional para descartar la existencia de un perjuicio irreparable derivado de la resolución recurrida.

3. Asimismo, tampoco se constata en el caso la existencia de un genuino caso constitucional.

El recurrente sostiene que la resolución cuestionada afecta su derecho de defensa, la garantía del debido proceso, y sustrae la cuestión de sus jueces naturales (arts. 18, C.N. y 13, CCBA), pero dicha afirmación no es luego desarrollada ni relacionada con la cuestión debatida en la causa de manera que permita sustentar un verdadero caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402, en tanto se sostiene, exclusivamente, en la mera discrepancia de la recurrente con la decisión del tribunal *a quo*, sin llegar a demostrar en qué forma la aplicación de la resolución cuestionada afectaría las disposiciones constitucionales referidas directamente al caso.

Este tribunal sólo puede ingresar al conocimiento de un caso, cuando se trata de asuntos que versan sobre la interpretación o aplicación de normas de la Constitución Federal o de la Ciudad Autónoma, supuestos que no se verifican en este caso, en el que el debate se limita a la interpretación y aplicación al caso de normas infraconstitucionales, más específicamente las que regulan el instituto procesal de la intervención de terceros (arts. 84 a 90 de la ley 189). El recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos y derecho común, ni sobre cuestiones procesales como la de autos, materias que resultan propias de los jueces de mérito y ajenas —en principio— al recurso de inconstitucionalidad que se intenta.

4. Por todo lo expuesto, voto por rechazar la queja.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza del trámite pues, efectivamente, el rechazo de la intervención de un tercero no constituye una sentencia definitiva: tal rechazo no impide la prosecución del juicio hacia su destino final planteado por el actor, ni provoca perjuicio irreparable alguno (según la fórmula mayoritaria de definir decisiones equiparables a sentencias definitivas), pues no impide el planteo de cuestiones de competencia ante quien resulte conveniente para el recurrente, tal como ya expresara este Tribunal en procesos anteriores del mismo actor ("Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/impugnación de actos administrativos'", expte. n° 6096/08, sentencia del 4/3/2009 y "Metrovías S.A. c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad de Bs. As. s/otros

rec. judiciales c/res. pers. públicas no est. s/recurso de inconstitucionalidad concedido" expte. n° 6138/08, sentencia del 4/3/2009). Se trata aquí de otro de los tantos casos similares prohijados por el mismo actor que insiste en su estrategia litigiosa: demandar ante la justicia local, para luego repudiarla (con ello a su misma demanda).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja presentada por Metrovías S.A. (en adelante, "Metrovías") cumple con sus correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. La Cámara resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la decisión que rechazó el pedido de citación como tercero del Estado nacional efectuado por la actora.

Los jueces entendieron que el pronunciamiento impugnado no reunía la condición de definitivo con relación a ninguna cuestión constitucional. Agregaron que la recurrente tampoco había demostrado que la resolución atacada le ocasionara un perjuicio irreparable que hubiera permitido su equiparación a una sentencia definitiva.

Por otro lado, los magistrados destacaron que la empresa no había logrado vincular de manera estrecha y directa la interpretación efectuada por la Sala I del régimen procesal y la garantía de la defensa en juicio.

3. Consideraré inicialmente la crítica que formula la quejosa al primero de los fundamentos del auto denegatorio referidos más arriba, a saber, la falta de sentencia definitiva o equiparable. Ello, por cuanto la ausencia de tal recaudo define el rechazo del recurso articulado por la accionante.

Metrovías sostiene que el auto denegatorio es arbitrario por basarse en afirmaciones dogmáticas. Insiste en que la resolución atacada veda la participación de los terceros necesarios en la solución de la controversia, y de ese modo afecta su derecho de defensa y el debido proceso y obstruye la petición de la competencia de la justicia federal. Aduce que la Cámara no le permite al Estado nacional defender sus intereses en tiempo oportuno, obligando a la actora a iniciar nuevos procedimientos una vez terminado el proceso de autos.

4. Como lo destacan el señor fiscal general adjunto a fs. 126/126 vta. y la señora jueza de Trámite en su voto, la quejosa no consigue acreditar que el pronunciamiento recurrido sea equiparable a una sentencia definitiva, ni que ocasione un gravamen de imposible reparación.

Las manifestaciones de la presentación en examen no van más allá de la formulación de una serie de conjeturas acerca de posibles secuelas de la sen-

tencia que se dicte en estos actuados, por lo que, como ya fue dicho, Metrovías no demuestra la existencia de perjuicios irreparables.

Por lo demás, una lectura cuidadosa de la queja de fs. 53/62 revela que la recurrente vuelve, de manera elíptica, a introducir su pretensión de que sea la justicia federal la que dirima el conflicto planteado por la demanda que ella misma iniciara contra el órgano local que dictara las resoluciones que le impusieron multas. Sin embargo, esta cuestión ya fue decidida por el Tribunal en su primer intervención en este proceso en forma desfavorable para Metrovías (resolución del 27/2/2008).

5. Por lo expuesto, voto por rechazar el recurso directo intentado.

El juez José O. Casás dijo:

Tal como acabadamente lo expresan la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, en su voto y el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 125/127), corresponde rechazar el recurso de queja incoado por Metrovías S.A. a fs. 53/62, puesto que la decisión cuestionada no constituye *sentencia definitiva* en los términos del art. 27 de la ley 402 ni resulta equiparable a una de tal carácter.

En particular, cabe destacar que en esta oportunidad no se encuentra en debate la competencia del fuero local para intervenir en el *sub examine* —aspecto que ya fue abordado por este Estrado con fecha 27/2/2008, queja que tramitó bajo el expte. n° 5447/07— ni, por lo tanto, existe denegatoria del fuero federal. Únicamente se impugna aquella decisión que dispuso no hacer lugar al pedido de citación del Estado nacional como tercero en el presente proceso, iniciado con el objeto de impugnar la validez de un acto administrativo dictado por una autoridad administrativa local.

Por ello, a fin de poder equiparar el pronunciamiento hoy cuestionado a uno de naturaleza definitiva era menester que la recurrente realizara un esfuerzo de fundamentación que permitiera exponer la irreparabilidad de su agravio y así habilitar la intervención de este tribunal en una cuestión netamente procesal, por regla, ajena al presente recurso. Por el contrario, los desarrollos efectuados no son hábiles a tal fin puesto que sólo se limitan a reiterar sus argumentaciones favorables a la intervención del Estado nacional en el presente proceso sin demostrar la entidad del perjuicio que se invoca a partir de lo decidido.

Así las cosas, el planteo referido a una hipotética acción de regreso contra el supuesto tercero sólo procura, en forma oblicua, instalar nuevamente la pretendida incompetencia del fuero local para tramitar la controversia de autos.

Por ello, corresponde rechazar el recurso de queja articulado por Metrovías S.A. y dar por perdido el depósito integrado a fs. 52.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con mi colega, jueza de trámite Ana María Conde, en cuanto sostiene que la queja debe ser rechazada. Tal como resolvió la Cámara, el recurso de inconstitucionalidad, que la recurrente afirma debió serle concedido, no ataca la sentencia definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402 sino una providencia interlocutoria que se limita a rechazar la citación de tercero formulada por la parte actora. Además, ni el recurrente acredita, ni resultan manifiestas, razones por las que esa decisión deba ser equiparada a una definitiva.

2. Metrovías postula que el rechazo de la citación del Estado nacional "ha sido utilizada (...) para denegar la competencia federal (...) generando de esa manera un agravio irreparable" frustratorio de la garantía del "juez natural" (fs. 29 vta.). Sin embargo, la propia recurrente explica que su pedido destinado a obtener la incompetencia de la justicia local en favor de la federal, fue resuelto mediante un pronunciamiento anterior del *a quo*, que lo desestimó, y que según relata la recurrente, no estaría firme. Por lo tanto, el recurso no muestra que el fallo atacado importe una denegatoria del fuero federal.

3. El resto de los agravios esgrimidos no prueban que la decisión impugnada ponga en juego algún derecho requerido de tutela inmediata, como reclama la actora.

Todas las situaciones invocadas para justificar el compromiso de intereses del Estado nacional (v. gr. interferencia y/o superposición de funciones a cargo de las autoridades nacionales concedentes del servicio, así como la invocada oponibilidad de una eventual condena, fs. 34/34 vta. y 35) soslayan el argumento central en que el fallo impugnado buscó apoyo. Mientras la Sala I consideró que el pleito sólo remite al análisis de validez de un acto administrativo emitido por un ente local (la resol. 35/EURSPCABA/06 que impuso una multa), Metrovías esgrime que la sanción atañe a un servicio concesionado y regulado por el Estado nacional; extremo que determinaría, a su criterio, la necesidad de integrar el pleito con el tercero, cuya citación pide la recurrente.

El planteo de Metrovías "supone que todo ejercicio de control sobre el servicio que presta comprometería la interpretación del contrato de concesión, sin hacerse cargo de la diferencia que existe entre interpretar un contrato y ejercer potestades sancionatorias —originadas en el poder de policía o en el régimen de consumidores y usuarios— que toman al contrato como antecedente" al tiempo que olvida que "[e]n ningún momento (...) ha indicado de qué modo la resolución del EURSPCABA avanzó sobre la interpretación del contrato de concesión ni por qué idéntica necesidad pesaría sobre los jueces que revisen la multa cuestionada" (véase mi voto en "Metrovías S.A. s/queja

por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", expte. n° 5428/07, sentencia del 9/4/2008).

En este punto, para hacer progresar su postura la recurrente debería mostrar la imposibilidad de escindir, o si se quiere la obligación de acumular, un pleito relativo a la legitimidad de una sanción aplicada a un prestador de servicio público por una autoridad local que invoca el ejercicio de potestades derivadas del poder de policía local, y otro, orientado, en cambio, a ventilar un reclamo de ese prestador contra el concedente, en función del alcance que el concesionario otorga al contrato. El fallo atacado, consideró que se trata de cuestiones independientes que, además, atañen a ámbitos jurisdiccionales diversos, sin que a este respecto las críticas formuladas justifiquen la intervención del Tribunal en la vía intentada (fs. 111).

4. De todos modos, el fracaso de los agravios postulados en relación con la necesidad de formular la citación pedida, nada indica respecto del mérito que ellos pudieran tener para resolver la cuestión de fondo, vinculada con la nulidad del acto, reclamada sobre la base de vicios que en alguna medida retoman, a ese fin, las objeciones bajo estudio.

En tales condiciones, no se ha logrado demostrar que la intervención que, en su caso, pudiera corresponder al momento de revisar la sentencia definitiva, brinde insuficiente resguardo a los derechos debatidos en estas actuaciones.

Por las razones dadas, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja de fs. 112/121.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. Rechazar la queja planteada por Metrovías S. A. y dar por perdido el depósito de fs. 52.

2º. Mandar que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, mediante oficio, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XXXVI

"ACEBEDO, HORACIO NÉSTOR C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Admisibilidad. Requisitos. Normas de carácter general. Exclusión de situaciones jurídicas singulares. Control concentrado y abstracto.

SUMARIOS:

1. La acción declarativa de inconstitucionalidad no es admisible cuando la demanda no se ciñe a requerir el control en abstracto que tipifica al instituto contemplado en el art. 113, inc. 2º CCBA, y conjuntamente con el pedido de declaración de inconstitucionalidad de la ley 2811 incluye la solicitud de que el Tribunal solucione una situación jurídica singular, extremo que es totalmente ajeno al ámbito de esa acción. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).*

2. La acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art.113, inc. 2° CCBA tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales, y no puede confundirse el control concentrado y en abstracto de constitucionalidad, con el control difuso que, reconocido a todos los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que se valoran situaciones jurídicas individualizadas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).*

3. El reclamo tendiente a que se repongan las autoridades de CASSABA, excede el marco del instituto elegido por el actor, en la medida que, como ha sido reiteradamente explicado por el TSJ, su competencia se circunscribe a fungir como legislador negativo, es decir sólo a expulsar del ordenamiento jurídico vigente la norma afectada de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier)*

4. La declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye una medida de extrema gravedad institucional, por lo que corresponde exigir a quien pretenda obtenerla un sustento argumental sólido que contenga una propuesta de un debate constitucional serio y fundado, e incluya la mención precisa de las normas que se cuestionan como de los preceptos que se estiman conculcados y la vinculación entre ambos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 6218/08 - 4/3/2009

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El abogado Horacio Néstor Acebedo promueve demanda a fs. 2/19, en la que requiere que se declare "la inconstitucionalidad de la ley 2811, derogatoria de la ley 1181, de creación de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires" (fs. 2, acápite "Objeto"), y "la pérdida de su vigencia, con el renacimiento de la situación legal anterior" (fs. 2, acápite "competencia del Tribunal"). Finalmente pide que "se reponga a las autoridades de la caja de seguridad Social para abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, retomando la administración de sus bienes y volviendo a hacerse cargo de [la] aplicación [de la ley 1181]" (fs. 19 y vta., acápite "Petitorio").

En sustancia sostiene que la ley 2811 es inconstitucional por:

a) Violar los principios de progresividad, no regresividad, de protección de la Seguridad Social y de razonabilidad en los términos de los arts. 28, 31, 75, inc. 22, 99, inc. 2º, C.N., 10 de la CCBA y 4º y 9º del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales, en la medida de que la eliminación del régimen de seguridad social instituido por la ley 1181 significa un paso atrás en esta materia en relación a los que resultaban alcanzados por él (fs. 13/17, acápites 3.8. y 3.9.)

b) Incurrir en una delegación prohibida por el art. 84 de la CCBA, en la medida de que la ley 2811 establece en su art. 6º como atribuciones y deberes de la asamblea "...aprobar con mayoría absoluta de sus miembros el presupuesto de gastos de funcionamiento para la liquidación del ente, el plan de liquidación y el balance final y proyecto de distribución y la auditoría de inicio de la gestión... Aprobar la operatoria establecida en el art. 11" (referida a la cesión a título oneroso y a condiciones de mercado la cartera de créditos y activos financieros de la CASSABA al Banco Ciudad de Buenos Aires)[4] (fs. 8, acápite 3.2).

[4] **Ley 2811 - Art. 6°. —** *Atribuciones y deberes.* Serán atribuciones y deberes de la Asamblea:
Dictar su reglamento interno.
Sesionar exclusivamente con motivo de la convocatoria que efectúe la Comisión Liquidadora y al único y solo efecto, del tratamiento del orden del día que se incluya en la misma.
Aprobar con mayoría absoluta de sus miembros el presupuesto de gastos de funcionamiento para la liquidación del ente, el plan de liquidación y el balance final y proyecto de distribución y la auditoría de inicio de la gestión.

c) Violar el principio de igualdad ante la ley del art. 16 de la Constitución Nacional, ya que al suprimirse el régimen de CASSABA se coloca a los abogados porteños en distinta situación que "salvo alguna jurisdicción con muy pocos letrados —como Santa Cruz— todos los demás profesionales forenses de Argentina [que] tienen una Caja de Jubilaciones para amparar los riesgos básicos de su vida, manejada con la debida intervención de sus afiliados" (fs. 13, acápite 3.7.).

2. Finalmente ofrece prueba (fs. 17 vta. y 18) y se extiende en consideraciones acerca del tipo de escrutinio que debería realizar el Tribunal en el eventual examen de inconstitucionalidad que requiere (fs. 18, acápite 4.2)

3. A fs. 23/29 dictamina el Ministerio Público Fiscal y propicia la admisibilidad parcial de la demanda.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El actor está legitimado para interponer la demanda de inconstitucionalidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 1º, de la ley 402, sin embargo, por las razones que seguidamente expondré, la acción intentada es inadmisible.

2. En primer lugar, la demanda no se ciñe a requerir el control en abstracto que tipifica al instituto contemplado en el art. 113, inc. 2º, CCBA, en la medida de que, conjuntamente con el pedido de declaración de inconstitucionalidad de la ley 2811, requiere que el Tribunal "reponga a las autoridades de la Caja de Seguridad Social para abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, retomando la administración de sus bienes y volviendo a hacerse cargo de [la] aplicación [de la ley 1181]" (fs. 19 y vta., acápite "Petitorio"). En otras palabras, la pretensión incluye la petición de que el Tribunal solucione una situación jurídica singular, extremo que es totalmente ajeno al ámbito de la acción declarativa de inconstitucionalidad. Y ello es así aun cuando la situación jurídica concreta

---

Aprobar con mayoría absoluta de sus miembros los balances anuales, en caso de que la liquidación se prolongue por más de un ejercicio.
Aprobar las propuestas de remuneraciones, retribuciones y/o honorarios que sean necesarios para el proceso liquidatorio, incluido el del asesor técnico de la liquidación designado por la Comisión Liquidadora.
Aprobar la operatoria establecida en el art. 11.

Ley 2811 - Art. 11. — CASSABA (e.l.) debe ceder a título oneroso y a condiciones de mercado la cartera de créditos y activos financieros de la entidad al Banco Ciudad de Buenos Aires, con exclusión de los conceptos señalados en el art. 8°.

aludida —reposición de las autoridades de CASSABA— sea directamente ajena a las circunstancias del accionante (indiscutiblemente no le sería ajena, con toda obviedad, si el actor fuera, por ejemplo, una de esas autoridades).

Desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal señaló que la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales y que no puede confundirse el control concentrado y en abstracto de constitucionalidad, con el control difuso que, reconocido a todos los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que se valoran situaciones jurídicas individualizadas (doctrina del fallo dictado *in re* "Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 56 y ss., y "Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 577/00, resolución del 30/11/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, t. II, pp. 426 y ss., entre otros).

Desde otro ángulo, también el reclamo de reponer a las autoridades de Cassaba excede el marco del instituto elegido por el actor, en la medida de que, como también ha sido reiteradamente explicado por el TSJ, su competencia se circunscribe a fungir como legislador negativo , es decir, sólo a expulsar del ordenamiento jurídico vigente la noma afectada de inconstitucionalidad (conf., entre otros, "Palmeiro, Martín Horacio y otra c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires –Dirección General de Rentas s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 81/99, resolución del 8/9/1999.

3. En segundo lugar porque, como lo he señalado en numerosas oportunidades, la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye una medida de extrema gravedad institucional, por lo que corresponde exigir a quien pretenda obtenerla un sustento argumental sólido que contenga la propuesta de un debate constitucional serio y fundado (conf. mi voto en "Tórtora, Carlos Alfredo c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4884/06, resolución del 1º/11/2006, entre otros). Ello implica tanto la mención precisa de las normas que se cuestiona como de los preceptos constitucionales que se sostiene conculcados y la vinculación entre ambos, como la necesidad de completitud del planteo, es decir la consideración y argumentación de todas aquellas cuestiones atingentes respecto de las cuales, razonablemente, debe hacerse cargo quien interpone una acción de la naturaleza de la aquí intentada para permitir el debate constitucional con las características apuntadas precedentemente.

La demanda adolece en ambos sentidos. Es decir, carece de una argumentación completa, en la medida de que el accionante, al discurrir sobre la

presunta vulneración del principio de "progresión legislativa" y del de "razonabilidad", se ha ceñido a efectuar un análisis parcial y sesgado en orden a establecer precisiones acerca de si el sistema derogado resultaba más o menos conveniente o provechoso para los profesionales del foro porteño, pues ha omitido toda reflexión en punto a cómo incidía la eliminación de los aportes que les imponía la ley de la CASSABA, en comparación con los que les exige la legislación nacional en la que quedaron comprendidos a raíz de la abrogación cuestionada, y cómo, en sustancia, pesaba este examen en la consideración de los beneficios o retrocesos que importaba el régimen de CASSABA y, en definitiva, su eliminación y sustitución.

Además, la demanda también exhibe falencias en relación a la fundamentación de la acción en la inconstitucionalidad de la ley derogatoria "por incurrir en una delegación prohibida por el art. 84 de la CCBA", "por violación a la garantía de la propiedad" y "por violación de la garantía de la igualdad ante la ley", aseveraciones que, en sustancia, efectúa sin el adecuado desarrollo argumentativo que permita mostrar con claridad cuál es la relación directa entre las situaciones que señala y las normas constitucionales que dice contrariadas, conforme a lo que exige el art. 19, inc. 2º, ley 402, y la reiterada jurisprudencia del Tribunal (v.g. Massalin..., cit. *supra*).

4. En mérito de las consideraciones expuestas estimo que la demanda, tal como ha sido planteada, es inadmisible.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución que propone la jueza de trámite, Ana María Conde, en el sentido de que corresponde declarar inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad que interpusiera el Sr. Horacio Néstor Acebedo (fs. 2/19), por las razones que expongo en el apartado siguiente.

2. La demanda de fs. 2/19, presentada por quien goza de legitimación procesal (art. 18 inc. 1º de la ley 402), no reúne los requisitos mínimos exigibles para habilitar la competencia del Tribunal en el marco del art. 113, inc. 2º de la CCBA.

Pese a las múltiples citas de normas constitucionales, la acción exhibe insuficiencia en los fundamentos que la motivan y no logra establecer el vínculo entre la ley cuestionada y los principios, derechos y garantías que el accionante entiende vulnerados. En efecto, en su escrito inicial, el actor denunció la inconstitucionalidad de la ley 2811 de disolución y liquidación de CASSABA pero no dio razones adecuadas respecto de cómo dicha regulación vulneraría los derechos consagrados en la C.N. o en la CCBA que se verían afectados por la sanción de la regla que impugna.

Tal como ha sostenido el Tribunal desde sus primeros pronunciamientos a fin de evaluar la admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad debe especificarse cuál es la relación directa que existe entre las normas que son impugnadas y los principios constitucionales que son invocados ("Alegre Pavi-

mentos SACICAFI c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 366/00, resolución del 20/6/2000).

En el mismo sentido, el Tribunal ha dicho que "es un requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de constitucionalidad que quien la inicia (...) explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad" ("Massalín Particulares S. A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, p. 59).

3. Consecuentemente, voto por declarar inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad que dedujera el Sr. Horacio Néstor Acebedo a fs. 2/19.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con la jueza de trámite, Dra. Ana María Conde, tanto en que la petición del actor de que se reponga a las autoridades de CASSABA (véase fs. 19 vta.) no constituye una pretensión atendible por medio de la acción prevista en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, como en que los argumentos en que apoya el Sr. Acebedo sus planteos carecen, conforme los motivos que expone mi colega en el punto 3 de su voto, a los que me remito, de la fundamentación que este tipo de acciones requiere para su procedencia.

Por ello, voto por declarar inadmisible la presente acción declarativa de inconstitucionalidad.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Sin perjuicio de la adhesión que expreso al voto de la señora jueza del trámite, me parece necesario agregar lo siguiente:

1. No discuto la generalidad de una regla derogatoria de otra vigente —salvo el dispositivo pedido por el actor, bien criticado por la señora jueza del trámite—, pero debe reconocerse que una ley que abroga a otra vigente no representa, por regla general, al objeto de una acción de inconstitucionalidad. Si el Parlamento fue competente para sancionar la ley vigente, también lo es para derogarla, en razón de una visión política distinta de la que primó en la sanción, salvo algún caso particular, excepcional, que no alcanzo a imaginar hoy, pero que nuestro actor no ha fundado suficientemente. Por lo demás, no se trata aquí de la creación de una institución con vigencia constitucional previa, de modo que el Parlamento es libre de adoptarla o rechazarla dentro del territorio en el cual ejerce su jurisdicción legislativa.

2. La situación de desigualdad respecto de profesionales que ejercen la abogacía en otros estados federados es común en los sistemas federales de gobierno, en los cuales el poder reglamentario de las profesiones y sus accesorios (por ejemplo, la creación de una caja de jubilaciones propia) pertenece a los estados federados en exclusividad o en concurrencia con el poder derivado del

Estado federal. Por lo demás, la calificación del par conceptual "beneficioso – perjudicial" para los profesionales alcanzados por la vigencia o abolición de la ley resulta, en extremo, dependiente de la subjetividad de quien aquí acciona, que no ha explicado suficientemente los factores de su calificación, ni ha tomado a su cargo la mención de todos esos factores. Todo parece resumirse en una decisión política, para la cual es competente la Legislatura de la ciudad.

3. La utilización del art. 84 de la CCBA resulta, al menos para mí, ininteligible: esa regla prohíbe la delegación legislativa en otro órgano del Estado, especialmente el PE. ¿Cómo se vincula esa regla constitucional con las facultades de la asamblea del organismo cuya existencia o inexistencia aquí se discute?, es algo que, al menos, el actor no ha explicado suficientemente.

Por las razones que anteceden, me inclino por la inadmisibilidad de la acción propuesta.

El juez José O. Casás dijo:

Me adhiero al voto de la jueza Ana María Conde.

Por ello, oído el señor fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta por el Dr. Horacio Néstor Acebedo a fs. 2/19.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XXXVII

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'DORELLE, DANIEL HÉCTOR Y OTROS C/GCBA S/RECUSACIÓN (ART. 16, CCAYT)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva. INCIDENTE DE RECUSACIÓN. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Resolución equiparable a sentencia definitiva. GRAVEDAD INSTITUCIONAL: Amparo. JUEZ NATURAL: Garantía de imparcialidad. Principio de división de poderes.

SUMARIOS:

1. La denegatoria del recurso de inconstitucionalidad en un incidente de recusación no es la sentencia definitiva a la que se refiere el art. 27 de la ley

402, porque no resuelve el pleito ni impide su continuación, pero es equiparable a ella, por la gravedad institucional emergente de la circunstancia de que el supuesto sobre cuya base la recurrente viene cuestionando la intervención en la causa del juez se repite en todas o casi todas las que tiene asignadas y a las que en el futuro le serán asignadas a ese magistrado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Las normas supralegales (arts.18 de la C.N. y 13, inc. 3º de la CCBA) garantizan la imparcialidad de los jueces al individuo gobernado, y dicha condición opera también en beneficio del Estado, cuando por medio de la ley se le otorga al gobierno litigante el derecho a recusar como lo hacen los particulares. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. La selección del juez debe ser producto de reglas, y no de criterios personales, y también debe serlo su separación, para asegurar tanto la imparcialidad como el carácter natural de la asunción de competencia en el caso; o, mejor aún, para asegurar lo primero cumpliendo con lo segundo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. El CCAyT de la Ciudad de Buenos Aires contempla el instituto de la recusación en causas en que la Ciudad es parte, sin establecer diferencias en su utilización por parte del GCBA, y los supuestos del art. 11 de ese cuerpo legal deben ser leídos teniendo en mira el aseguramiento de la imparcialidad, y con ese propósito, interpretados teleológicamente, razón por la que las hipótesis no contempladas pueden ser deducidas de la CCBA en la medida en que su admisión constituya el único modo de asegurar la imparcialidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La imparcialidad del juez funciona como parte de la garantía constitucional de defensa en juicio, que asiste al particular frente al Estado, y el apartamiento del juez corresponde cuando existe razonable temor de que esté influido, respecto del resultado del pleito, por razones distintas a las que constituyen el contenido del debate. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Las causales de recusación (coincidentes con las que de concurrir imponen la carga a los magistrados de excusarse) deban ser leídas con las adaptaciones del caso cuando la parte recusante es el Estado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Los supuestos de recusación previstos en el art. 11 del CCAyT no deben ser leídos en forma taxativa, sino teniendo en mira el aseguramiento de la imparcialidad del juez, y procurando su adecuación en cada caso, en particular cuando el estado es el recusante. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Las facultades que detenta el Estado para solicitar el apartamiento de un juez en un litigio varían según ese Estado opere en un sistema en el cual el pueblo se reservó el poder de enjuiciar a sus magistrados o en uno en el que se despojó de él, pues, en el primer caso, la causal invocada en el proceso judicial no podrá coincidir con aquellas otras que darían lugar al juicio político;

en cambio, en el segundo, el legislador podría disponer que tanto unas como otras causales den lugar a la recusación del magistrado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Las causales de recusación están concebidas como supuestos en que alguna relación del juez con la materia a debatir o las partes en el debate lo involucra de manera tal que se hace aconsejable apartarlo aun antes de que se expida acerca de cualquier cuestión relevante, en bien de la certeza acerca de la imparcialidad con que la decisión final o cualquiera de las intermedias será emitida. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. El apartamiento de un magistrado no puede quedar sometido al libre arbitrio de un funcionario o, incluso de un abogado de la Administración, y admitir que el solo hecho de existir una causa pendiente entre el Gobierno y el juez es suficiente para que se conceda una recusación, implica, en la práctica, brindar al GCBA la posibilidad de elegir cuáles expedientes está dispuesto a que tramiten en el juzgado en cuestión y cuales no, situación que no resulta acorde con la garantía del juez natural ni tampoco parece perseguir la imparcialidad del juzgador (o su apariencia). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. El GCBA podría requerir el apartamento de un magistrado en todos aquellos en que demuestre la existencia de un razonable temor de parcialidad comprobable de acuerdo a pautas objetivas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

12. La recusación constituye un mecanismo útil para asegurar la imparcialidad del juez, entendida dentro de las causales del art. 11 del CCAyT así como en aquellos otros supuestos en que opere directamente con base en la CCBA, observando siempre la circunspección necesaria para dar cabal efecto al principio del juez natural; de lo que se desprende que no procede por la sola circunstancia de que exista un pleito pendiente entre el juez y el GCBA. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

13. No basta la sola existencia de un juicio pendiente entre el GCBA y su juez (art.11, inc. 3°, CCAyT) para apartar a éste último de las causas en que el primero es parte, cuando por la naturaleza de su competencia, dicho apartamiento pueda ser discrecionalmente determinado en la generalidad de las causas que le estén sometidas o debieran estarlo, a menos que el recusante acredite la concurrencia en el caso de una circunstancia que, sumada a la del inc. 3° del art. 11, CCAyT, o por sí sola, justificase en el recusante un razonable temor de parcialidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

14. La gravedad institucional invocada en el caso permite sortear el recaudo de sentencia definitiva que exige el art. 27 de la ley 402 para incitar la competencia apelada del Tribunal por la vía del recurso de inconstitucionalidad, toda vez que la recusación constituye una herramienta pensada para que, de manera excepcional, se aparte a los jueces designados según la Constitución del ejercicio de su competencia —asignada por reglas obligatorias— en un

determinado proceso, por existir nítidas razones que hagan dudar acerca de su imparcialidad. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

15. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires no impide al Estado formular recusación por la causal del art. 11, inc. 3º, CCAyT puesto que ella podría resultar idónea, en ausencia de otras vías preventivas o reparadoras más severas —como la promoción del enjuiciamiento—, para brindar efectiva tutela al derecho de defensa que le asiste a quien gerencia los intereses públicos, frente a la manifiesta falta de imparcialidad de un magistrado, ello siempre y cuando el Estado logre, efectivamente, justificar que la existencia del pleito pendiente que se denuncia le hace presumir, con elementos de convicción suficientemente serios, expresamente invocados y probados, que el magistrado recusado no tendrá la imparcialidad necesaria para sentenciar la causa que tramite ante sus estrados. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

16. La promoción por parte del GCBA de una acción de daños y perjuicios contra el titular del Juzgado y una asociación civil, no se exhibe como suficiente e idónea para validar la recusación deducida, puesto que a la denuncia de pleito "pendiente" no se han adunado argumentos de peso que logren demostrar que, por las especiales particularidades de la citada demanda, el magistrado aludido no se encuentre en condiciones de sentenciar con imparcialidad el presente caso. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

17. La apertura del recurso de queja por la causal de gravedad institucional se ve facilitada por el criterio sostenido en punto a la interpretación del concepto de "sentencia definitiva" que contiene la ley de amparo local 2145, por el juego de sus arts. 20 y 22 pues, aun si no se hubiera logrado demostrar la existencia de gravedad institucional en el caso, el pronunciamiento atacado, al rechazar una recusación con causa considerada apelable por la ley de amparo 2145 (art. 20), constituye derechamente una "sentencia definitiva" a los fines del recurso de inconstitucionalidad (art. 22). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

18. Cabe rechazar el recurso de queja pues la resolución que culmina un incidente de recusación no es una sentencia definitiva, condición necesaria para su procedencia ante el TSJ. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

19. El incidente de recusación debe ser resuelto en última instancia por los tribunales de mérito, si han resuelto mal y el vicio continúa y afecta la sentencia, entonces el recurrente tiene oportunidad de impugnarla por ese motivo. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

20. El recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad —previsto y regulado en el inc. 3º del art. 113 de la CCBA y en el art. 33 de la ley 402— no es una reedición de aquél y de los antecedentes más importantes del pleito, sino una impugnación primera, autónoma, autosuficiente y fundada de la resolución interlocutoria que denegó el recurso de inconstitucionalidad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6190/08 - 5/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires recursó al juez Roberto Andrés Gallardo, magistrado titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 por tener el juez un pleito pendiente con el GCBA —a raíz de la demanda promovida por el Estado local contra el juez Roberto Andrés Gallardo por daños y perjuicios— en trámite, a la fecha de la recusación, ante el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 1 (fs. 3/4).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones del fuero resolvió "*No hacer lugar* a la recusación interpuesta" (fs. 12/16 vta.).

2. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 18/35). La Sala denegó su concesión por no dirigirse contra una sentencia definitiva, tratar sobre situaciones de hecho y prueba y no plantearse la situaciones de excepción que justifican la consideración inmediata por parte de este Tribunal de la cuestión propuesta por el GCBA (fs. 36 y vta.).

3. El GCBA planteó el recurso de queja agregado a fs. 38/46 vta. Requerido su dictamen, el fiscal general propició que se "haga lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos, revocando la decisión recurrida y devolviendo las actuaciones a efectos que por donde corresponda se dicte un nuevo pronunciamiento" (fs. 59/71).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Tal como expresé en los autos "Caminiti, Virginia Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Caminiti, Virginia Beatriz c/GCBA s/otros procesos incidentales'", resolución del 13/8/2008 y en la causa "Sanz, Ana María s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sanz, Ana María c/GCBA s/otros procesos incidentales'", expte. n° 5784, resolución del 18/4/2008, expte. nº 5918/08 —con cita de mis opiniones anteriores—, la resolución que culmina un incidente de recusación no es una *sentencia definitiva*, condición necesaria para la procedencia del recurso interpuesto ante el TSJ. La lectura del fallo citado proporciona mayores criterios sobre la razón de ser de este voto, entre los cuales debo poner de manifiesto que el proceso seguirá su curso, cualquiera que fuera el acierto o desacierto de la resolución

impugnada y que es posible que, si ella contiene algún error, tal vicio no afecte la sentencia final, esto es, aquella que es definitiva. El incidente de recusación debe ser resuelto en última instancia por los tribunales de mérito: si han resuelto mal y el vicio continúa y afecta la sentencia, entonces el recurrente tendrá oportunidad de impugnarla por ese motivo.

El error de *equiparar* algunos autos interlocutorios a la calificación de sentencia definitiva consiste en concebir el procedimiento como un proceso con etapas preclusivas, esto es, compuesto por muchas sentencias definitivas hasta llegar a la única que lo es.

2. Por lo demás, como lo ha advertido correctamente el voto del juez Esteban Centanaro, el "pleito pendiente" entre el juez y la parte recusante que establece el art. 11, inc. 3°, CCAyT, debe haber sido iniciado con anterioridad al proceso en el que se plantea la recusación del magistrado, lo que, al parecer (ya que la copia del cargo de la demanda es ilegible, véanse 2 vta.) no ocurre en el caso.

Por las razones expuestas, voto en el sentido de rechazar la queja.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja si bien fue interpuesto en tiempo y forma, no logra conmover la resolución interlocutoria impugnada que deniega el recurso de inconstitucionalidad por inexistencia de sentencia definitiva o equiparable a ella.

Tal como sostuve en ocasiones previas (v. gr. expte. nº 2516/03 "Butowicz, Elena y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Butowicz, Elena y otros c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277, CCAyT)'"), el recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad —previsto y regulado en el inc. 3º del art. 113 de la CCBA y en el art. 33 de la ley 402— no es una reedición de aquél y de los antecedentes más importantes del pleito, sino, antes bien, una impugnación primera, autónoma, autosuficiente y fundada de la resolución interlocutoria que denegó el recurso de inconstitucionalidad.

El escrito de queja del GCBA, pese a su extensión, no contiene una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001) ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no concederlo.

No alcanza con decir que las críticas y argumentos no son genéricos y/o que existen agravios constitucionales reales para refutar las razones expuestas por la Cámara al no conceder el recurso de inconstitucionalidad.

Es aplicable, entonces, lo señalado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en lo relativo al fundamento que deben expresar las quejas por recursos denegados (*Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 308:2263; 311:2338).

El Tribunal no puede relevar de la carga de argumentación que le corresponde a quien recurre, ni suplir esa falta.

2. Lo manifestado en el punto anterior sella la suerte del recurso directo que sólo puede ser rechazado.

Sin perjuicio de ello, y como *obiter dictum*, he de agregar algunas observaciones que coinciden y amplían algunos de los sólidos fundamentos del auto denegatorio, que contrastan con la notable debilidad del escrito del Gobierno, que en su queja simplemente vuelve sobre los agravios del recurso de inconstitucionalidad rechazado. El estilo desafortunado de su presentación, la selección de referencias jurisprudenciales a partir de una analogía solo aparente y la inclusión de argumentos puramente retóricos ameritan las precisiones que siguen.

3. En primer lugar, las extensas referencias a decisiones de la Corte Suprema de Justicia de la Nación son irrelevantes para sostener las impugnaciones del GCBA al auto denegatorio.

Como se verá no hay entre la situación de autos y la jurisprudencia federal invocada similitud de circunstancias fácticas y/o jurídicas que justifiquen la remisión a los fallos citados por el Gobierno para sostener la procedencia de la recusación del juez Gallardo.

El recurrente evoca con insistencia los precedentes "Llerena" y "Pontoriero" (*Fallos,* 328:1491 y 329:2631, respectivamente), ambos de naturaleza penal e intenta fallidamente extrapolar a un proceso contencioso (amparo), los criterios establecidos en aquellos, respecto de la recusación.

La sentencia *in re* "Llerena", en lo que hace a la recusación integra un plexo de casos, como por ejemplo "Dieser" (*Fallos*, 329:3034) y "Mostaccio" (*Fallos*, 327:120), resueltos por la Corte con su actual composición, en todos los cuales ha tendido a consolidar el sistema acusatorio en materia penal. Precisamente, lo que se discutía en el caso "Llerena" eran los límites de las atribuciones en cabeza de jueces penales, frente a la recusación de un juez contravencional que había dictado el auto de procesamiento, con el argumento de que al hacerlo había perdido imparcialidad afectando el principio acusatorio.

No es necesario ahondar en este camino para advertir el sinsentido de invocar "Llerena" para sostener una recusación en el sistema procesal contencioso de la Ciudad, donde no rige el sistema acusatorio sino el principio dispositivo atenuado; en el cual los jueces contenciosos no dictan autos de procesamiento ni imponen sanciones penales, y al mismo tiempo tienen

competencia para intervenir en todas las etapas del proceso (introductoria, probatoria, decisoria y ejecutoria).

Es obvio, entonces, que los fallos de la CSJN traídos por la Procuración son ajenos al modelo del juicio contencioso, en el cual el instituto de la recusación juega en otro contexto: los magistrados con competencia en ese fuero, tienen facultades para impulsar e instruir el proceso para disponer medidas para mejor proveer, ordenar pruebas de oficio y, finalmente, decidir el conflicto (v. gr. arts. 27, 29, 302, 358, 382, etc., CCAyT y art. 28, ley 2145).

Por fin, en el otro caso penal "Pontoriero" que es referenciado por el quejoso, la Corte abrió el recurso extraordinario entendiendo que la causal de recusación subjetiva referida a la "enemistad" no había sido debidamente valorada por la Casación que rechazó el recurso correspondiente por falta de pruebas. Tampoco esta sentencia guarda relación con las cuestiones traídas a decisión del Tribunal, ya que el Gobierno sólo plantea en su queja la falta de consideración de la recusación con sustento en el inc. 3; del art. 11 del CCAyT, que es una causal objetiva, y lo reitero una vez más, introducida en un proceso contencioso.

En síntesis, las decisiones de la CSJN remiten todas a una cierta interpretación de instituciones y categorías propias del derecho penal y de política criminal. Más allá del efecto retórico que el GCBA pretende al introducirlos en la queja, lo cierto es que carecen de toda eficacia para fundar el recurso.

4. Las afirmaciones del Gobierno acerca de una supuesta "conmoción en la opinión pública" suscitada por la conducta del juez al dirigirse a la Legislatura, y las menciones incompletas a diversas notas periodísticas, son alusiones que de nada sirven para demostrar que la sentencia impugnada es definitiva o equiparable a tal, ya que el quejoso no va más allá de su enunciación.

5. Otro tanto ocurre con la mención que hace el GCBA de precedentes del Tribunal para justificar el recurso de inconstitucionalidad (y la queja subsiguiente a su rechazo) frente a decisiones que resuelven una recusación. En los exptes. nº 5784 "Sanz, Ana María s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Sanz, Ana María c/GCBA s/otros procesos incidentales'" y nº 5918/08, "Caminiti, Virginia Beatriz s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Caminiti, Virginia Beatriz c/GCBA s/otros procesos incidentales'", del 13/8/2008, adherí al meduloso voto de mi colega, el Dr. Luis F. Lozano quien no sólo dejó en claro que esta clase de resoluciones no son sentencias definitivas, sino que para admitir el recurso tomó especialmente en cuenta un grave vicio del procedimiento pues un vocal de la Sala era recusado por haberse excusado en un asunto de índole análoga en otro proceso. En palabras del juez Lozano en el precedente "Caminiti" se señaló que "[e]n tal contexto,

asiste razón a la recurrente cuando denuncia la arbitrariedad de la sentencia recurrida en tanto esa decisión no se encuentra debidamente fundada (fs. 30).// La excusación que el juez Centanaro, en un juicio análogo al planteado por la actora, fundó en la existencia de interés en el pleito, sin que conste en autos cuál era el motivo del referido interés, no puede quedar neutralizada, como afirmó la Cámara, por una rectificación posterior de ese magistrado en la que traduce la cuestión como circunscripta al vínculo de amistad que lo uniría al actor de aquel pleito.// Más allá del error 'material' al que alude el *a quo* en la sentencia impugnada (v. gr. equivocación al consignar el inciso del art. 11 usado para fundar la excusación), no es posible prescindir del significado que ella adquiere (en los términos en que fue formulada originariamente) para la accionante que la invocó para recusar al vocal en cuestión. La extensión de la garantía de imparcialidad, además de cubrir los supuestos en los que ella está ausente, también otorga protección al litigante cuando no logra mostrar la ausencia, pero sí suministra un motivo objetivo para suscitar dudas razonables acerca de su imparcialidad. Máxime cuando, como en el caso, el motivo es, sencillamente, lo expresado por el propio juez que, en un juicio análogo, manifestó su "interés" en el resultado del proceso. El alcance que al derecho en juego acuerda una recta interpretación de la garantía analizada, coincide con la postura que en el derecho comparado exhibe, por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que, para lo que aquí importa, ha dicho que no basta que el juez actúe imparcialmente, sino que es preciso que no exista apariencia de falta de imparcialidad, pues "incluso las apariencias pueden revestir una cierta importancia", en razón de que "lo que está en juego es la confianza que los tribunales deben inspirar a los ciudadanos en una sociedad democrática" (caso 'Piersack vs. Bélgica', serie A, Nº 53, sentencia del 11/10/1982).// La sentencia cuestionada omite valorar esa dimensión del problema y con ello reduce de un modo ilegítimo la protección que la garantía constitucional en juego acuerda a la actora". La situación específica de la causa "Caminiti", que sirvió para equiparar a definitiva la decisión recurrida, no existe en este proceso: *i)* no se trata de una causal subjetiva de recusación; *ii)* no existe contradicción en la conducta del magistrado recusado, *iii)* no hay omisión de consideración, fundamentos o valoraciones en la sentencia recurrida.

Por ello acierta la Cámara cuando puntualiza que el Gobierno no explica por qué en el caso en análisis la situación y condiciones en las que se produce la recusación serían idénticas a las de los precedentes indicados (último párrafo del punto 3, de los considerandos del auto denegatorio).

6. Al invocar "gravedad institucional", el quejoso nuevamente trae en su apoyo una sentencia de la CSJN dictada en otra causa penal "Penjerek" (*Fallos,* 257:132), donde lo decidido no guarda atingencia con el caso de autos.

El agravio no puede ser atendido, toda vez que carece de fundamentos que expliquen su inclusión en el recurso.

En conclusión, el recurso directo —que carece de toda crítica al auto denegatorio y no logra demostrar que la sentencia que resolviera en Cámara la recusación del juez Gallardo es definitiva o equiparable a ella— es improcedente y debe ser rechazado, con costas a la demandada. Así voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Gravedad institucional y equiparación a sentencia definitiva

1. La decisión que viene recurrida no resuelve el pleito ni impide su continuación, razón por la cual no es la definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402. Ello no obstante, la circunstancia de que el supuesto sobre cuya base la recurrente viene cuestionando la intervención en la causa del juez Roberto Andrés Gallardo se repite en todas o casi todas las que tiene asignadas y a las que en el futuro le serán asignadas a ese magistrado, lo que supone una gravedad institucional que brinda apoyo bastante a la equiparación.

La recusación, el juez natural y el juez imparcial

2. La garantía constitucional de la defensa en juicio tiene al juez imparcial como uno de sus pivotes (arts. 18 de la C.N. y 13, inc. 3º, de la CCBA; *Fallos*, 328:1491, "Llerena, Horacio Luis s/abuso de armas y lesiones —arts. 104 y 89 del C.P.— causa 3221"). La CSJN la ha visto también como una de las implícitas del art. 33 de la C.N. ("Llerena", ya citado). Es explícita, en cambio, en el art. 8.1 Convención Americana sobre Derechos Humanos, el art. 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el art. 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo cumplimiento por los órganos del GCBA manda la CCBA en su art. 10. Más aún, no solamente debe el juez ser imparcial sino que, con particularidades según el tipo de proceso, el Estado debe, mediante la aplicación de reglas adecuadas, proveer un juez sobre cuya condición de imparcial no le quepa al enjuiciado abrigar razonables dudas.

2.1. Las normas supralegales garantizan la imparcialidad al individuo gobernado, no al Gobierno, sin perjuicio de lo cual dicha condición del juez opera también en beneficio del Estado, puesto que la imparcialidad supone idénticas ventajas y seguridades tanto para la parte que puede exigirla como para aquella otra a la que no le cabe requerirla como derecho sino brindarla por vías institucionales distintas. Esta misma circunstancia torna funcional al logro de ese atributo en el juzgador el otorgamiento, por medio de la ley, de derechos al Gobierno litigante de recusar, plantear la incompetencia, etc. al igual que pueden hacerlo los particulares.

2.2. Es indudablemente ésta la solución adoptada por el CCAyT, habida cuenta de que su Título II, Capítulo I, a la hora de atribuir derecho a recusar, no distingue entre particular y Administración, no obstante que las causas contenciosoadministrativas son definidas por la intervención de una autoridad administrativa como parte (art. 6º, CCAyT). En definitiva, el instituto de la recusación está previsto en un Código referido a causas en que la Ciudad es parte, sin establecer diferencias en su utilización por parte del GCBA; diferencias que constituyen el motivo central de los títulos XIII, "De las demandas contra autoridades administrativas y su contestación", y IX, "De las causas en que la autoridad administrativa sea parte actora". Vale señalar que esto no significa que las hipótesis del art. 11 puedan ser leídas para particular y Administración por igual; la condición específica de una y otro pueden determinar una diferente aplicación de algunas de esas causales. Ejemplo indisputable de ello es la del inc. 4º donde la calidad de acreedor del juez debe leerse con cuidado, pues, de no ser así, todos los jueces contenciosos serían recusables en los pleitos que son propios de su competencia, ya que son permanentemente acreedores de la Administración por la remuneración de sus servicios y es ella parte en los litigios en los que intervienen. Más adelante me ocuparé de las especificidades en la interpretación del inc. 3º del comentado art. 11, que es el que específicamente nos ocupa en estas actuaciones.

2.3. Varios son los dispositivos diseñados para asegurar la condición de imparcialidad en los jueces. El primero de ellos consiste en seleccionar al individuo que cumplirá en concreto la función de laudar mediante reglas y mecanismos que impidan a los poderes públicos elegirlo para el caso ya surgido o a propósito de él. En razón de ello, se denomina a ese juez como el "natural" del pleito. Para las ocasiones en que estos resortes no arrojan los resultados esperados en cuanto a la ausencia de compromiso del juzgador con el pleito, la ley prevé mecanismos de apartamiento, tanto de oficio como a requerimiento de parte, según pautas tabuladas, con mayor o menor detalle, por el legislador. Este último supuesto, conocido como recusación, es el que ahora nos ocupa.

2.4. A fin de desarrollarlo, el legislador acude, tal como adelanté, al mecanismo de tabularlo. La circunstancia de que estén fijados de ese modo los supuestos en que, con arreglo al criterio legislativo, el juez debe ser separado de una causa no asegura que no haya otros, no expresamente previstos, en que la imparcialidad pueda ser puesta en tela de juicio. Pero, propende, en cambio, a que el juez natural no sea fácilmente desplazado, menos aún por razones no categorizadas con antelación. No es esto más que aplicación de la misma concepción según la cual el juez natural debe resultar no de una elección personal sino de la aplicación de reglas, lo que sería incompatible con la separación en razón de la sola voluntad de un funcionario, aun de otro juez. Por ello, así como

la selección del juez debe ser producto de reglas, y no de criterios personales, también debe serlo su separación, para asegurar tanto la imparcialidad como el carácter natural de la asunción de competencia en el caso; o, mejor aún, para asegurar lo primero cumpliendo con lo segundo. En última instancia, la regulación legislativa de la recusación no debe, a riesgo de ser insuficiente para satisfacer la exigencia constitucional de imparcialidad, ser vista como un sistema cerrado cuya interpretación sea hecha con independencia de la finalidad para cuya consecución está instituida. Por el contrario, los supuestos del art. 11 del CCAyT, que regula el caso que nos ocupa de un modo similar a otros códigos vigentes en la República Argentina, deben ser leídos teniendo en mira el aseguramiento de la imparcialidad y, con ese propósito, interpretados teleológicamente, y eventualmente completados; lo que no significa interpretarlos extensivamente, puesto que constituyen excepciones al carácter natural del juez. De hecho, cuando la CSJN adopta la doctrina del citado precedente *"*Llerena" lo hace excediendo el marco de la ley de rito encontrando la fuente de la solución directamente en la C.N. Dicho sucintamente, la interpretación de los incisos del art. 11 no ha de ser extensiva, sin perjuicio de lo cual supuestos no contemplados pueden ser deducidos de la CCBA en la medida en que su admisión constituya el único modo de asegurar la imparcialidad; esto es, no procede admitir la recusación del juez natural por la sola circunstancia de encontrar alguna analogía, similitud o alternativa interpretativa posibilitada por una inteligencia genérica del lenguaje, entre las hipótesis del mencionado art. 11 del CCAyT y aquella en que se encuentra el recusado, mientras que procede el apartamiento por aplicación directa de la garantía constitucional del juez imparcial cuando la intervención del que tiene asignada la causa resulta incompatible con la observancia de dicha garantía. Es que el apartamiento del juez corresponde cuando existe razonable temor de que esté influido, respecto del resultado del pleito, por razones distintas a las que constituyen el contenido del debate. La ley contempla los supuestos que el legislador pudo prever como hipótesis de temor razonable; pero ni necesariamente pudo preverlas todas, ni cabe extender la solución de apartar al juez a hipótesis que pueden ser encasilladas en las previsiones legislativas sólo a condición de asignar a las palabras que la ley emplea una inteligencia amplia, laxa o inclusiva de situaciones parecidas, si con ello les hacen abarcar aquellas en las que no esté presente el motivo que funda razonablemente ese temor de parcialidad. Una aplicación estricta de las hipótesis legisladas constituye la de una norma general que hace a la selección del juez natural y, por ello, no concurren las mismas razones para ser estricto en la exigencia de relación estrecha con los motivos del temor razonable de parcialidad; por una parte, por la presunción de validez de que goza la ley, pero, por la otra, porque el efecto no querido de ser "formalista" y apartar un juez innecesariamente es casi irrelevante, en tanto la separación de

la causa obedece a una pauta tan general y anterior como la que determina la asignación de dicha causa a ese juez.

2.5. Una circunstancia habitualmente contemplada al tiempo de analizar las causales del apartamiento requerido por el recusante es su voluntaria participación en generar la causal. Ello obedece a la necesidad de evitar que las partes manipulen la selección del juez natural provocando deliberadamente situaciones que sirvan al apartamiento. Eso, en el caso que nos ocupa, apoya la lectura del participio presente "pendiente" con el alcance de pleito ya iniciado. Pero, no cabe descuidar que la situación de quien tiene, en defensa de sus derechos, una acción contra el juez, aun no ejercida, pues no puede verse en la disyuntiva de posponer ese derecho o arriesgarse a la misma situación de parcialidad que pesa sobre quien tenía el pleito iniciado al tiempo de comenzar el nuevo en el cual queda habilitado a recusar con base en el proceso pendiente. Estas razones aconsejan una ponderada apreciación de los fundamentos del pleito surgido con posterioridad. Una segunda proviene de que el texto del inc. 3º del art. 11 del CCAyT cuya aplicación nos ocupa sólo permite recusar a quien es parte en el pleito contra el juez, no obstante que es posible imaginar razones para descreer de la imparcialidad de ese juez, siendo el litigante que no mantiene aquel otro pleito, motivadas por la posible "compensación" de soluciones entre ambos casos; dicho de modo más directo, ante la hipótesis de que la admisión de la acción o de las defensas del que mantiene el pleito anterior se vea compensada con una actuación o entendimiento en aquel pleito entre juez y la parte que opta por no recusar manteniendo así en la mano la carta relativa a su desempeño en pleito contra el juez.

El sistema de remoción de la CCBA

3. La imparcialidad del juez funciona como parte de la garantía constitucional de defensa en juicio. Esta garantía asiste al particular frente al Estado. A su vez, el pueblo organizador del Estado tiene un legítimo interés en que el juez que decide acerca de su patrimonio y de la medida de sus poderes públicos no obre con una inclinación o interés adversos. Pero, sus medios de asegurarse la imparcialidad difieren de los que asisten al particular. Ello así, porque es el Estado el que organiza el aparato de administración de justicia, el mecanismo de selección de los jueces y, en definitiva, son sus órganos los que los designan y eventualmente los remueven.

3.1. En ejercicio de estas potestades de darse sus instituciones, el pueblo de la CABA sancionó su Constitución, que organiza un Consejo de la Magistratura en el que la representación popular no aparece de modo directo, sino por intermedio del tercio de los consejeros elegidos por la Legislatura. El resto, elegido por votación entre los abogados, en un caso, y los magistrados del Poder

Judicial, en el otro, no representa al pueblo, ni directa ni indirectamente, sino a subsectores de él, escogidos en razón de sus desempeños profesionales. Es ese Consejo el responsable de seleccionar, por medio de concursos, a los candidatos a ocupar cargos de juez, y su opinión es casi decisiva, pues la Legislatura, órgano sobre el que reposa formalmente la facultad de designar, puede desestimar un primer candidato escogido por ese Consejo, pero, no ya al segundo. Más aún, si no rechaza al candidato propuesto en primer término en un plazo de 60 días hábiles, la CCBA lo da por designado (conf. art. 118, CCBA). La circunstancia de que el mandato de dos tercios de los miembros del Consejo no provenga, ni aun indirectamente, del pueblo o de sus representantes, debe ser sopesada a la hora de decidir la cuestión que nos ocupa, asunto del que me ocuparé más adelante. El proceso de remoción de los jueces se desencadena, a su vez, por voluntad de este cuerpo.

Características muy similares tiene la conformación del Jurado de Enjuiciamiento. Por la vía de conformar estos cuerpos de manera que sólo una minoría recibe su mandato de los representantes del pueblo, así como por el hecho de asignarles competencias que, aunque dotadas de una dosis de discrecionalidad, distan de la que es propia de los órganos políticos, el pueblo porteño se ha desprendido de la capacidad de controlar por sí o por medio de sus representantes la buena conducta de sus jueces, potestad que la ciudadanía conserva en otros estados republicanos. Nuestro pueblo la ha sustituido por una potestad de elegir, por acto de su Legislatura, un tercio de los miembros de uno y otro cuerpo, a los que no puede remover *ad nutum*.

3.2. Cuando el pueblo conserva la potestad de enjuiciar, por medio de sus representantes, la conducta de sus jueces, tiene a su alcance el mecanismo para separar al juez, más allá de que el supuesto pueda representar una causal que posibilite, a un particular litigante, el ejercicio del derecho de recusar. Como principio, esa potestad de los órganos políticos debe verse más que como de ejercicio facultativo o discrecional como un verdadero deber de separar al que ha incurrido en conductas por las que debe ser removido de su cargo, al mismo tiempo que no debe siquiera rozar a quien ha mantenido su buena conducta, ya que la suspensión misma del juez en su función debe tener una motivación apropiada, y la mera circunstancia del riesgo de verse eventualmente sujeto al proceso de remoción supone una presión indeseable que puede llegar a afectar su independencia. Una prueba de la importancia que reviste la suspensión a la que me vengo refiriendo la constituye el hecho de que la CCBA sabiamente, aun cuando no organizó un sistema en el cual el pueblo conserva la potestad de enjuiciar, por medio de sus representantes, la conducta de sus jueces, ha puesto plazo a la consideración de las denuncias contra los jueces y no solamente al proceso de remoción. Se podrá estimar que ese plazo es exageradamente re-

ducido, cuestión que no me incumbe apreciar, pero, lo que no es dudoso es el acierto de los constituyentes en identificar las denuncias largamente pendientes como herramientas de presión inaceptable para el sano funcionamiento de las instituciones republicanas. En tales condiciones, esto es, cuando una constitución determina que son los órganos representantes del pueblo quienes disponen del poder de enjuiciar al magistrado judicial, las leyes no pueden extender dicho poder; por lo que una medida separativa con idénticas o muy similares consecuencias sobre el ejercicio de la función del juez que viniera admitida por una ley para supuestos en que corresponde activar el proceso de remoción supondría una medida opuesta a la norma suprema.

3.3. Distinto, y muy complejo, es el caso de las constituciones en que, como en la de nuestra Ciudad, el pueblo se ha despojado de la potestad de remover, por la vía de no permitirla a sus representantes políticos, sino que la ha conferido a cuerpos de una extracción profesional de los que espera un comportamiento motivado por una perspectiva nutrida en el conocimiento técnico y en su especial interés en el funcionamiento del aparato judicial con arreglo a derecho. Cuando ello ocurre, es posible que el legislador, primer intérprete de la Constitución cuando de reglamentarla se trata, adopte el criterio según el cual el pueblo en juicio, que eso es el GCBA, pueda, aun en supuestos que justificarían el proceso de remoción de un juez, peticionar su apartamiento de un litigio, sin que ello suponga una infracción a la CCBA. Sin embargo, esa solución no ha sido expresamente introducida en el CCAyT, que se circunscribe a tratar genéricamente la situación para cualquier litigante, sin tematizar el muy específico supuesto de que el recusante sea quien participa en la designación y remoción, por medio de sus representantes, aunque sin que ni uno ni otro acto sean de su exclusivo resorte, y que el apartamiento abarque una masa de procesos muy amplia o, como en el caso, todos o la mayor parte de los que están radicados en un juzgado. Estas circunstancias suponen, por una parte, que quienes representan al pueblo litigante pueden, asumiendo siempre que estamos en presencia de causales que se describen como coincidentes con alguno de los supuestos de remoción, intentar un proceso, aún no intentado, con ese fin, mientras que la circunstancia de que se vacía un juzgado implica un impacto masivo en lo que sería el juez natural para muchas partes actuales y futuras cuyas voces podrán ser oídas cuando tengan ya poco efecto. A su turno, subsiste siempre un límite consistente en que el dispositivo debe evitar que se obtenga idéntico o muy similar resultado por dos vías, la indirecta de recusar y la directa de remover. No es dudoso que la CCBA quiso que la remoción no fuese del resorte exclusivo o predominante de órganos políticos, y esta concepción no puede ser alterada por medidas legislativas. De todo ello se desprende que no cabe interpretar el art. 11, inc. 3º, del CCAyT con el alcance que le da la

recusante; ni podría el legislador instituir un régimen que posibilitare obtener los efectos funcionales de la remoción por una vía distinta de la instituida en la CCBA, aun cuando podría, en cambio, reglamentar la CCBA facultando al GCBA a recusar en algunos supuestos coincidentes en cierta medida con los de remoción aunque sin llegar a tornar idénticas sus consecuencias.

El caso que nos ocupa

4. La situación que nos ocupa coincide con la remoción en separar al juez de sus causas; mientras que difiere en dos aspectos: el mantenimiento de su retribución y la naturaleza temporaria del apartamiento. Ni lo uno ni lo otro son suficientes para efectuar una distinción admisible a la luz de las reglas constitucionales. Ello así, porque el carácter temporal de la medida es susceptible de repetición y, por lo demás, no es constitucionalmente admisible una suspensión de funciones más que por la vía del art. 123 de la CCBA y por el breve período que permite ese mismo artículo. A su turno, la garantía del juez natural supone el mantenimiento del juez en funciones, y no simplemente el de una compensación por disponibilidad que, en todo caso, podrá ser un derecho del juez, pero no basta para tener por cumplidas las normas constitucionales.

4.1. A su vez, varios factores deben ser apreciados en el caso que nos ocupa. Primeramente, no es dudoso que, cualquiera sea la interpretación de la voz "pendiente" que se adopte, el juicio promovido por el GCBA contra el juez Roberto Andrés Gallado tendría, de ser acogida la tesis de la parte recusante, un decisivo impacto sobre el ejercicio de su función. Un segundo aspecto es que el objeto mismo del litigio que se presenta como causal de apartamiento de este litigio viene descripto en términos que no lo tornan discernible de una causal de remoción de aquellas para cuya elucidación reserva otra vía la CCBA. Un tercero consiste en que no basta la idea de interpretar la palabra "pendiente" de manera que el proceso que tiene como parte al juez deba ser anterior a aquel otro a cuyo respecto se pide el apartamiento para asegurar que el litigio contra el juez no tiene la finalidad de justificar dicho apartamiento. Ello así, porque concebir un escenario en que no haya nuevos procesos que tengan por parte al GCBA y por competente al juez cuestionado constituye una elucubración puramente académica, por lo que puede afirmarse con toda certeza que el litigio promovido contra él no es separable de la representación de sus efectos por la recusante. Volviendo sobre lo dicho en el acápite "La recusación, el juez natural y el juez imparcial" de este voto, vale señalar que la sola circunstancia de que la parte se represente la hipótesis del apartamiento del juez demandado en otros procesos no torna, en mi opinión, espuria la recusación, puesto que el inc. 3º, del tantas veces mencionado art. 11 del CCAyT debe ser interpretado de modo de equilibrar la defensa en juicio de los derechos del litigante, con las garantías de juez natural e imparcial, lo cual lleva a los autores y a mí mismo a

extender el lenguaje de dicho inciso a supuestos que parecerían excluidos de él. Así Palacios sostiene, al comentar el inc. 3º del art. 17 del CPCCN (equivalente al art. 11 al que me vengo refiriendo) que "...dentro del criterio interpretativo amplio que debe regir en la materia, las circunstancias del caso concreto [...] son susceptibles de conducir a una solución que exceda el estricto marco literal de la norma" (Palacio, Lino Enrique: *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Explicado y anotado jurisprudencial bibliográficamente*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997, p. 437). Como contrapartida de ello, cabrá probablemente fuera de este proceso, y por las vías que sus protagonistas elijan, dilucidar cuál ha sido la intervención del juez recusado en estimular la reacción del GCBA.

La justificación del apartamiento que posibilita el art. 11, inc. 3º del CCAyT.

5. Cuando el juicio al juez a que se refiere el inc. 3º, del art. 11 del Código Contencioso resulta promovido por el Estado para el que se desempeña, que cuenta al propio juez como parte de su pueblo constituyente, la conjetura que inspira el inciso comentado pierde base, puesto que el mal que podría inferir una decisión, ya sea simple, interlocutoria o definitiva, queda, en la generalidad de los casos, tan diluida que no justifica apartar al juez. Esta es la razón por la cual la CSJN determinó que uno de sus miembros no podía ser apartado de la decisión de un pleito en el cual era parte el Estado nacional con el cual el juez mantenía un juicio (*Fallos*, 322:701, citado por el *a quo*). Ilustra lo dicho este ejemplo: si el pleito que tiene encomendado decidir el juez que litiga con el Estado ante el juzgado a cargo de otro magistrado tiene por objeto la reparación de daños provocados por una mala práctica ocurrida en un hospital público con total independencia de la conducción política de los servicios hospitalarios estatales, no es concebible que se vea motivado por el pleito en que es parte para inclinar la balanza en el que debe decidires. Una lectura literal del supuesto contemplado en el inc. 3º llevaría a que un juez por el mero hecho de haber instado un proceso judicial tendente a dilucidar alguna cuestión relativa a su salario deba excusarse (o será recusado) en casi la totalidad de las causas que le sean sorteadas con posterioridad al inicio esa acción. Esas circunstancias llevan a la conclusión de que las causales de recusación (coincidentes con las que de concurrir imponen la carga a los magistrados de excusarse) deban ser leídas con las adaptaciones del caso cuando la parte recusante es el Estado.

Conclusiones

6. De lo expuesto se deduce que: *a)* los supuestos previstos en el art. 11 del CCAyT no deben ser leídos en forma taxativa, sino teniendo en mira el aseguramiento de la imparcialidad del juez; *b)* las facultades que detenta el Estado para solicitar el apartamiento de un juez en un litigio varían según ese Estado opere en un sistema en el cual el pueblo se reservó el poder de enjuiciar a sus magis-

trados o en uno en el que se despojó de él. En el primero de esos supuestos, la causal invocada en el proceso judicial no podrá coincidir con aquellas otras que darían lugar al juicio político. En cambio, en el segundo, el legislador podría disponer, con los límites descriptos más arriba, que tanto unas como otras causales den lugar a la recusación del magistrado; *c)* el capítulo del CCAyT brinda al GCBA derecho a recusar al juez que resulte determinado por las reglas de competencia y asignación por azar o turnos; *d)* los supuestos que dan lugar a una recusación deben ser adecuados a cada caso, en particular cuando el Estado es el recusante; *e)* no cabe interpretar el art. 11 del CCAyT en el sentido de brindar apoyo a una recusación cuyos efectos coincidan con el apartamiento de las causas, provisorio o definitivo, que el art. 123 de la CCBA rodea de recaudos y modalidades especiales no reunidas en el *sub lite*, *f)* tampoco cabe desprender directamente de la CCBA esta hipótesis de apartamiento debido a la coincidencia de efectos con la suspensión que posibilita el art. 123 de la CCBA solamente en las condiciones allí previstas y, *prima facie*, del supuesto que llevó al GCBA a promover la demanda al juez recusado.

La Cámara como garante

7. Esto no implica desconocer que el juez puede incurrir en desaciertos y aun arbitrariedades. Precisamente, teniendo en mira la falibilidad humana, los aparatos judiciales tienen resortes naturales de restablecimiento de la objetividad —con los límites propios de una acción humana encauzada en una conceptualización, desarrollada con carácter previo, y dirigida a reducir la discrecionalidad, asumiendo que no parece sencillo ni quizás posible eliminarla—, consistentes en recursos que someten lo decidido por un juez a la revisión por un conjunto de tres jueces, en la generalidad de los casos, y la decisión de estos tres a otros cinco, en ciertos supuestos estimados significativos, y aun a la del máximo tribunal federal, si los resortes locales no hubieran bastado.

La arbitrariedad y la separación en razón de ella

8. Las causales de recusación están concebidas como supuestos en que alguna relación del juez con la materia a debatir o las partes en el debate lo involucra de manera tal que se hace aconsejable apartarlo aun antes de que se expida acerca de cualquier cuestión relevante, en bien de la certeza acerca de la imparcialidad con que la decisión final o cualquiera de las intermedias será emitida. En ocasiones el apartamiento no aparece como previo a todas o la mayor parte de las decisiones, sino como consecuencia de una de ellas. Ello ocurre cuando un juez se pronuncia arbitrariamente acerca de alguna de las cuestiones que le quedan sometidas. Una vez que un tribunal superior constata que una decisión ha sido emitida como fruto del mero arbitrio del juez, puede o debe apartarlo a los fines de emitir nuevamente esa decisión y todas

las posteriores. Así lo ha hecho la CSJN en *Fallos,* 283:48; 283:148; 284:409; mientras que en muchos otros no toma la decisión por sí sino que se limita a devolver para que "por quien corresponda" se dicte nuevo pronunciamiento, librando la decisión a los tribunales competentes. Esta solución fue adoptada por la Cámara, por ejemplo, en la causa "Asociación Civil Casa Amarilla 2005 c/GCBA s/recusación (art. 16, CCAyT)" (causa 29.564/1).

8.1. Esta modalidad no opera ya con base en un pronóstico o conjetura sino en razón de una constatación. A diferencia de la hipótesis del inc. 3º, no abarca toda situación en que toca un litigio al juez que tiene otro pendiente con la parte recusante, en el caso del GCBA, como dijimos, un vasto universo, sino supuestos específicos en que el involucramiento inaceptable del juez con el proceso haya quedado confirmado por sus concretos efectos en él.

8.2. No es esto la automática consecuencia de una revocación cuando el tribunal que revisa es competente para sustituir la decisión que le viene impugnada. Empero, el recurso de apelación conlleva el de nulidad (art. 229 del CCAyT), y la nulidad, uno de cuyos supuestos es la decisión arbitraria, lleva a devolver las actuaciones a la instancia inferior para que en ella sea emitido nuevo pronunciamiento, que no debería serlo por el mismo juez que ya opinó. Una vez sustituido para una decisión quedaría apartado para las sucesivas.

8.3. Cierto es que la revisión por un tribunal con competencias amplias y el deber de resolver la causa que instaura el art. 229 del CCAyT disminuye los casos en que queda obligado el juez que preopinó a pronunciarse nuevamente. Pero, esto no significa que estos supuestos no existan; más aún cuando la jurisdicción de la alzada responde a los agravios de la parte que recurre.

Esto mismo ocurre en cualquier otro supuesto en que el juez emita una opinión con carácter previo al momento en que debe hacerlo, supuesto contemplado en el inc. 6º del art. 11 del CCAyT.

Esta circunstancia brinda una herramienta de alivio para los supuestos de parcialidad que teme el GCBA. La jurisdicción que los recursos que articule devuelva a un tribunal de alzada, la imparcialidad de cuyos integrantes no está en tela de juicio, dará oportunidad también a eventuales apartamientos del juez impugnado de aquellos procesos en los que la alzada verifique una actuación concreta en detrimento de la imparcialidad que debe ser observada también respecto del Estado litigante.

Colofón

9. El apartamento de un magistrado no puede quedar sometido al libre arbitrio de un funcionario o, incluso, de un abogado de la Administración. En nuestro caso, admitir que el solo hecho de existir una causa pendiente entre el Gobierno y el juez es suficiente para que se conceda una recusación, implica,

en la práctica, brindar al GCBA la posibilidad de elegir cuáles expedientes está dispuesto a que tramiten en el juzgado en cuestión y cuales no. Sin importar el número de causas en que el instituto sea utilizado, ello no resulta acorde con la garantía del juez natural ni tampoco parece perseguir la imparcialidad del juzgador (o su apariencia). Por lo demás, ello no ha sido organizado de esa forma por el legislador y el constituyente, pues, como dijimos, en estos casos, la recusación debe responder a la existencia de razones objetivas que impongan un manto de sospecha razonable sobre la parcialidad del juez; lo que además resulta más acorde con la obligación de defender a la Ciudad y respetar su constitución que pesa sobre quienes la representan en juicio.

9.1. En definitiva, el GCBA podría requerir el apartamento de un magistrado en todos aquellos en que demuestre la existencia de un razonable temor de parcialidad comprobable de acuerdo a pautas objetivas. El legislador otorgó al Gobierno la posibilidad de utilizar el mecanismo de la recusación, lo que, como dije, leído en su pleno contexto, es perfectamente compatible con la organización de gobierno estipulada en la CCBA, y hasta deseable para mantener un real equilibrio de poderes. Así las cosas, ese instituto, extendido legislativamente como derecho de la Administración litigante, surte efectos funcionales a la observancia del principio republicano de la independencia judicial.

9.2. En resumen, la recusación constituye un mecanismo útil para asegurar la imparcialidad del juez, entendida con el alcance amplio a que me referí, esto es, dentro de las causales del art. 11 del CCAyT así como en aquellos otros supuestos en que opere directamente con base en la CCBA, observando siempre la circunspección necesaria para dar cabal efecto al principio del juez natural; de lo que se desprende que no procede por la sola circunstancia de que exista un pleito pendiente entre el juez y el GCBA, cuando por esa vía se posibilita un efecto idéntico o significativamente similar al del proceso de remoción que la CCBA reserva al Jurado de Enjuiciamiento, sin perjuicio de que el apartamiento corresponda cuando el Gobierno requirente muestre razonable temor de parcialidad en una causa fundado en situaciones vinculadas a ella que pueden operar por sí o sumadas a la situación prevista en el comentado inc. 3 del art. 11 del CCAyT; y sin que ello implique abrir juicio sobre la honestidad o capacidad del magistrado recusado.

9.3. Por lo expuesto, no basta la concurrencia formal de la causal del art. 11, inc. 3º, esto es, la sola existencia de un juicio pendiente entre el GCBA y su juez para apartar a este último de las causas en que el primero es parte, cuando, por la naturaleza de su competencia, dicho apartamiento pueda ser discrecionalmente determinado en la generalidad de las causas que le estén sometidas o debieren estarlo; a menos que el recusante acredite la concurrencia

en el caso de una circunstancia que, sumada a la del inc. 3º comentado o por sí sola, justificare en el recusante un razonable temor de parcialidad.

10. Por las razones expuestas, corresponde hacer lugar la queja obrante a fs. 38/46 y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 18/35.

Los jueces Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

1. Tal como lo sostiene el señor juez Luis F. Lozano en su voto —al que adherimos—, los agravios planteados en el recurso de inconstitucionalidad y en el de queja que lo sostiene, deducidos por el Gobierno de la Ciudad, remiten a la consideración de una cuestión que impacta de modo directo y pleno en el *regular funcionamiento del servicio de justicia en la jurisdicción local* y, por ello, exceden el interés individual de las partes que confrontan en este proceso.

En efecto, el GCBA —demandado en autos— recusó al magistrado interviniente por sorteo para conocer en el caso, al sostener que se verificaba en la especie el supuesto previsto en el inc. 3º del art. 11 del CCAyT (*Tener el juez/la juez/a pleito pendiente con el recusante*). Para ello, el Gobierno denunció la existencia de un juicio caratulado "GCBA c/Gallardo, Roberto Andrés y otro s/daños y perjuicios", expte. nº 30.738/0, en trámite ante el Juzgado Nº 1 del fuero CAyT.

A su turno, el juez recusado, al presentar el informe previsto en el art. 16, CCAyT, reconoció la existencia del pleito que le promoviera el Gobierno de la Ciudad, pero negó encontrarse abarcado por la causal invocada por la demandada y sostuvo, además, que la Procuración General del GCBA *lo recusó en todas las acciones de amparo* en trámite ante su juzgado y en las cuales la Ciudad reviste en la condición de parte.

Esta afirmación del juez Gallardo no fue controvertida de manera concreta por el GCBA.

Así, *la gravedad institucional* invocada en el caso *permite*, si fuere menester, *sortear el recaudo de sentencia definitiva* que exige el art. 27 de la ley 402 para incitar la competencia apelada del Tribunal por la vía del recurso de inconstitucionalidad (conf. nuestro voto *in re*: "Consejo de la Magistratura s/queja por apelación denegada s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5957/08 y su acumulado, expte. n° 5911/08 "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Consejo de la Magistratura s/queja por apelación denegada'", sentencia del 14/10/2008).

2. También es posible afirmar que los agravios planteados en el recurso del GCBA remiten a la consideración de preceptos constitucionales pues se vinculan con el diseño institucional, misiones y competencia, forma de de-

signación, renovación y destitución de quienes detenten los poderes públicos locales y, básicamente, con el servicio de justicia y la garantía de la defensa en juicio reconocida en el art. 18 de la C.N. y 13.3 de la CCBA —que comprende, entre otras, a las denominadas garantías del juez natural y de la independencia e imparcialidad del juzgador.

Por lo expuesto precedentemente, el recurso de inconstitucionalidad ha sido mal denegado por el *a quo* y corresponde atender los agravios articulados ante esta instancia.

3. En primer término, es del caso señalar que la comprobación de las circunstancias invocadas para admitir la *recusación* prevista en el art. 11, inc. 3º, del código de rito, a la luz del conjunto de principios que disciplinan el *debido proceso en sede judicial* —que hacen cumbre en la propia Constitución Nacional—, no puede efectuarse a partir de una aplicación automática, formal o mecánica de la literalidad de la ley.

Por el contrario, toda vez que la recusación constituye una herramienta pensada para que, *de manera excepcional*, se aparte a los jueces designados según la Constitución del ejercicio de su competencia —asignada por reglas obligatorias— en un determinado proceso, *por existir nítidas razones que hagan dudar acerca de su imparcialidad*, va de suyo que la decisión que resuelva el apartamiento debe dictarse a partir de la exhaustiva y prudente evaluación de los elementos constitutivos del impedimento denunciado, conjugados con las particularidades de la causa y la concreta finalidad que inspira al instituto, de modo que su razón de ser no quede tergiversada.

Desde esta perspectiva, uno podría preguntarse entonces: ¿Es razonable entender, *en todos los casos*, que el *pleito pendiente* al que se refiere la causal del art. 11, inc. 3º, CCAyT debe haber sido iniciado *con anterioridad* a aquel en cuyo marco se deduce la recusación? O dicho con otras palabras, ¿es razonable suponer, siempre, que si el *pleito pendiente* entre la parte y el juez se inició, *con posterioridad* a la instauración del juicio donde se formula la recusación corresponde inferir, *fatal e indubitablemente*, que nos encontramos en presencia de un *ardid procesal* del recusante que promovió un juicio al magistrado *para*, de tal modo*, poder recusarlo*?

Por otra parte, cuando la recusación la formula el Estado, ¿cualquier pleito pendiente entre él y el magistrado involucrado resulta apto para alentar y hacer invocación del *temor de parcialidad*?

En este sentido, el ejemplo que brinda el juez Lozano en su voto resulta contundente: si un magistrado litiga contra el Estado con motivo de un reclamo de carácter salarial —v. gr. por un *plus* o diferencia—: ¿debe por ello excusarse o puede ser razonablemente recusado absoluta e indiscriminadamente en todas las causas que se ventilan en su juzgado y en que el Estado sea parte?

Entendemos que estas, entre otras, son particularidades que deben ser ponderadas para decidir la recusación peticionada en este expediente.

4. La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires no impide la formulación de una recusación por parte del Estado por la causal del art. 11, inc. 3º, CCAyT puesto que, llegado el caso, ella podría resultar idónea, en ausencia de otras vías preventivas o reparadoras más severas —como la promoción del enjuiciamiento—, para brindar efectiva tutela al derecho de defensa que le asiste a quien gerencia los intereses públicos, frente a la manifiesta falta de imparcialidad de un magistrado. Pero ello será atendible siempre y cuando el Estado logre, efectivamente, justificar que la existencia del *pleito pendiente* que se denuncia le hace presumir, con elementos de convicción suficientemente serios, expresamente invocados y probados, que el magistrado recusado no tendrá la imparcialidad necesaria para sentenciar la causa que tramite ante sus estrados.

Ocurre que la cuestión planteada se proyecta también, sobre el sistema de división de poderes plasmado en la Constitución, diseño que lejos está de fomentar la confrontación entre las personas llamadas a desempeñar cargos públicos o de propiciar roles hegemónicos para los distintos departamentos del Gobierno o alguno de sus integrantes. Tales situaciones llevarían, ni más ni menos, a la negación misma de la forma republicana y representativa que se adopta para el Gobierno en el art. 1º de la Carta Magna local. Parece una obviedad reiterarlo, pero dada la índole de la controversia que se decide, resulta imperioso recordar que los tres poderes en los que se dividen las funciones de gobierno, distintos, separados y soberanos en sus respectivas esferas de acción, son coordinados, armónicos, combinados y uniformes en la acción general de gobierno (conf. González, Joaquín V.: *Manual de la Constitución Argentina*, 28ª ed., capítulo XII: "Composición y distribución de los poderes de gobierno", parágrafo I: "División y armonía de los poderes", punto 307: "Armonía entre los poderes", p. 312, Ángel Estrada y Cía., Buenos Aires, 1983).

5. Ahora bien, en el caso que nos ocupa, la promoción por parte del GCBA de una acción de daños y perjuicios contra el titular del Juzgado Nº 2 del fuero CAyT y una asociación civil, por la suma de $ 136.876, 45 o lo que en más o en menos resulte de la prueba, más sus intereses y costas —única razón brindada en orfandad en el escrito mediante el cual se efectúa el planteo— no se exhibe, en nuestra opinión, como suficiente e idónea para validar la recusación deducida.

Ello así, puesto que a la denuncia de la existencia del mentado "pleito pendiente" sobre daños y perjuicios iniciado por el Gobierno, no se han adunado argumentos de peso que logren demostrar que, por las especiales particularidades de la citada demanda, el magistrado aludido no se encuentre en condiciones de sentenciar con imparcialidad el presente caso, donde se ventila una acción

de amparo para que se resuelva la mora de la Administración en resolver una serie de reclamos salariales iniciados por docentes de la Escuela Técnica nº 1 "Otto Krause".

Por lo demás, debe resaltarse que la exigencia de fundamentación se revela indispensable para el GCBA si con la denuncia del pleito pendiente es posible generar un escenario susceptible de impactar en un número indeterminado de expedientes que tramitan ante el juzgado a cargo del magistrado recusado, pues, a partir de la especialidad del fuero CAyT y la definición subjetiva de causa contencioso-administrativa receptada en el art. 2º del Código CAyT local —son causas contencioso-administrativas a los efectos de este Código todas aquellas en que una autoridad administrativa, legitimada para estar en juicio, sea parte, cualquiera que sea su fundamento u origen, tanto en el ámbito del derecho público como del derecho privado. La competencia contenciosa administrativa y tributaria es de orden público—, la mayor parte de ellos tienen a la Ciudad como parte. Vista la proyección con este alcance, esto es: haciendo extensiva la recusación a la totalidad de las causas, ello importaría convertir al juez recusado en un *magistrado virtual* sin competencia.

Por otro lado, una pretensión consistente en llevar adelante una recusación selectiva (sólo en los amparos) tampoco podría ser convalidada a partir de lo invocado en el caso y la total carencia de fundamentación al respecto, ya que, en definitiva, ella ya no se sustentaría en la ley, sino en el accionar puramente discrecional de la representación letrada del Estado en cada proceso. Así, también se desnaturalizaría una causal que para su procedencia no otorga relevancia al tipo de proceso (amparo, juicio de conocimiento, juicio ejecutivo, etc.) que se ventila ante el tribunal en el cual se desempeña el magistrado recusado.

Abona asimismo el rechazo del recurso incoado la doctrina sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación al rechazar la recusación interpuesta por el entonces Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación, referida al juez Carlos S. Fayt, por la misma causal invocada en estas actuaciones —tener el magistrado un pleito pendiente con el Estado, en ese caso, nacional— (*in re*: "Compañía Swift de La Plata S.A. Frigorífica c/Poder Ejecutivo Nacional", sentencia del 4/5/1999, *Fallos,* 322:701). En el citado precedente, el Alto Tribunal federal hizo hincapié en que el Estado, "en los pleitos que interviene, no defiende un interés desvinculado de los intereses generales de la comunidad" y, como lógica derivación de lo expuesto, afirmó que *no era posible*, por lo tanto, "sostener la existencia de una confrontación subjetiva que permita presumir sin más —como surge del art. 17, inc. 3º, del CPCCN— que el criterio imparcial de un juez (…) pueda verse afectado para pronunciarse en el presente caso, que no tiene relación alguna con la cuestión controvertida por dicho juez en el pleito pendiente que se invoca".

6. Por lo expuesto, no basta la concurrencia formal de la causal del art. 11, inc. 3º, CCAyT, esto es, la sola existencia de un juicio pendiente entre el GCBA y su juez para apartar a este último de las causas en que el primero es parte, cuando, por la naturaleza de su competencia, dicho apartamiento pueda ser discrecionalmente determinado en la generalidad de las causas que le estén sometidas o debieren estarlo; a menos que el recusante acredite la concurrencia en el caso de una circunstancia que, sumada a la del inc. 3º comentado o por sí sola, justificare en el recusante un razonable temor de parcialidad.

Así las cosas, el desarrollo argumentativo que se reclama en el *sub examine* por sus particularidades, y en atención a los motivos explicados en los puntos precedentes a la luz de las reglas constitucionales que legitiman la utilización del instituto de la recusación de magistrados por parte del Estado, en nuestro concepto, no se encuentra presente.

7. Por las consideraciones expuestas, corresponde declarar admisible la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA.

Así lo votamos.

El juez José O. Casás agregó:

1. Deseo aclarar, a todo evento, que la apertura del recurso de queja por la causal de gravedad institucional que suscribo en esta oportunidad de todos modos se ve facilitada por el criterio que ya he sostenido en punto a la interpretación del concepto de "sentencia definitiva" que contiene la ley de amparo local 2145, por el juego de sus arts. 20 y 22 (conf. mi voto *in re*: "Perez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Perez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'", expte. nº 5872/08, sentencia del 27/8/2008). Desde mi punto de vista, entonces, aún si no se hubiera logrado demostrar la existencia de gravedad institucional en el caso, el pronunciamiento atacado, al rechazar una recusación con causa considerada apelable por la ley de amparo 2145 (art. 20), constituye derechamente una "sentencia definitiva" a los fines del recurso de inconstitucionalidad (art. 22).

2. Por otro lado, interpretar el funcionamiento del instituto de la recusación, cuando ella es articulada por el Estado, también conduce a realizar un enfoque integrativo y sistemático de la forma de acceso y cese de los titulares de las distintas magistraturas, como de la gravitación, relaciones y preponderancia que poseen o pueden llegar a poseer las distintas ramas o poderes públicos del Gobierno de la Ciudad a partir de la forma republicana que se adopta en nuestra Carta Magna.

2.1. Es indudable que la teoría de la división de poderes, además del vasto desarrollo que alcanzara en la Ciencia Política, desde la antigüedad —en tanto se

remonta al pensamiento de Aristóteles, recalando posteriormente en John Locke (1632/1704), a través de su obra: *Ensayo sobre el gobierno civil*—, adquiere una significación específica en el constitucionalismo moderno (a partir de la Constitución del Estado de Virginia de 1776), al concebir tal instituto como una eficiente garantía de la libertad de los ciudadanos.

Así, con Charles Louis de Secondat, barón de la Brède et de Montesquieu, la doctrina alcanzó su mayor difusión a partir de la aparición del libro: *El espíritu de las leyes* (1748) en donde remarcó que cuando la suma de las funciones gubernamentales es asumida por un solo órgano o rama del gobierno, ello conduce inexorablemente al despotismo, ya que todo detentador de poder muestra una tendencia natural a intentar incrementarlo, lo cual, si se ve facilitado por las instituciones, concluye en el abuso. A fin de evitar tal inclinación, propuso como fórmula: oponer poder al poder (a la *faculté de statuer* —facultad de estatuir— contrastarla con la *faculté d'empêcher* —facultad de anular o impedir—), de lo que se deriva que, para combatir al despotismo y garantizar la libertad, es necesaria la división de poderes, la cual se logra desde que cada órgano cumpla una sola de las tres funciones —*a)* dictar las normas; *b)* dirimir los conflictos, y *c)* aplicar las leyes para el cumplimiento de la actividad propia del Estado, de mantener el orden interior defendiendo a la comunidad del extranjero, como realizando otras varias funciones de menor entidad— y quede excluido de las restantes. Tal mecanismo conjurará el peligro de concentrar la autoridad y actuará como valladar garantístico de las libertades individuales, para, así, constituirse, de futuro, en una de las premisas basales de los regímenes republicanos.

La Constitución de los Estados Unidos de América, sancionada en 1787, estructuró la organización del gobierno federal sobre la base de dicha concepción, la que fue explicada y defendida en todo su significado en los artículos escritos por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay, publicados en tres periódicos de la ciudad de Nueva York entre octubre de 1787 y mayo de 1788, todos ellos dirigidos a inclinar la balanza de la opinión pública en favor de la ratificación por parte de los Estados miembros del texto constitucional sancionado para la Unión, permitiendo, así, su entrada en vigencia. La recopilación de tales ensayos dio lugar a la célebre obra conocida como *El Federalista o la Nueva Constitución*, en la cual varios de ellos fundamentan y explicitan la doctrina de la separación de poderes, instituida por los constituyentes de Filadelfia. Se trata del ensayo XLVII, sobre: "La estructura particular del nuevo gobierno y la distribución del poder entre sus distintas partes", atribuido a Madison; el ensayo XLVIII, en que se consignó: "Estos departamentos no deben dividirse hasta el punto de impedir que se repriman mutuamente", también asignado a Madison; y el ensayo LI, titulado: "La estructura del gobierno debe suministrar

los frenos y contrapesos apropiados entre los diferentes departamentos", cuya paternidad se adjudica a Hamilton o Madison.

La necesidad de asegurar la división de poderes, tiene abolengo y tradición en la historia institucional argentina, incluso antes de alcanzar, en 1853, la organización constitucional. Es así que en los albores del movimiento emancipador, incorporados los diputados de las distintas provincias a la *Junta de Mayo*, se procedió, por bando del 23 de septiembre de 1811, a separar la potestad ejecutiva, atribuida a un Triunvirato, de la alta soberanía retenida por la *Junta Conservadora*. Un mes después, el 22 de octubre, se dictó el *Reglamento de División de Poderes*.

No tiene sentido aquí pasar revista circunstanciada a otros estatutos o reglamentos, ni a las disposiciones de las constituciones de 1819 y 1826, por haber transitado todos estos instrumentos políticos el mismo sendero.

Sobre la base de todos los antecedentes reseñados, el sistema de división o separación de poderes, mejor llamado división de atribuciones entre los órganos que componen el gobierno del Estado, tuvo plena acogida en la Constitución Argentina de 1853 y, a poco de constituida la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fallar *in re:* "Criminal. Contra Ramón Ríos (alias Corro), Francisco Gómez y Saturnino Ríos, por salteamiento, robo y homicidio, perpetrado a bordo del pailebot nacional 'Unión' en el río Paraná" —*Fallos*: 1:32—, sentencia del 4/12/1863, tuvo oportunidad de dejar establecido en su considerando segundo: "Que siendo un principio fundamental de nuestro sistema político la división del Gobierno en tres grandes Departamentos, el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, independientes y soberanos en su esfera, se sigue forzosamente que las atribuciones de cada uno le son peculiares y exclusivas; pues el uso concurrente o común de ellas harían necesariamente desaparecer la línea de separación entre los tres altos poderes políticos, y destruiría la base de nuestra forma de Gobierno".

Tampoco se puede pasar por alto que, tal como lo ha reiterado una constante jurisprudencia del Tribunal cimero "...la misión más delicada de la Justicia es la de saberse mantener dentro del ámbito de su jurisdicción, sin menoscabar las funciones que incumben a los otros poderes" (*in re*: "Víctor Francisco Rolón Zappa", *Fallos,* 308:1848, sentencia del 30/9/1986, entre muchos otros).

2.2. El Poder Judicial debe estar libre de ataduras y no encontrarse sometido a influencias opresivas, incluso implícitas —como las que pudieran derivarse de la asignación insuficiente de recursos financieros—, de otros órganos o sujetos de la acción política, como modo de garantizar su independencia. A tal efecto, sus órganos tienen carácter permanente mediante tribunales de justicia preestablecidos, reconociéndose a sus titulares, por lo general, carácter vitalicio, los que actúan como *jueces naturales*; además, la *función jurisdiccional* les

es privativa. No se admiten presiones externas, ni instrucciones o directivas acerca del modo de ejercitar el poder. Los jueces tienen *estabilidad en el cargo*, esto es, son inamovibles, salvo que queden incursos en *causal de mal desempeño*, supuesto en que sólo pueden ser destituidos mediante procedimientos especiales, rodeados de las máximas garantías. También está asegurada la *intangibilidad de sus remuneraciones*. En las condiciones preindicadas, en el estado constitucional de derecho el Poder Judicial se convierte en un custodio eficiente de la supremacía de la Constitución y del sometimiento de los poderes públicos a la ley.

2.3. Más allá de que la forma republicana, como se ha visto, deba propender, por medio de la separación de poderes, a la más plena independencia del Poder Judicial, sobre todo cuando ejercita el delicado rol de control de constitucionalidad y legalidad de la acción gubernativa —en el estado constitucional de derecho, las leyes deben conformarse a la Constitución y los poderes públicos se ven sometidos al bloque de legalidad como al control judicial suficiente—, también es necesario tener presente que es menester prevenir la tentación de que se exorbite el rol de los jueces, anulando decisiones regulares de los otros poderes públicos, adoptadas en la esfera de sus competencias, sobre la base de juicios subjetivos de mera conveniencia, a partir de interpretaciones dogmáticas de los preceptos prescindentes de la ley que puedan conducir al tan vituperado *gobierno de los jueces* (véase Lambert, Edouard: *Le gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux États-Unís – L'èxperience américaine du controle judiciaire du constitutionnalité des lois*, capítulo I: "Gouvernement par les juges et gouvernement parlamentaire. Les fondements américains du gouvernement judiciaire", pp. 8 y ss., y capítulo VIII: "La consolidation du gouvernement des juges", pp. 109 y ss., Marcel Girad, París, 1921).

Es que, dentro del contexto jurídico delineado por la Constitución nacional, las políticas del Estado deben ser el fruto de la voluntad popular, expresada por quienes son elegidos mediante el sufragio, esto es, deben emanar de los *gobernantes representativos* de que habla el art. 22 de dicho instrumento político, sobre todo teniendo en cuenta que los jueces no revestimos tal carácter a partir del modo en que somos designados y de la permanencia e inamovilidad en las funciones, en donde, por lo demás, se encuentra ausente la legitimación comicial periódica y reiterada, que otorgue la base de consenso que la democracia reclama a los gobernantes *stricto sensu* —ya que no hay representatividad sin periodicidad— (véase Oyhanarte, Julio: "El caso 'Bonfante'. La autolimitación de los jueces", *ED*, t. 57, pp. 805 y ss.).

También es preciso ponderar el *rol prevalente* de los órganos políticos depositarios de la *voluntad general*, esto dicho en la significación rousseauniana, respecto de la Legislatura e, incluso, de la Jefatura de Gobierno, en tanto, en

nuestro diseño constitucional local, se requiere de aquel que haya sido electo para ejercitar tal cargo, haber obtenido del cuerpo electoral, en primera vuelta, la mayoría absoluta de los votos, con exclusión de los en blanco y nulos (art. 96, 2º párr. de la Carta Magna). En este aspecto, no está de más tener presente la temprana afirmación contenida en el *dictum* del *Chief Justice* Morrison R. Waite, quien, dando la opinión de la Corte de los Estados Unidos de América en el fallo recaído en la causa "Munn v. Illinois", puso de relieve que: "Para la protección contra los abusos de la Legislatura, el pueblo debe recurrir a las urnas y no a los tribunales" 94 U.S., 113 (1877), ya que tal estrado no era un puerto donde se pudiera encontrar refugio contra todo acto que emanara de una legislación inoportuna u opresiva. Aserto sobre el cual volviera en forma reiterada el Tribunal cimero del país del Norte, entre otras en las causas: "Newport & C. Bridge Co. v. United States" 105 U.S., 470 (1882); "Northen Securities Co. v. United States" 193 U.S., 197 (1904) y "Red. 'c' Oil Co. v. Board of Agriculture" 222 U.S., 38 (1912). Es que ningún magistrado, por iluminado que sea, está habilitado constitucionalmente para interferir con las políticas públicas de los gobernantes representativos, salvo que sean írritamente antijurídicas por inconstitucionales o ilegales, sobre la base de la inveterada doctrina de nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha enfatizado que la declaración de inconstitucionalidad es una medida de suma gravedad institucional que debe ser considerada como *ultima ratio* del orden jurídico (*Fallos,* 314:407; 315:923; 322: 842 y 323:2409, entre muchos otros).

A este respecto, Julio Oyhanarte, criticando el activismo judicial en precedentes desviados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación —motivados por la ideología de los magistrados que los emitieron, su vanidad o ignorancia— sentenció, en su hora, pregonando que: "A veces, naturalmente, no resulta sencillo trazar una línea separativa entre el control de constitucionalidad y el empleo de juicios de conveniencia. Pero también es verdad que el sentido común, la intuición y el conocimiento del sitio que a cada uno le asignan las esferas constitucionales de competencia, permiten ver con claridad, al menos en la gran mayoría de los supuestos imaginables. Quienes sostuvieron que la fijación de cupos de producción era inconstitucional porque abría las puertas al *comunismo de Estado* [causa: 'Hileret y Rodríguez contra la Provincia de Tucumán, s/inconstitucionalidad de la ley provincial de 14 de junio de 1902 y devolución de dinero', *Fallos,* 98:20, sentencia del 5/9/1903, considerando 24], hicieron una profesión de fe ortodoxamente liberal que no les está permitida. A la inversa, cuando la Corte afirmó, en el caso 'Gregorio Morán' [*Fallos,* 171:390, sentencia del 5/9/1903], que son irrazonables las leyes impositivas que discriminan por razones de raza o de color, ejerció su delicada función de control dentro de los límites estrictos que le son propios. El que no comprenda por qué, en términos jurídicos, lo primero estuvo mal y lo segundo bien, es

mejor que se dedique a otra cosa, no al derecho" —los datos consignados entre corchetes han sido añadidos— (conf. Oyhanarte, Julio: ob. cit., parágrafo XVI, p. 811). Agrego en este punto que, en tal supuesto, resulta más aconsejable, para la salud institucional, que quienes aboguen desde el pretorio judicial por el inamovilismo a contrapelo de la legislación innovadora, o impulsen cambios radicales sin sustento normativo, desistan de tal intento por distorsionar el rol que les adjudica la Constitución y abandonen la función judicial para que, respondiendo a su vocación, desembarquen con transparencia en la arena política como ciudadanos de a pie, y sometan al escrutinio electoral las propuestas obstinadamente conservadoras o temerariamente innovativas que los inspiran.

2.4. Por lo hasta aquí expuesto, la esencia de la forma republicana de gobierno y el adecuado equilibrio de poderes, demanda, de un lado, la más plena independencia del Poder Judicial preservando un obrar libre de interferencia de los poderes políticos; pero también, de otro: evitar que la magistratura judicial desnaturalice sus competencias para invalidar leyes o decisiones del ejecutivo por atribuirles simplemente *una errónea estimación de las necesidades o aspiraciones sociales* en sentencias equiparables a derogaciones anómalas, aunque adopten la forma de pronunciamientos judiciales. Es que, aquí, frente a la pretensión hegemónica absoluta y desbordada de cualquiera de los tres poderes de la República, corresponde tener presente el *Dictum de Lord Acton* —expuesto por John Emerich Edward Dalkberg Acton (1834–1902), pensador inglés y profesor universitario de historia de las religiones en la Universidad de Cambridge—, según el cual: "Power tends tu corrupt, and absolute power corrupts absolutely", esto es: "El poder tiende a corromper y el poder absoluto corrompe absolutamente".

2.5. Se hace necesario referir aquí que la Carta Magna local ha instaurado un procedimiento específico de remoción de magistrados que se inicia con la denuncia que recibe y la acusación que formula el Consejo de la Magistratura, órgano conformado por nueve miembros —tres elegidos por la Legislatura, tres por los jueces y juezas de la Ciudad (con excepción de los integrantes de este Tribunal Superior de Justicia) y tres por los abogados de la matrícula— (conf. arts. 115 y 116, incs. 7º y 8º, CCBA).

La referida acusación se formula ante un Jurado de Enjuiciamiento que tiene a su cargo el procedimiento enderezado a la remoción por las causales fijadas en la Constitución. El Jurado también se encuentra conformado por nueve miembros —tres legisladores, tres abogados y tres jueces, siendo uno de ellos integrante de este Tribunal y Presidente del Jurado— (arts. 116, inc. 8º, 121 y 122, CCBA). El art. 123 de la Constitución, por su parte, expresa que los jueces acusados por el Consejo sólo podrán ser removidos si la decisión contare con el voto de, al menos, cinco de los integrantes del Jurado.

Como surge de la lectura de la Constitución, el Poder Ejecutivo no posee representación formal en el Consejo de la Magistratura. Tampoco en el Jurado de Enjuiciamiento. Cierto es que, de todos modos, el estamento político de la Ciudad representado por los integrantes designados por la Legislatura en cada uno de esos órganos, podría, eventual o probablemente (dependiendo de la composición parlamentaria de cada período), coincidir con el programa, decisiones y aspiraciones del Poder Ejecutivo. Pero, en definitiva, de lo expuesto se advierte que la Constitución local ha decidido reconocer a los estamentos políticos de la Ciudad —y sobre todo al Poder Ejecutivo— una *gravitación limitada* en las decisiones vinculadas al procedimiento de remoción de magistrados, al prever para estos casos que ellos se expresen por conducto de los representantes designados por la Legislatura y, asimismo, incluir en los órganos que lo llevan adelante en sus diversas etapas una idéntica representación proporcional para los abogados de la matrícula y para los jueces de la jurisdicción.

A ello cabe añadir que la exigua representación política, tanto en el Consejo de la Magistratura como en el Jurado de Enjuiciamiento, además, es probable que se vea atomizada evitando cualquier tipo de hegemonía a favor del sector que ejercite la responsabilidad de gobierno, por cuanto, a tenor de los arts. 115, inc. 1º y 121, inc. 4º de la CCBA, las designaciones que se efectúen requieren del voto de los dos tercios del total de los miembros de la Legislatura, lo que demanda de acuerdos políticos al momento de seleccionar los candidatos, lo que podría haber ocurrido con los representantes elegidos por tal estamento, en las tres oportunidades en que ha renovado sus miembros, a partir del año 1998.

Así también lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el señor fiscal general, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir* el recurso de queja interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fs. 38/46 vta.

2º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a fs. 18/35.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

En similar sentido se resolvió en la causa n° 6200/08 "GCBA s/queja por recurso de incostitucionalidad denegado en: 'Giménez Solano, Gabriela Andrea c/GCBA y otros s/recusación (art. 16 CCAyT)'" del 11/3/2009.

XXXVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'LÓPEZ, ROMINA Y ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO S/INF. ARTS. 116, 117 Y 118, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva. Beneficio de litigar sin gastos. DEFENSOR OFICIAL: Exención de depósito.

SUMARIOS:

1. No es sentencia definitiva aquella dictada en un incidente de beneficio de litigar sin gastos, porque la ley autoriza al recurrente a remediar su agravio con la presentación de una o más solicitudes como las que intentó y, por tanto, el Tribunal no resulta competente para revisarla. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás y Ana María Conde).*

2. La decisión denegatoria del beneficio de litigar sin gastos, no es la definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402, puesto que no pone fin a la controversia, ni torna imposible su continuación, y la defensa no logró demostrar que ella deba ser equiparada a tal, por irrogarle a su asistido un perjuicio de imposible reparación ulterior. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

3. No corresponde intimar al defensor oficial —órgano del Ministerio Público según la propia CCBA— para que acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6131/08 - 4/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad interpuso recurso de queja (fs. 19/27) contra la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas (fs. 17/18) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad oportunamente presentado. Este último, a su vez, fue interpuesto contra la decisión de la misma Sala que había resuelto: "Confirmar la resolución en crisis

[...] en cuanto resolvió denegar el beneficio de litigar sin gastos peticionado por la defensa" (fs. 11).

2. En el recurso de inconstitucionalidad denegado la defensa alegó, como agravios constitucionales, bajo el título "Errónea y falta de valoración de la prueba ofrecida y producida en autos. Nulidad de las resoluciones de primera y segunda instancia": *a)* que la decisión recurrida es arbitraria, porque con respecto a uno de los puntos planteados la Cámara no brindó argumento alguno, sino que sólo se remitió a un precedente del TSJ ("Ronchetti"), que no resultaba aplicable al caso; *b)* que "...ni el juez de grado, ni la cámara, tomaron en cuenta las medidas probatorias que fueron producidas en el incidente" (fs. 13 vta.); *c)* que la duda acerca de la situación económica del imputado, expresada por el juez de grado, debió resolverse a favor del solicitante, conforme jurisprudencia que cita (fs. 13 vta./14); y *d)* que el criterio del juez de grado para tener por acreditado el estado de pobreza resultó sumamente riguroso y opuesto a lo que determina la Constitución local y a lo que establece la pacífica doctrina y la jurisprudencia de la CSJN (fs. 14/14 vta.).

3. La Cámara declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad, pues entendió que, incluso si se considerara a la decisión como definitiva, el recurrente no había presentado una cuestión constitucional que permitiera acceder a esta instancia.

4. El fiscal general adjunto, en su dictamen (fs. 31/32), considera que se debe rechazar la queja intentada porque la decisión atacada mediante recurso de inconstitucionalidad no es una sentencia definitiva, ni resulta equiparable a tal. Asimismo, indicó que el recurso no expone ninguna cuestión constitucional y resaltó que no está acreditada la existencia de una sentencia arbitraria.

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La defensa no ha logrado una exposición clara de los motivos por los cuales critica el auto denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad. Más allá de que esta razón —por sí misma— me permite rechazar el recurso directo, como la sentencia dictada por la Cámara en este incidente no es definitiva, porque la ley autoriza al recurrente a remediar su agravio con la presentación de una o más solicitudes como la que intentó, el Tribunal tampoco resulta competente para revisarla (véase mi voto en "Trucco, Margarita Teresita s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Trucco Margarita Teresita c/GCBA s/beneficio de litigar sin gastos'", expte. n° 5332/07, sentencia del 14/11/2007).

2. Según lo expuse en reiteradas ocasiones (véase, *inter alia*, mi resolución como juez de trámite en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71, CC —apelación—'", expte. n° 1509/02: interpretación sistemática del art. 34, II, ley local 402 y art. 3º, inc. *a*, ley local 327), no corresponde intimar al defensor oficial —órgano del Ministerio Público según la propia CCBA— para que acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con el juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier, en que la queja debe ser rechazada.

2. La decisión que viene recurriendo la defensa, esto es, aquella que le denegó al Sr. Oniszczuk el beneficio de litigar sin gastos, no es la definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402, puesto que no pone fin a la controversia, ni torna imposible su continuación. A su vez, la defensa tampoco logró demostrar, como se verá en lo que sigue, que ella deba ser equiparada a tal, por irrogarle a su asistido un perjuicio de imposible reparación ulterior.

2.1. La defensa sostiene que la denegatoria del mencionado beneficio le impediría al Sr. Oniszczuk acceder en queja a este Tribunal y, eventualmente, a la CJSN (véase fs. 12 vta.). Ello así, porque no podría hacer frente a los depósitos de $ 1.000 y $ 5.000 que, respectivamente, afirma, le son exigibles por la articulación de esos remedios procesales.

Ahora bien, el primero de los perjuicios señalados, estos es, la imposibilidad de acceder a este Tribunal en queja, carece de toda actualidad, toda vez que este Tribunal, el 25/6/2008, trató la queja a la que hace referencia la defensa, sin que le fuese requerido al imputado, ni con su interposición ni con su resultado, monto alguno (conf. expte. n° 5737/08 "Ministerio Público —Defensoría General— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'López, Romina y Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. arts. 116, 117 y 118, CC'", expte. n° 5737/08). En cuanto al segundo, cabe señalar que será a la CSJN a quien le corresponda determinar si el monto al que se refiere la defensa deberá ser integrado como requisito de admisibilidad de la eventual queja o, con su resultado, por lo que tampoco con relación a esta cuestión la defensa logra acreditar la existencia del perjuicio que manifiesta.

3. Este Tribunal no se encuentra obligado a requerir la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402, toda vez que ello no resulta exigible de acuerdo a los fundamentos que expuse en *in re* "Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC

—apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. n° 3996/05, sentencia del 14/9/2005.

Por lo expuesto, voto por rechazar la queja.

El juez José O. Casás dijo:

1. Tal como lo expone el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, la queja interpuesta a fs. 19/27 debe ser rechazada.

2. La decisión de la Cámara que confirmó el rechazo del beneficio de litigar sin gastos (fs. 11) no es una *sentencia definitiva* en los términos del art. 27 de la ley 402. El art. 76 del CCAyT establece expresamente que "[l]a resolución que deniega o acuerda el beneficio no causa estado", motivo por el cual no se advierten, en el caso, impedimentos para que la parte interesada demuestre por nuevos medios la situación económica que invoca —considerada insuficientemente acreditada por los jueces de la causa— (*conf.* doctrina de *Fallos,* 325:2623 y 326:287, entre otros). Tampoco la defensa ha logrado demostrar que la decisión objetada genere al Sr. Oniszczuk un perjuicio de imposible o insuficiente reparación ulterior que permita asimilarla a una *sentencia definitiva* (véase mi voto *in re* "Trucco, Margarita Teresita s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Trucco, Margarita Teresita c/GCBA s/beneficio de litigar sin gastos'", expte. n° 5332/07, sentencia del 14/11/2007). En este sentido, comparto lo expuesto en el punto 2.1 del voto del doctor Luis F. Lozano, a cuyos términos me remito en homenaje a la brevedad.

Por las razones expuestas, entiendo que corresponde rechazar el recurso de queja deducido e intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ (conf. mis votos *in re*: "Empresa de Transporte Pedro de Mendoza CISA —causa n° 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. n° 724/00, resolución del 14/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 16 y ss.; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto y Márquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación—'", expte. n° 2266, resolución del 16/7/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, pp. 437 y ss.; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación—'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Coincido con lo expuesto por mis colegas preopinantes, pues la queja deducida debe ser rechazada. La resolución impugnada mediante el recurso de inconstitucionalidad, tal como lo han señalado los distinguidos integrantes del tribunal *a quo* y el fiscal general adjunto, de ninguna manera puede ser considerada una 'sentencia definitiva' y dudosamente puede equiparársela a una decisión de esa naturaleza, porque "no causa estado" (art. 76, CCAyT) y el peticionante puede intentar la obtención del beneficio denegado las veces que lo crea necesario, por nuevos medios probatorios. Todos los jueces que intervinieron en el trámite de este incidente entendieron que las pruebas que había propuesto la Defensa Oficial resultaban insuficientes para acreditar la situación de pobreza alegada. Concretamente consideraron que no se había podido determinar la verdadera situación económica del contraventor porque "ni las declaraciones testimoniales aportadas [...] ni los informes producidos [...], permiten acreditar dicho extremo" (véanse 11). Más allá de los esfuerzos argumentativos efectuados por la Defensa Oficial para plantear una cuestión de naturaleza constitucional en orden a esa conclusión, lo cierto es que toda la discusión remite y se agota necesariamente en la consideración de típicas cuestiones de hecho y prueba que resultan ajenas al conocimiento limitado de esta instancia. Frente a ello, el contraventor no ha logrado demostrar que los jueces de mérito hubieran ejercitado de manera inadecuada o absurda la facultad estimatoria que sólo a ellos incumbe para denegar su beneficio de litigar sin gastos y eso sella la suerte de la vía de excepción, pues —una vez más— ha sido el propio interesado quien no se ha preocupado por acreditar fehacientemente su imposibilidad real para costear total o parcialmente este proceso ("Ministerio Público —Defensor General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en el incidente de beneficio de litigar sin gastos en 'Oniszczuk, Carlos Alberto s/inf. ley 255 —apelación—'", expte. nº 5463/07, resoluciones del 20/2/2008 y del 23/4/2008).

Corresponde, entonces, rechazar la queja e intimar al recurrente para que integre el depósito de ley, bajo apercibimiento de ejecución.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja interpuesto a fs. 19/27 fue deducido en tiempo (art. 33, ley 402). Sin embargo, no puede prosperar.

2. La defensa no ha logrado exponer de forma concreta, clara y ordenada la crítica a los motivos por los que la Sala I de la Cámara consideró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado (conf. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa 665-CC/2000— s/queja por denegación

de recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 865, resolución del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 92 y ss.).

En ese sentido, la presentación directa prácticamente se limita a reiterar los planteos efectuados con anterioridad en los recursos de apelación e inconstitucionalidad, pero sin rebatir argumentativamente las razones expuestas por la Cámara para denegar su recurso, a saber: *a)* que era dudoso que la decisión en crisis fuera susceptible de irrogar un perjuicio irreparable que permitiera equipararla a sentencia definitiva; y *b)* que los agravios de la defensa no presentaban una cuestión constitucional (fs. 18).

3. Dado que ya me he manifestado a favor de la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la defensa oficial, a tal respecto remito a mi opinión en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40, CC —apelación—'", expte. n° 2212, resolución del 11/6/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63 CC, apelación'", expte. nº 2197, resol. del 10/9/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Echagüe, Damián s/violar luz rojas y otra'", expte. nº 2279, resolución del 30/9/2003; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Prescava, David Daniel s/art. 189 bis, C.P.'", expte. n° 3562/04, resolución del 25/2/2005.

Por estas razones, voto por rechazar el recurso de queja intentado.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 19/27.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XXXIX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GALLI, ANDREA CAROLINA Y OTROS C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Es una exigencia ineludible para habilitar la instancia extraordinaria a que se refiere el art. 14 de la ley 48, que los agravios planteen una cuestión que exija la interpretación de regla constitucional o federal, de modo que no pueden admitirse las objeciones que se vinculan con la interpretación y valoración del escrito de demanda en relación con la normativa infraconstitucional aplicable a la decisión de la causa. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

2. No puede admitirse que, ante la ausencia ostensible de cuestión federal, la actora procure introducirla merced a la doctrina de la sentencia arbitraria, pues la admisibilidad del recurso extraordinario federal por esta causal es estricta. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

3. Dado que el criterio adoptado por los magistrados que integraron la mayoría en la anterior instancia generó la violación del principio de congruencia y la consecuente afectación de las garantías de defensa en juicio y debido proceso de la parte demandada, situación lesiva que continúa subsistente al día de hoy, habida cuenta que en dicha oportunidad este Tribunal decidió, por mayoría, rechazar la impugnación constitucional deducida por la accionada, corresponde conceder el recurso extraordinario federal interpuesto por el Gobierno local. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 5925/08 - 4/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) interpuso a fs. 112/132 vta. recurso extraordinario federal contra la resolución de fecha 20/11/2008 (fs. 74/88) por la que el Tribunal, por mayo-

ría, dispuso "(r)echazar el recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" deducido contra la sentencia dictada por la Sala II el día 9/10/2007 en los autos principales, cuya copia obra a fs. 26/31 vta. de esta queja.

2. La parte actora contestó el traslado conferido y solicitó el rechazo del recurso (fs. 136/139).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

El recurso extraordinario federal fue deducido en tiempo hábil por el GCBA.

Ahora bien, en la sentencia dictada el 20/11/2008 consideré que el criterio adoptado por los magistrados que integraron la mayoría en la anterior instancia había generado la violación del principio de congruencia y la consecuente afectación de las garantías de defensa en juicio y debido proceso de la parte demandada, situación lesiva que continúa subsistente al día de hoy, habida cuenta que en dicha oportunidad este Tribunal decidió, por mayoría, rechazar la impugnación constitucional deducida por la accionada.

En consecuencia —y al igual que en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 5904/08, resolución de fecha 5/2/2009— voto por conceder el recurso extraordinario federal interpuesto por el Gobierno local.

El juez José O. Casás dijo:

Al emitir mi voto en la sentencia de fecha 20/11/2008 (obrante a fs. 74/88), entendí que en el caso se había producido una afectación del derecho de defensa y de la garantía constitucional del debido proceso que asiste a la parte demandada (art. 18, C.N.). En tanto el presente recurso extraordinario federal ha sido interpuesto contra una sentencia definitiva, ha sido articulado en tiempo hábil y se encuentra debidamente fundado, por razones de congruencia estimo que ahora corresponde habilitar la instancia de excepción ante los estrados de la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante la concesión del presente recurso (véase en el mismo sentido mi voto *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 5904/08, resolución de fecha 5/2/2009).

Así lo voto.

Los jueces Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz dijeron:

1. El recurso deducido por el GCBA resulta sustancialmente análogo al intentado por dicha parte en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 5904/08, de fecha 5/2/2009, por lo que vale aquí efectuar consideraciones similares a las vertidas en dicha oportunidad.

2. En efecto, él fue interpuesto en tiempo oportuno, mas resulta inadmisible por varias razones.

La primera de ellas, porque el recurrente no plantea una cuestión de índole federal. El escrito recursivo parece centrar su crítica al fallo del Tribunal en lo siguiente: "...cabe destacar que los agravios vertidos por mi representada no fueron tratados por la mayoría del Tribunal, que a la alegada arbitrariedad de la sentencia de la Cámara en virtud de su contradicción con otra emanada de la misma sala, y contemporánea a la misma, le dedicó una atención tan solo aparente" (fs. 129). Pretende que tal omisión convierte la sentencia en arbitraria y lesiona sus derechos de defensa en juicio, al debido proceso y a la igualdad (fs. 129 vta.). No obstante, el propio recurrente señala los párrafos dedicados por los jueces que conformaron la mayoría a esa cuestión (fs. 129 vta.).

La lectura del fallo apelado pone en evidencia que el recurso del GCBA intentó someter a consideración del Tribunal el alcance que cabía dar a ciertas expresiones del escrito de demanda, y expuso su disconformidad con la interpretación que de ellas efectuara la Cámara, en atención a que en otro pronunciamiento de igual fecha y en un asunto similar la misma Sala interpretó esos términos de modo diferente. A su turno, la decisión del Tribunal no omitió la consideración de ese agravio. Tanto los jueces que conformaron la mayoría y desestimaron la trascendencia del planteo para invalidar la sentencia (véase voto del juez Julio B. J. Maier, fs. 84/85, punto 6; voto del juez Luis F. Lozano, fs. 86/88, punto 3), como uno los magistrados que, por la minoría, estimó relevante el cuestionamiento (voto del juez José O. Casás, fs. 79/80, punto 2) dieron tratamiento a esa cuestión. No se advierte, entonces, la falta de tratamiento del agravio indicada en el recurso. Simplemente, el Tribunal lo resolvió en forma adversa al interés del GCBA.

Por lo demás, el agravio no plantea una cuestión que exija la interpretación de regla constitucional o federal alguna, exigencia ineludible para habilitar la instancia extraordinaria a que se refiere el art. 14 de la ley 48. Las objeciones se vinculan —como quedó expuesto— con la interpretación y valoración del escrito de demanda en relación con la normativa infraconstitucional aplicable —de manera alguna de índole federal— a la decisión de la causa.

Cabe recordar, en este orden de ideas, que los asuntos de esta naturaleza son, por regla, ajenos al control de la Corte Suprema por la vía del recurso extraordinario federal (*Fallos,* 285:410; 286:87; 291:356; 308:551, entre otros), pues el respeto a las autonomías locales requiere que se reserve a sus jueces el conocimiento y decisión definitiva de las causas que, en lo sustancial, versan sobre la interpretación y aplicación de las leyes y disposiciones de orden local (*Fallos,* 289:336; 293:226; 296:642; 311:2004; 323:1217, entre muchos otros), que —como se vio— ocurre en este proceso.

Además, la sola mención de preceptos constitucionales no basta para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) ya que la relación directa entre lo debatido y decidido y la cuestión que se reputa federal, que la ley exige, existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268:247). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque esté directa e inmediatamente regido por reglas de derecho que no son federales (*Fallos,* 310:2306). Y, en este punto, la recurrente —se insiste— no logra conectar las cuestiones debatidas y resueltas en la causa con una regla de derecho federal.

3. Ante la ausencia ostensible de cuestión federal, la actora procura introducirla merced a la doctrina de la "sentencia arbitraria". La admisibilidad del recurso por esta causal es estricta según lo señala la CSJN, creadora de esta doctrina: "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos*: 312:246; 389, 608; 323:2196, entre otros).

El recurso, en relación con este agravio, también es inadmisible en tanto, como fue dicho, se sostiene, básicamente, en la discrepancia del GCBA con la interpretación efectuada por el Tribunal en su sentencia de los escritos, las pretensiones y las reglas locales y de derecho común aplicadas para fundar su decisión (conf. doctrina de *Fallos,* 114:42; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, 1757, entre muchos otros).

4. Por lo demás, tampoco puede tenerse por cumplidos los extremos requeridos por los arts. 2°, inc. i) y 3º, incs. b), d) y e) del reglamento aprobado por la acordada 4/2007 de la CSJN. Así, el GCBA omitió dar en la carátula (art. 2°) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole

federal (inc. i). Y, como se observó en los párrafos precedentes, en oportunidad de desarrollar los fundamentos del recurso, el recurrente no cumplió con las exigencias del art. 3°, relativas a la cuestión federal (incs. b, d y e). Además, el escrito no efectúa (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (inc. d).

5. Por los motivos expuestos, el recurso extraordinario intentado no puede prosperar. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

Por ello, y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 88, punto 3.

Fdo.: *Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier y José O. Casás.*

XL

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GARCÍA, JUAN FERNANDO S/INF. ART. 89, VENDER ALCOHOL EN HORARIO NOCTURNO (DE 23 A 8 HS.), CC'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva.
Extinción de la acción contravencional.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe ser rechazado porque la decisión de la Cámara en tanto revocó la declaración de extinción de la acción contravencional, que la defensa atacó a través de su recurso de inconstitucionalidad, no constituye la sentencia definitiva de este proceso. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier.*

En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casas y Ana María Conde).

2. No existen decisiones que puedan ser asimilables a una sentencia definitiva a los fines del recurso previsto en el art. 113, inc. 3º, de la Constitución local, pues el art. 27 de la ley 402 sólo permite el recurso de inconstitucionalidad una vez lograda la sentencia que finaliza el juicio de mérito. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier*).

3. La ley sólo concede dos instancias para opinar y decidir sobre la suspensión del juicio, las de los tribunales del mérito, instancias que son "dueñas" de la decisión acerca de esa suspensión y sus consecuencias, únicas facultadas por la ley procesal a interpretar y aplicar las normas contravencionales —comunes— que regulan ese instituto y, salvo casos excepcionales de competencia originaria, el TSJ carece de esa facultad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Debe rechazarse el recurso de queja, pues el recurso de inconstitucionalidad que pretende defender no está dirigido a cuestionar una sentencia definitiva o que el recurrente demuestre que debe ser equiparada a tal en razón de la naturaleza del derecho invocado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. Si bien, las decisiones que no ponen fin al pleito o que ordenan su continuación no son, en principio, equiparables a definitiva, la decisión que revocó la declaración de extinción de la acción contravencional escapa a la regla general y justifica la equiparación, porque de asistir razón a la defensa, el imputado estaría siendo privado de un sobreseimiento legítimo. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz*).

7. El art. 45 del CC establece que cumplido el compromiso sin que el imputado cometa alguna contravención, se extingue la acción, y a partir del plexo de garantías que rigen el debido proceso penal, esa previsión legal sólo puede implicar que la nueva contravención se verifica como tal a partir de una sentencia condenatoria firme dictada también dentro de ese lapso; esto es durante el transcurso del plazo de suspensión. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. La obligación dirigida a los jueces de interpretar la ley de la manera más restrictiva posible —consecuencia obligada del principio de legalidad material— les impone descartar cualquier posibilidad de ampliar, por vía de la hermenéutica judicial, el poder punitivo estatal habilitado por las normas emanadas del órgano legislativo. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6169/08 - 4/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad interpuso recurso de queja (fs. 33/44) contra la resolución de la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas del 23/9/2008 (fs. 29/30) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 19/25) intentado, a su vez, contra la decisión de la Cámara del 14/4/2008, que hizo lugar a la apelación interpuesta por la fiscalía y, en consecuencia, revocó la resolución de primera instancia que —en tanto había considerado cumplido el acuerdo de suspensión del juicio a prueba homologado en esta causa— había declarado extinguida la acción contravencional seguida contra Juan Fernando García, en razón de la contravención prevista en el art. 89, CC (fs. 14/17).

2. En el recurso de inconstitucionalidad la defensa denunció, básicamente, que la decisión de la Cámara vulneró el principio de legalidad —en especial la regla de máxima taxatividad legal e interpretativa— al restringir indebidamente el alcance del instituto de la suspensión del proceso a prueba, previsto a favor del imputado. En particular, señaló que la Cámara había forzado la letra de la ley (art. 45, CC) al entender que el dictado de una condena que adquirió firmeza con posterioridad al plazo fijado en el período de prueba era suficiente para revocar la suspensión.

3. Los integrantes de la Sala III declararon inadmisible el recurso de inconstitucionalidad porque, aunque consideraron que la resolución en crisis puede asimilarse a una sentencia definitiva, la presentación no expone un caso constitucional (fs. 29/30).

4. El fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja porque la decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad no es la definitiva —y tampoco resultaba equiparable a ella— y, además, porque no se ha configurado un caso constitucional (fs. 48/50).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La queja cumple con los requisitos básicos que fija la ley 402. Sin embargo, ella debe ser rechazada porque la decisión que la defensa atacó a través

de su recurso de inconstitucionalidad no constituye la sentencia definitiva de este proceso, según lo expresa el fiscal general adjunto.

2. Por lo demás, como ya expuse en múltiples sentencias (véase, por ejemplo, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ponzoni, Manuel Eduardo s/inf. art. 189 *bis* tercer párrafo del C.P.'", expte. n° 4170, sentencia del 5/6/2006, entre otras), ni siquiera considero que existan decisiones que puedan ser asimilables a una sentencia definitiva a los fines del recurso previsto en el art. 113, inc. 3º, de la Constitución local. El art. 27 de la ley 402 sólo permite el recurso de inconstitucionalidad una vez lograda la sentencia que finaliza el juicio de mérito. Y, a decir verdad, esa regulación resulta absolutamente racional para un tribunal extraordinario —que no es el tribunal de mérito—, pues el defecto puede subsanarse durante el procedimiento, incluso por un resultado final favorable al perjudicado por el vicio.

Observado el caso desde otro ángulo de visión, la ley sólo concede, a lo sumo, dos instancias para opinar y decidir sobre la suspensión del juicio, las de los tribunales del mérito, instancias que, por así decirlo, son "dueñas" de la decisión acerca de esa suspensión y sus consecuencias, únicas facultadas por la ley procesal a interpretar y aplicar las normas contravencionales —comunes— que regulan ese instituto. Por lo contrario, salvo casos excepcionales de competencia originaria, el TSJ carece de esa facultad.

3. Más allá de que se ha concedido un beneficio de litigar sin gastos (fs. 52/55), reitero que, según lo expuse en varias ocasiones (véase, *inter alia*, mi resolución como juez de trámite en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71, CC —apelación—'", expte. n° 1509/02: interpretación sistemática del art. 34, II, ley local 402 y art. 3º, inc. a, ley local 327), no corresponde intimar para que se acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja, relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado, dado que ha sido interpuesto, a favor de su pupilo, por la defensa oficial, órgano del Ministerio Público según la propia CCBA.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con el juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier, en que la queja deducida a fs. 33/44 debe ser rechazada, pues el recurso de inconstitucionalidad que pretende defender no está dirigido a cuestionar una sentencia definitiva o que el recurrente demuestre que debe ser equiparada a tal en razón de la naturaleza del derecho invocado, puesto que lo relativo a la afectación del principio de legalidad, fundada en que "…la consideración efectuada por la Cámara de

Apelaciones respecto de la comisión de una nueva contravención, que obstaría a la declaración de extinción de la acción contravencional por cumplimiento de las condiciones impuestas, deriva de una exégesis arbitraria de la norma citada…", no busca proteger un derecho sólo susceptible de tutela inmediata, a la vez que el planteo sería susceptible de corrección ulterior, si reuniera los requisitos del recurso intentado (art. 27, LPTSJ).

2. En relación a la integración del depósito previsto en el art. 34 de la ley 402, sin perjuicio de lo dicho en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005, en el caso no resulta exigible en razón de encontrarse concedido un beneficio de litigar sin gastos a favor del recurrente (fs. 52/56).

Por ello, voto por rechazar la queja deducida a fs. 33/44.

El juez José O. Casás dijo:

1. Tal como lo propone el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, la queja presentada a fs. 33/44 debe ser rechazada pues el recurso de inconstitucionalidad que la queja interpuesta a fs. 39/51 viene a defender no se dirige contra una *sentencia definitiva* (art. 27, ley 402). En efecto, la decisión que la defensa pretende impugnar se limitó a revocar la declaración de extinción de la acción contravencional, sobreseyendo a Juan Fernando García en orden a la contravención que se le imputara (art. 89, CC).

Resulta aplicable, entonces, la constante jurisprudencia de este Tribunal que sostiene que, por regla, las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf., entre otros, "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/infracción ley 255 —apelación—'", expte. n° 3338/04, resolución del 1º/12/2004, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. VI-B, pp. 1201 y ss.).

2. Por otra parte, como lo señala el señor juez Luis F. Lozano en su voto, la defensa no ha dado argumentos suficientes que autoricen a considerar que la decisión recurrida pueda ser *equiparada* a una *sentencia definitiva,* con fundamento en la garantía que se invoca.

En suma, la resolución impugnada no pone fin al pleito ni impide su prosecución y lo que se pretende es evitar la realización del debate, sin que se acredite la existencia en el caso de algún perjuicio de insuficiente o imposible reparación ulterior. En ese sentido, la queja no logra poner de resalto motivo

alguno que permita apartarse de la constante jurisprudencia de este Tribunal, aplicable al caso (conf. este Tribunal *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Benítez, Sergio David s/art. 189 bis del C.P.'", expte. n° 4994/06, resolución del 23/5/2007; "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 5— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Erice, Fabián; Erice Ariel y otros s/inf. arts. 116 y 117 ley 1472'", expte. n° 5285/07, resolución del 12/9/2007, y "Tejerina, Víctor Ángel s/inf. art. 81, CC, oferta y demanda de sexo en espacios públicos recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 6033/08, resolución del 3/12/2008).

3. Corresponde, en consecuencia, rechazar la queja interpuesta a fs. 33/44. En cuanto al depósito que reclama la queja vencida, toda vez que el recurrente ha acreditado haber obtenido un beneficio de litigar sin gastos (fs. 52/56), su integración no resulta exigible (art. 34, 2º párr., ley 402).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Tal como lo expone el señor juez de trámite, Julio B. J. Maier, la queja debe ser rechazada, porque el recurso de inconstitucionalidad que ella viene defendiendo no se dirigió contra una sentencia definitiva, en los términos del art. 27 de la ley 402, ni —agrego— contra un auto que *excepcionalmente*, por sus efectos, deba ser equiparado a una decisión de esa naturaleza. Esto último, porque, tal como lo expone mi colega preopinante, Luis F. Lozano, el quejoso no denuncia una afectación a una garantía o derecho constitucional que sólo sea susceptible de una "tutela inmediata", de manera tal que pueda equipararse ese pronunciamiento a uno definitivo (v. gr., *ne bis in idem*).

Una vez más no puedo dejar de señalar que el recurrente fundamenta su presentación sobre la base de una caprichosa e injustificada equiparación entre la —usualmente conocida como— *probation* contravencional y penal, entre una y otra materia sin mayor fundamento que su mero convencimiento, entre las resoluciones que eventualmente ponen fin al proceso o generan un gravamen de insuficiente reparación ulterior y las que —por lo contrario— no hacen más que ordenar la continuación "normal" del proceso y —por ende— no provocan perjuicio alguno, y entre las distintas competencias que la ley o la Constitución local le asigna a los diferentes tribunales que existen en esta Ciudad. En ese sentido, coincido con el señor juez de trámite en orden a que la ley sólo concede dos instancias de mérito para opinar, interpretar y aplicar las normas infraconstitucionales que regulan el instituto de la suspensión del proceso a prueba en materia contravencional y —en principio— salvo que se denuncie concretamente el absurdo manifiesto de una determinada exégesis

legal, se demuestre una contrariedad absoluta con algún principio o garantía constitucional o se ponga de resalto el desconocimiento irrazonable del texto normativo, esa opinión, interpretación o aplicación es de resorte exclusivo de los jueces de mérito.

A modo de o*biter dictum* no alcanzo a comprender de qué manera se intentó argumentar —seriamente— que el magistrado no podía considerar la sentencia de condena dictada por un hecho contravencional indudablemente cometido durante el período de suspensión acordado y que —según nadie lo discute— adquirió firmeza el día 17/3/2008, es decir, con posterioridad a que venciera el mencionado período de prueba, cuando el presunto contraventor recién terminó por cumplir el compromiso acordado —según nadie lo discute tampoco— el día 1º/4/2008, esto es, mucho tiempo después de que venciera este período de suspensión libremente convenido por el interesado y mucho tiempo después —asimismo— de haber sido condenado en otro proceso por un hecho similar. En todo caso, más allá del acierto o error del razonamiento del juez de grado, pareciera que aquí existió una prórroga implícita del plazo de suspensión, porque si se entendiera lo contrario esa *probation* debió ser revocada frente al incumplimiento (parcial) señalado, con independencia de la condena considerada por la alzada. En consecuencia, a la fecha en la que el magistrado de primera instancia declaró extinguida la acción y sobreseyó al imputado por el cumplimiento del acuerdo (el día 13/5/2008) no era posible que considerara aisladamente una circunstancia (el cumplimiento total de las reglas de conducta) y no la otra (la comisión de una nueva contravención).

Por todo lo expuesto, voto por rechazar la queja interpuesta.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por la defensa del Sr. García es formalmente admisible y contiene una crítica fundada y acertada del auto denegatorio.

2. En primer lugar, debo señalar que el recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto contra una resolución equiparable a definitiva, tal como la Cámara reconoce en el punto 1 de la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad (fs. 30).

Si bien, las decisiones que no ponen fin al pleito o que ordenan su continuación no son, en principio, equiparables a definitiva, el caso en análisis escapa a la regla general y justifica la equiparación. Y ello porque de asistir razón a la Defensa, el Sr. García estaría siendo privado de un sobreseimiento legítimo.

3. Corresponde ahora analizar los agravios planteados en el recurso de inconstitucionalidad.

La cuestión a decidir es si la suspensión del proceso a prueba puede ser revocada con el argumento de que el beneficiario habría cometido una nueva contravención durante el plazo de suspensión, aun cuando la condena firme por esa nueva contravención hubiera sido dictada con posterioridad a su vencimiento.

En estas actuaciones el señor titular del Juzgado Contravencional Nº 10 dictó el día 9/1/2008 una suspensión del proceso a prueba a favor del Sr. García por el plazo de dos meses (fs. 15).

El día 17/3/2008 adquirió firmeza una sentencia condenatoria del Sr. García dictada por el Juzgado Nº 21, en virtud de otro hecho.

El 13/5/2008 el juez resolvió declarar extinguida la acción contravencional y sobreseer al Sr. García porque "a la fecha de expiración del 9 de marzo (…) no había condena firme por parte del Juzgado Nº 21" (fs. 3, el destacado me pertenece).

Posteriormente, el 24/7/2008, a raíz de la apelación de la fiscalía, la Sala III revocó la resolución del señor juez de grado "ya que el imputado cometió una nueva contravención por la que fue condenado por sentencia firme durante la suspensión del proceso a prueba acordada en autos" (fs. 16).

En otros términos, de la afirmación que se transcribe arriba se sigue que, a criterio de la Cámara, el requisito de una sentencia firme que condene por la comisión de una nueva contravención no es necesario.

4. El art. 45, CC, en lo que aquí interesa, establece: "Cumplido el compromiso sin que el imputado/a cometa alguna contravención, se extinguirá la acción. En caso contrario, se continuará con el proceso".

5. La interpretación realizada por la Cámara sobre la cuestión aquí debatida, se aparta de los principios que deben regir toda interpretación en materia de garantías, en especial el *pro homine*.

El texto de la norma ya citado establece que cumplido el compromiso sin que el imputado cometa alguna contravención, se extinguirá la acción. A partir del plexo de garantías que rigen el debido proceso penal, dicha previsión legal sólo puede implicar que la nueva contravención se verifica como tal a partir de una sentencia condenatoria firme dictada también dentro de ese lapso —esto es durante el transcurso del plazo de suspensión—, lo que claramente no ocurrió en esta causa.

Es necesario recordar aquí que la obligación dirigida a los jueces de interpretar la ley de la manera más restrictiva posible —consecuencia obligada del principio de legalidad material— les impone descartar cualquier posibilidad de ampliar, por vía de la hermenéutica judicial, el poder punitivo estatal habilitado por las normas emanadas del órgano legislativo.

6. Por lo expuesto voto por admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, declarar extinguida la acción contravencional y, en consecuencia, sobreseer al Sr. Juan Fernando García.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 33/44.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier y José O. Casás.*

XLI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ESQUIVEL PIZARRO, LADEMIR DE LA CRUZ C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Arbitrariedad de sentencia. AMPARO: Requisitos. Arbitrariedad o ilegalidad manifiestas. VENTA DE BARATIJAS DE MERA SUBSISTENCIA: Autorización. Código de Habilitaciones y Verificaciones. USO DEL ESPACIO PÚBLICO. PODER JUDICIAL: Principio de división de poderes. Cuestiones de oportunidad, mérito o conveniencia.

SUMARIOS:

1. Se configura un supuesto de arbitrariedad de sentencia —en el sentido técnico del término—, que afecta el derecho de defensa en juicio de la demandada, si se verifica un déficit en su fundamentación derivado de la omisión de tratamiento de distintas cuestiones conducentes para resolver el pleito, que impide considerarla una derivación razonada del derecho vigente a la luz de las circunstancias comprobadas de la causa (arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Corresponde rechazar la acción de amparo intentada si más allá de las afirmaciones por demás genéricas vinculadas al derecho a trabajar y a la garantía de igualdad, el actor no aportó pruebas conducentes ni argumentos jurídicos idóneos para acreditar el accionar estatal lesivo que denuncia, ni logró

demostrar que la supuesta omisión de regulación de la actividad de venta de baratijas para mera subsistencia que se atribuye al Estado pueda calificarse como arbitraria o ilegal. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

3. Los jueces rebasarían ampliamente el ámbito de control que permite ejercer la Constitución en el Estado de derecho si, al resolver un juicio, decidieran indagar acerca del mérito y conveniencia que podría tener para un vecino (o determinado grupo) la sanción o derogación de una ley, pues ése no es el rol que la Constitución asigna al Poder Judicial. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

4. La regulación legal específica que se refiere a las formas de autorización que habilitan el desarrollo de actividades comerciales que puedan interferir con el uso de los espacios públicos se encuentran contenidas en el Código de Habilitaciones y Verificaciones, no en el CC, que contiene el catálogo de conductas que el legislador local considera a tal punto inaceptables para la convivencia como para establecer, incluso, respuestas punitivas que prevén la privación de libertad. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

5. Basta para decidir el rechazo del amparo la existencia de una norma legal que prohíbe con carácter general el ejercicio de actividad comercial en el espacio público sin el otorgamiento de un permiso especial por parte de la Administración, que en la especie no fue solicitado a la autoridad competente. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

6. El creciente fenómeno de la venta callejera en el ámbito de la Ciudad presenta diversas aristas, cada una de ellas con su particular grado de complejidad, pero la respuesta a estos problemas es improponible al Poder Judicial, y no puede pretenderse bajo la apariencia de un caso, que se decida en forma casuística e inorgánicamente acerca de la oportunidad, mérito y conveniencia de una determinada regulación legal, en reemplazo de la necesaria intervención de los poderes políticos. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

7. La ausencia de sanción penal o retributiva prevista para una conducta no supone admitirla en un espacio público, esto es, un espacio que por la condición referida está sujeto a un uso regulado de modo, aunque amplio, especial, con el preciso propósito de que todos podamos gozar de él por igual. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Más allá de sus posibles interpretaciones, el Código de Habilitaciones y Verificaciones exige con toda claridad requerir a la autoridad administrativa, que es aquella a la que la CCBA reserva el ejercicio de funciones de esta especie, una habilitación para desarrollar actividades comerciales de cualquier tipo en el espacio público. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. El proceso de amparo, como cauce procesal que brinda soporte a la intervención judicial, no escapa a la necesidad de que el planteo formulado

por esa vía configure un caso, y la regla que impone su existencia procede, al igual que el amparo de la propia constitución (arts. 106 y 14, CCBA). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. La ampliación ilimitada de los asuntos que pueden ser llevados ante un estrado judicial, por extender el concepto de causa a situaciones que todavía no han llegado al nivel necesario de concreción puede llevar a que los jueces se atribuyan el entendimiento de cuestiones que no les corresponden. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. Cabe hacer lugar al recurso de queja si la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad solo reproduce consideraciones genéricas, las cuales no están acompañadas de ninguna consideración adicional que los aclare, explique o vincule, de manera particularizada, con el recurso denegado. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. La tacha de arbitrariedad de una sentencia debe ser analizada de modo estricto, pues la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su decisión, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

13. Corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad si los argumentos que propone el Gobierno no demuestran la afectación de ningún principio constitucional, toda vez que sólo refieren al desacuerdo del recurrente en cuanto a la interpretación de una norma infraconstitucional (art. 11.1.2. del Código de Habilitaciones y Verificaciones) y a una equivocada lectura de los efectos de la decisión de la Cámara. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

14. Corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad si la invocación por el recurrente de reglas constitucionales representa tan sólo una mera apariencia, pues en verdad, se trata de una discrepancia sobre la solución del caso según reglas de derecho común y, equivocada o no, rige la sentencia de mérito. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

15. El derecho constitucional a trabajar y a ejercer una industria lícita (C.N., 14) no puede fundar un recurso de la Administración pues, a todas luces, se trata de un derecho de los ciudadanos frente al Estado que, eventualmente, lo lesiona o lo niega. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 6162/08 - 5/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Lademir de la Cruz Esquivel Pizarro (en adelante, el "Sr. Pizarro") inició acción de amparo contra el GCBA tendiente a que se ordenase a éste se

abstuviera de decretar clausuras o tomar otras medidas que afectasen su labor comercial y tuvieran base en la inexistencia de habilitación para venta ambulante de baratijas, actividad desarrollada por el actor (fs. 21/24 vta.).

El amparista relató que su actividad se vio entorpecida en los meses previos a la interposición del amparo de autos, con motivo de diversos operativos efectuados por la Policía Federal Argentina a través de la Comisaría 7ma. perteneciente a la jurisdicción de Once y que temía que se le labraran actas de comprobación y se le secuestrara mercadería.

Destacó que no existe una reglamentación de la venta ambulante de baratijas sino que sólo la hay para la venta ambulante de alimentos, que requiere la tramitación de un permiso ante la Dirección General de Higiene y Seguridad Alimentaria dependiente del GCBA. Explicó que la mora de la Administración al no reglamentar la actividad que realiza, afecta su derecho de trabajar y de ejercer industria lícita.

Asimismo, expresó que su trabajo, único medio de subsistencia del que dispone para mantener a su familia, no constituye una contravención de conformidad con el art. 83, tercer párrafo del CC de la Ciudad.

2. A fs. 26/29 vta., el GCBA contestó demanda. Manifestó: *i)* que la venta en la vía pública se encuentra, en principio, prohibida y que sólo puede accederse a ella mediante la concesión de un permiso precario otorgado por la Administración; *ii)* que el derecho a trabajar se ejerce de conformidad con las leyes que reglamentan su ejercicio y que el uso y goce de bienes del dominio público por los particulares, debe tener lugar en las condiciones previstas por las leyes; *iii)* que el art. 83 de la ley 1472 se refiere al uso indebido del espacio público y que "(...) es obligación de la Administración verificar si el actor cumple con los requisitos pertinentes para el ejercicio de su actividad, usando debidamente un espacio público, sin que implique una competencia desleal efectiva con los comerciantes de la zona..." (fs. 27 vta.).

Por último, el Gobierno cuestionó la admisibilidad de la acción de amparo. Dijo que el actor no había efectuado reclamo alguno ante la Administración a efectos de obtener el otorgamiento de un permiso para vender en la vía pública. También adujo que atento la presunción de legitimidad de la que gozan todos los actos administrativos, se requería practicar una actividad probatoria, discusión y análisis mucho más amplio, puntilloso y pormenorizado que el que posibilita la acción de amparo.

3. En primera instancia, se rechazó el amparo, con costas por su orden (fs. 31/32 vta.).

4. Apelado tal pronunciamiento por el actor, la Cámara (fs. 36/38 vta.) resolvió: "*1)* hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el accionante, revocar el pronunciamiento apelado y, en consecuencia, hacer lugar a la acción de amparo incoada, ordenando al GCBA que se abstenga de llevar adelante cualquier medida que pudiese afectar la actividad laboral del accionante, en tanto ésta consista en la venta de los productos antes mencionados —o similares— con sustento en la inexistencia de habilitación, ello hasta tanto dicha actividad sea expresamente regulada por la Legislatura de la Ciudad y se establezca, por vía legal, el procedimiento que éste deberá seguir para obtener el correspondiente permiso; *2)* imponer las costas en ambas instancias por su orden, en atención a que, como se puso de resalto, la cuestión debatida es de difícil interpretación (art. 14, CCBA)".

Los magistrados expresaron (fs. 37 vta.) que "(...) más allá de que existe una dificultad interpretativa entre, por un lado, las disposiciones del Código de Habilitaciones y Verificaciones y, por el otro, el CC, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires la venta de productos alimenticios en la vía pública se encuentra expresamente prohibida salvo que, a tal efecto, se obtenga un permiso de uso en los términos detallados en el Capítulo 1.11 del Código de Habilitaciones y Verificaciones." Agregaron (fs. 37 vta.) que "[s]in embargo, y también de acuerdo con el marco legal previamente detallado, tal prohibición no resulta extensible (...) a la venta de baratijas cuando, además, esa actividad constituye una venta de mera subsistencia". Y señalaron (fs. 38) que "(...) toda vez que no existe hasta el momento una regulación de origen legal para la venta de baratijas en la vía pública cuando, a su vez, esa actividad puede ser calificada como 'de mera subsistencia', es evidente que el derecho cuya tutela el amparista persigue —en el caso, el derecho a trabajar— no puede ser restringido por un acto de alcance particular".

5. Contra la resolución de fs. 36/38 vta., el GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 39/46).

6. La Sala I denegó el recurso de inconstitucionalidad deducido por la Ciudad (fs. 9/10). Los magistrados consideraron que el recurrente no había logrado exponer un caso constitucional y que la sentencia recurrida no podía ser calificada como arbitraria.

7. Contra la resolución de fs. 9/10, el GCBA interpuso la queja que tramita en autos (fs. 13/18).

8. El señor fiscal general adjunto emitió dictamen a fs. 58/60 vta., propiciando el rechazo de la presentación directa.

9. A fs. 62 fueron requeridos los autos principales, caratulados "Esquivel Pizarro, Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", que tramitan bajo el expte. nº 24.309/00, que se recibió en el Tribunal el 26/11/2008.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja fue deducido en tiempo y forma debida (art. 33 de la ley 402).

Al criticar la resolución de fs. 9/10, el impugnante señala que el auto denegatorio es dogmático. Efectivamente, la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad solo reproduce consideraciones genéricas, las cuales no están acompañadas de ninguna consideración adicional que los aclare, explique o vincule, de manera particularizada, con el recurso denegado.

Por lo tanto, corresponde hacer lugar al recurso de queja y analizar los agravios ensayados por la Ciudad a fs. 39/46.

2. Adelanto, sin embargo, que aunque formalmente admisible, el recurso de inconstitucionalidad es improcedente, porque no logra proponer una cuestión constitucional.

El núcleo de la argumentación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires está claramente expuesto en el punto 5 del apartado III (fs. 71 vta. del expediente de las actuaciones principales), donde dice: "La resolución de la Cámara configura arbitrariedad dado que incurre en errores de apreciación, no resultando entonces una derivación razonada del derecho vigente, esto es el Código de Habilitaciones y Permisos. Asimismo la sentencia en crisis se apartó del interés público comprometido en la cuestión y crea un inadmisible privilegio en favor del amparista, poniendo en peligro la seguridad pública so pretexto de priorizar los derechos individuales".

En apoyo de las afirmaciones citadas, el Gobierno sostuvo que el *a quo* interpretó equivocadamente el Código de Habilitaciones y Verificaciones y se apartó dogmáticamente de la norma aplicable al caso concreto. Insistió en que la venta en la vía pública se encuentra en principio prohibida, de conformidad con el art. 11.1.2 del Código de Habilitaciones y Verificaciones, y que tal actividad sólo puede desarrollarse mediante la obtención de un permiso precario otorgado por la Administración. El Gobierno afirmó que dicha norma no se refiere únicamente a la actividad alimentaria. Y agregó que la Cámara sustituyó al Poder Ejecutivo e invadió al Poder Legislativo, vulnerando el principio de división de poderes y actuando como iniciadora de normas. Ello, al disponer que la Ciudad debía abstenerse de ejercer el poder de policía con respecto al accionante hasta que la actividad desarrollada por éste fuera regulada por la Legislatura local (fs. 35/42 de los autos principales).

Ahora bien, la tacha de arbitrariedad de una sentencia debe ser analizada de modo estricto. El Tribunal ha sentado criterio en cuanto a que la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que su decisión, más allá de su acierto o error, devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss.).

Los argumentos que propone el Gobierno no demuestran la afectación de ningún principio constitucional, toda vez que, como se verá en lo que sigue, solo refieren al desacuerdo del recurrente en cuanto a la interpretación de una norma infraconstitucional (art. 11.1.2. del Código de Habilitaciones y Verificaciones) y a una equivocada lectura de los efectos de la decisión de la Sala I.

3. En primer lugar, los jueces no se apartaron de la norma aplicable sino que establecieron los alcances del art. 11.1.2 del Código de Habilitaciones y Verificaciones, de un modo que no puede calificarse ni de caprichoso ni de arbitrario.

La Cámara detalló cada uno de los argumentos en virtud de los cuales arribó a la decisión cuestionada por el Gobierno. Los magistrados entendieron que las tres modalidades de venta en el espacio público reglamentadas en el Código de Habilitaciones y Verificaciones se refieren, en todos los casos, a la comercialización de productos alimenticios, y que no queda comprendida la venta de otros bienes o productos. Destacaron que los arts. 11.1.16 y 11.1.18 así como los capítulos 11.2, 11.3 y 11.10 del Código de Habilitaciones y Verificaciones, junto con el dec. 612/04, sostienen la interpretación adoptada en la sentencia.

Por otra parte y en sentido coincidente, dijeron (fs. 37 vta.) que "(...) el CC no considera contravención la venta ambulante en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia".

Los sentenciantes concluyeron que la prohibición para la venta en la vía pública de productos alimenticios sin obtención de permiso no es extensible a la venta de baratijas porque no existe una regulación legal, específicamente referida a esa actividad, la que, además y en el caso del amparista, es de mera subsistencia (lo que la excluye del ámbito de aplicación de la ley 1472).

Es claro que como lo destaca la Sala I —a diferencia de lo que pretende el Gobierno— no hay prohibición genérica respecto de la venta ambulante que pueda sustentarse en el art. 11.1.2 del Código de Habilitaciones y Verificaciones. Y consecuentemente, no es legítimo el poder de policía de la Administración, que intenta justificar el recurrente. Pareciera que el Gobierno no advierte que

en el marco constitucional la libertad es el principio, y su restricción por vía de la regulación sólo es posible cuando la ley lo dispone.

En el apartado VII de la sentencia de Cámara esta cuestión está tratada de modo preciso y concluyente: "Así las cosas, de lo hasta aquí dicho surge claramente que el Estado local no ha establecido aún un régimen para los permisos para vender en forma ambulante artículos de mera subsistencia".

"A su vez, como ya se ha dicho en otras oportunidades, por principio general los derechos reconocidos por la Constitución se ejercen de conformidad con las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14, C.N. y 80, inc.1º, CCBA), siendo esta facultad —la de reglamentar los derechos tutelados en la Constitución— una potestad exclusiva del Poder Legislativo. Por su parte, si bien el Estado puede reglamentar los derechos constitucionalmente reconocidos a los individuos, tal facultad encuentra su límite en la prohibición de alterar la sustancia de tales derechos (art. 28, C.N.); es decir, la reglamentación debe ser razonable, en el sentido de que el medio escogido para alcanzar el fin perseguido por la norma debe guardar proporción y aptitud suficientes con ese fin (Bidart Campos, Germán, *Manual de la Constitución reformada*, 1998, t. I, p. 517)".

"Pues bien, toda vez que no existe hasta el momento una regulación de origen legal para la vena de baratijas en la vía pública cuando, a su vez, esa actividad puede ser calificada como 'de mera subsistencia', es evidente que el derecho cuya tutela el amparista persigue —en el caso, el derecho a trabajar— no puede ser restringido por un acto de alcance particular".

En suma, una lectura cuidadosa del recurso de inconstitucionalidad, evidencia que el demandado no ha logrado demostrar cómo la interpretación efectuada por la Sala interviniente de las normas infraconstitucionales pone en juego los derechos o garantías de índole constitucional que invoca. Por el contrario es la interpretación del régimen local de habilitaciones y permisos que defiende el GCBA la que resulta inválida a la luz de los preceptos de la C.N. y de la CCBA.

4. En segundo lugar, el agravio fundado en una supuesta lesión al principio de división de poderes, carece de toda consistencia.

La Sala I no invadió competencias de otros poderes ni actuó como iniciadora de un proyecto de ley, función propia de la Legislatura, a diferencia de lo que sugiere el GCBA.

Los magistrados, a partir de la normativa que se debate en autos, afirmaron que, sin ley que fijara el procedimiento a seguir para obtener el permiso pertinente, el amparista está habilitado para vender baratijas en la vía pública y la Administración está inhibida de impedírselo.

En otros términos, el Poder Judicial no ordenó a la Legislatura que dictara la regulación aludida, como pretende el recurrente, sino que se limitó a señalar

que hasta tanto esa normativa fuera sancionada, el Sr. Pizarro tenía derecho a ejercer libremente su actividad laboral.

5. Por lo expuesto, voto por: *a)* admitir la queja interpuesta por el GCBA a fs. 13/18; *b)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad de fs. 39/46; y *c)* imponer las costas al demandado vencido.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Coincido básicamente con la exposición de fundamentos de la señora juez del trámite. Si dejamos de lado el argumento de intromisión en competencias del Poder Legislativo o del Poder Ejecutivo, con adhesión al punto 4 del voto mencionado, sólo resta, prácticamente, la alusión a indefensión (C.N., 18, y CCBA, 13, inc. 3º) por *sentencia arbitraria*, pues el recurrente piensa que la Cámara se apartó concientemente del derecho aplicable, por interpretación antojadiza y voluntarista de las reglas que rigen la autorización administrativa (habilitación) para ejercer el comercio en determinadas circunstancias y el control sobre la existencia de tal habilitación. Al respecto, el agravio real se basa en aquella afirmación de la sentencia de Cámara acerca de que la ley local 1166 sustituyó la sección 11 del Código de Habilitaciones y Permisos por una norma (11.1.2) referida sólo a la manipulación de sustancias alimenticias que, en conjunto con el texto del art. 83 del CC (prohibición de venta en espacios públicos, salvo el caso de comercio de baratijas, artículos similares o artesanías y, en general, para la venta de mera subsistencia propia), permite concluir en la ausencia de necesidad de un permiso especial administrativo para casos como el que aquí se juzga.

2. Como se observa, la sentencia no carece de fundamento, ni ellos son irracionales o arbitrarios. La exposición del recurrente, el Estado local, representa, a lo sumo, una opinión distinta acerca de las normas en cuestión en relación con aquella postulada por la Exma. Cámara en su fallo. Juega entonces el principio —incluso para quien acepta como motivo del recurso de inconstitucionalidad la *arbitrariedad* (no es mi caso: conf., por todos, mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/94, resolución del 26/5/2005)— conforme al cual el recurso interpuesto no implica una tercera instancia, ni tiene por finalidad el control sobre la interpretación de normas de derecho común, infraconstitucionales, según lo expresa el voto de la señora jueza del trámite, con alusión a la jurisprudencia del TSJ. La invocación por el recurrente de reglas constitucionales representa tan sólo una mera apariencia: en verdad, se trata de una discrepancia sobre la solución del caso según reglas de derecho común y, equivocada o no, rige la sentencia de mérito.

3. El caso merece ser observado desde otra arista. Pues, si el actor puso en juego su derecho constitucional a trabajar y a ejercer una industria lícita (C.N., 14), ese derecho, sin embargo, no puede fundar un recurso de la Administración pues, a todas luces, se trata de un derecho de los ciudadanos frente al Estado que, eventualmente, lo lesiona o lo niega. La posición inversa, utilización del derecho constitucional en contra de su portador legítimo o para resistir una sentencia contraria a la Administración, es inválida.

4. Las consideraciones sintéticamente desarrolladas —pues representan una adhesión a los fundamentos de la señora jueza del trámite— bastan para coincidir con el rechazo del recurso que explica la decisión previa de la Cámara, ya que no existe un genuino caso constitucional. Sin embargo —y salvo por repercusiones accesorias que no están en juego en el caso—, mi expresión involucra también el rechazo del recurso de inconstitucionalidad, razón por la cual una ligera discrepancia formal no impide mi adhesión básica a la postulación de la señora jueza del trámite.

5. Coincido también en la decisión de imponer las costas al demandado, vencido en el recurso.

Los jueces Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

1. El actor inició una acción de amparo contra el GCBA con el objeto de que se ordenase a la demandada que *se abstuviera de decretar clausuras* o *tomar otras medidas que, con base en la inexistencia de habilitación, afectasen su actividad comercial*, consistente en la venta en la Av. Pueyrredón entre las calles Valentín Gómez y Sarmiento (vereda impar) de productos tales como medias, camisetas, gorros y guantes en época invernal y ojotas y demás artículos de esa índole en verano. Expresó también que, en los últimos meses, su actividad comercial se había visto entorpecida por operativos de la Policía Federal Argentina y que hoy posee un *temor fundado* de que se le labren actas de comprobación y se le secuestre la mercadería, todo ello con lesión de su derecho a trabajar.

Si bien el Sr. Esquivel Pizarro reconoció *no poseer un permiso de uso* para desplegar su actividad comercial en el espacio público, consideró que una autorización de este tipo, en la Ciudad, *no resulta necesaria*. Para respaldar tal aserto, en primer lugar, sostuvo que en el ordenamiento local existe *un vacío legal*, por no haberse dictado hasta hoy una reglamentación para la actividad comercial que despliega, consistente —según sus dichos— en la venta ambulante de baratijas para mera subsistencia. Añadió para abonar su postura que la reglamentación local sí contiene normas destinadas a la regulación de la venta ambulante de alimentos, con la posibilidad de obtención de un permiso que se tramita ante la Dirección General de Higiene y Seguridad Alimentaria del

GCBA. Ello, a su entender, importaría una discriminación lesiva de la garantía de igualdad. También expresó que su actividad no puede ser perseguida al no encontrarse tipificada como contravención según los términos del art. 83 del CC local y que, en definitiva, ella no lesiona derecho alguno.

Por todo lo expuesto, el actor consideró que, *hasta tanto la actividad de venta de baratijas para mera subsistencia no se reglamente* —para poder obtener así un permiso—, debía garantizarse su desarrollo sin obstáculos que tengan base en la inexistencia de la mentada habilitación especial.

2. La Cámara, al dictar el fallo que ahora se resiste, revocó la sentencia del señor juez de grado y acogió la pretensión del actor "ordenando al GCBA que se abstenga de llevar adelante cualquier medida que pudiese afectar la actividad laboral del accionante, en tanto ésta consista en la venta de los productos antes mencionados —o similares— con sustento en la inexistencia de habilitación, ello hasta tanto dicha actividad sea expresamente regulada por la Legislatura de la Ciudad y se establezca, por vía legal, el procedimiento que éste deberá seguir para obtener el correspondiente permiso".

Para decidir de esta manera, el tribunal *a quo* consideró relevante señalar, en primer lugar, que las modalidades de venta ambulante en la vía pública reglamentadas en la Ciudad sólo alcanzan a la oferta de alimentos y no la de otros bienes o productos. En segundo lugar, resaltó que el art. 83 del CC "no considera contravención la venta ambulante en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, de mera subsistencia". A continuación, la Cámara sostuvo que, más allá de advertirse una dificultad interpretativa entre las disposiciones del Código de Habilitaciones y Verificaciones y el CC, "toda vez que no existe hasta el momento una regulación de origen legal para la venta de baratijas en la vía pública cuando, a su vez, esa actividad puede ser calificada como de 'mera subsistencia', es evidente que el derecho cuya tutela el amparista persigue —en el caso, derecho a trabajar— no puede ser restringido por un acto de alcance particular" (punto VII del pronunciamiento objetado, fs. 55).

En suma, el fallo recurrido sostuvo que en el caso del actor —al considerarse acreditado que se dedica a la venta de baratijas para mera subsistencia en la vía pública—, la prohibición regulada en el Código de Habilitaciones y Verificaciones para la venta ambulante sin permiso no le resulta aplicable.

3. Tal como lo afirma en el punto 1 de su voto la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E.C. Ruiz, corresponde hacer lugar al recurso de queja deducido e ingresar en la consideración de los agravios planteados por el GCBA.

4. A diferencia de lo sostenido por la señora jueza de trámite, consideramos que, a pesar del escueto desarrollo del recurso, se ha logrado demostrar de modo suficiente la arbitrariedad de la sentencia recurrida —en el sentido técnico del

término—, a partir del déficit en su fundamentación que se deriva de la omisión de tratamiento de distintas cuestiones conducentes para resolver el pleito.

En este sentido, el GCBA sostuvo en su recurso, básicamente, que "la alzada incurrió en arbitrariedad, entre otros motivos, por prescindir de las constancias de la causa y apreciar en forma errónea las normas involucradas en la especie…" (fs. 16 vta.). A continuación el recurrente señaló que la Cámara "inaplicó una norma legal (el art. 11.1.2 del Código de Habilitaciones y Verificaciones conforme art. 1º de la ley 1166) sin declarar, previamente, su validez (*rectus*: invalidez) constitucional" (fs. 17 vta.).

Adelantamos desde ahora que la señalada falta de fundamentación de la sentencia impide, desde nuestro punto de vista, considerarla una derivación razonada del derecho vigente a la luz de las circunstancias comprobadas de la causa y, en consecuencia, se encuentra violentado el derecho de defensa en juicio que asiste a la demandada (arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA).

5. La sentencia recurrida no contiene un desarrollo argumental que permita comprender cuál es la *acción* u *omisión* estatal que, de manera *arbitraria* o *manifiestamente ilegal*, lesiona los derechos del actor que se entienden vulnerados, por los motivos que a continuación consignamos:

a) No se ha explicado por qué motivo se tiene por acreditado el alegado *temor fundado* del accionar supuestamente *ilegal* de la PFA contra el actor —no existe en el expediente ni una sola prueba orientada a acreditar tal circunstancia—;

b) No se ha brindado ninguna razón destinada a justificar por qué la decisión legislativa de no considerar contravención la venta ambulatoria en la vía pública —sin autorización— "de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia que no impliquen una competencia desleal efectiva para con el comercio establecido (…)", receptada en el art. 83 del CC, determina, por sí sola, que la actividad que dice desplegar el amparista no se encuentra, de todos modos, vedada por la ley.

c) No se ha identificado el *precepto jurídico* que *obligaría* al Estado a *dictar una ley* que establezca un procedimiento para la obtención de permisos especiales de uso de la vía pública para la venta ambulante de baratijas para mera subsistencia —recuérdese que el argumento central del amparista pasa por alegar que el GCBA estaría incurriendo en una *omisión antijurídica* al no dictar la apuntada reglamentación—.

d) En definitiva, se ha prescindido de la aplicación al caso de una norma del Código de Habilitaciones y Verificaciones de la Ciudad —plexo de rango legal— que se encuentra vigente, sin justificación válida. Esta norma, que quede claro, prohíbe con carácter general la venta

> ambulante en la vía pública sin autorización administrativa, en tanto su Sección 11 (Permisos de uso en el Espacio Público), art. 11.1.2, expresa*:* "Prohíbese la venta, comercialización o ejercicio de actividad comercial y la elaboración o expendio de productos alimenticios en el espacio público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a toda persona que no tenga otorgado a su favor un permiso de uso, en los términos detallados en la presente Sección".

6. Sentado lo expuesto, corresponde dejar sin efecto el pronunciamiento recurrido y resolver el fondo del asunto (art. 31, ley 402).

Para ello, basta con reproducir las deficiencias de fundamentación detalladas en el punto precedente —al hacer alusión a la sentencia de la Cámara—, pues tales reflexiones resultan enteramente aplicables para rechazar la pretensión deducida, en tanto el escrito que dio inicio al juicio adolece de las mismas inconsistencias.

En efecto, más allá de contener afirmaciones por demás genéricas vinculadas al derecho a trabajar y a la garantía de igualdad, el actor no ha aportado al expediente *pruebas* conducentes ni *argumentos jurídicos* idóneos para acreditar el *accionar* estatal lesivo que denuncia. Mucho menos ha logrado demostrar que la supuesta *omisión* de regulación que se atribuye al Estado en este expediente pueda calificarse como *arbitraria* o *ilegal*. A lo sumo, las escasas argumentaciones del amparista permiten comprender que la existencia de una reglamentación como la que pretende le resultaría conveniente. Cabe poner de resalto que los jueces rebasaríamos ampliamente el ámbito de control que nos permite ejercer la Constitución en el Estado de derecho si, al resolver un juicio, decidiéramos indagar acerca del *mérito* y *conveniencia* que podría tener para un vecino (o determinado grupo) la sanción o derogación de una ley. Ese no es el rol que la Constitución asigna al Poder Judicial.

Por ello, tal como lo afirmó oportunamente el señor juez de grado al rechazar la pretensión, "dentro del limitado marco de conocimiento propio de la acción intentada, no advierto que surja de autos alguna actividad desarrollada por la Administración que haya vulnerado con arbitrariedad e ilegalidad manifiesta los derechos del amparista" (conf. punto IV *in fine*, fs. 40 de los autos principales).

7. La inexistencia de derechos constitucionales absolutos surge de los arts. 14 y 28 de la C.N., puesto que su ejercicio se encuentra sujeto a reglamentación. Las limitaciones a la libertad aseguran el efectivo goce de la misma por parte de todos los ciudadanos, siendo éste el fundamento basal sobre el que se asienta el poder de policía inherente a la soberanía de todo Estado.

En cuanto a la necesidad de regular los bienes públicos, ella ya fue prevista por Dalmacio Vélez Sarsfield en el Código Civil, en cuyo art. 2340

se dispone que "quedan comprendidos entre los bienes públicos: ...inc. 7°: las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común...", agregándose por el art. 2341: "Las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los estados, pero estarán sujetas a las disposiciones de este Código y a las ordenanzas generales o locales".

Vale decir, los poderes subnacionales, además de las restricciones emanadas de las normas de fondo, pueden adoptar medidas complementarias en igual sentido. Ello en consonancia con la Constitución de la Ciudad que en materia de política ambiental, consagra por el art. 27, inc. 3°, que la Ciudad promueve: "La protección e incremento de los espacios públicos de acceso libre y gratuito..., y garantiza su uso común".

La regulación legal específica que se refiere a las *formas de autorización* que habilitan el desarrollo de actividades comerciales que puedan interferir con el uso de los espacios públicos se encuentran contenidas en el Código de Habilitaciones y Verificaciones, no en el CC. Este último plexo legal, por su parte, contiene el catálogo de conductas que el legislador local considera a tal punto inaceptables para la convivencia como para establecer, incluso, respuestas punitivas que prevén la privación de libertad —no específicamente para este tipo contravencional, aunque las sanciones de multa que prevé el art. 83, si no son cumplidas injustificadamente, pueden ser sustituidas por trabajo de utilidad pública o arresto.

Como se dijo anteriormente, la ley prohíbe con carácter general el ejercicio de la actividad comercial en el espacio público sin el otorgamiento de un permiso especial por parte de la Administración. Al respecto, la doctrina ha sostenido que "el *uso* especial de los bienes dominicales, es decir públicos o integrantes del dominio público, puede adquirirse mediante cualquiera de las figuras ya clásicas al respecto: permiso, concesión y prescripción" (conf. Marienhoff, Miguel S.: *Permiso especial de uso de bienes del dominio público*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996, pp. 7 y ss.). El permiso de uso, siguiendo al autor citado, constituye una *tolerancia* del Estado que, como figura jurídica, se traduce en un *acto administrativo* —sin perjuicio de su esencial carácter precario— (ob. cit., pp. 22 y ss.). Es por ello que, tal como lo sostuvo el señor juez de grado en su pronunciamiento, a la luz de las normas contenidas en el Código de Habilitaciones y Verificaciones que no han sido tachadas de inconstitucionales en el caso, es necesario "a los fines de poder realizar algún tipo de actividad en el espacio público de la Ciudad, haber solicitado y obtenido un permiso expedido por la autoridad de aplicación, circunstancia ésta que no fue acreditada en autos, siendo insuficiente alegar una supuesta inexistencia de reglamentación al respecto" (conf. punto V, fs. 40 vta., autos principales, el destacado ha sido añadido). En este caso, cabe destacarlo, el actor ni siquiera

adujo haber solicitado un permiso a la autoridad administrativa competente y obtenido una denegatoria expresa o tácita sobre el punto; tampoco se trata el presente de un amparo por mora.

Lo expuesto basta para decidir el rechazo de la acción de amparo interpuesta en los términos en que ha sido formulada.

8. A mayor abundamiento, deseamos agregar que, más allá de los defectos insalvables de fundamentación que caracterizan a la pretensión deducida, no se nos escapa lo delicado de la cuestión que se ha intentado traer a juicio. El creciente fenómeno de la venta callejera en el ámbito de la Ciudad presenta diversas aristas, cada una de ellas con su particular grado de complejidad. Según desde el lugar donde se lo mire, algunos hacen hincapié en la competencia desleal que la venta informal puede implicar para un comerciante que posee un local comercial al que se le exige poseer habilitación gubernamental para funcionar, pagar impuestos y tener a los empleados registrados conforme a la ley. Otros destacan que detrás del negocio parece haber personas que manejan en realidad volúmenes significativos de mercadería y recursos —incluso superiores a los de los comerciantes minoristas "formales"— que, además, con su actuación callejera y nómade ofrecen productos que por su procedencia o uso pueden desbaratar derechos de terceros —p. ej.: grabaciones de CD o DVD sin pago de derechos de propiedad intelectual, objetos con marcas apócrifas, decodificadores ilegales para canales de televisión por cable, etc.— o generar perjuicios a los propios clientes ocasionales. Desde otro punto de vista, también se observa el tema dando prioridad a la alternativa de trabajo que se presenta en un contexto social de marcada pobreza y exclusión.

Nada de esto nos resulta ajeno, pero la respuesta a estos problemas es improponible al Poder Judicial cuando, como se dijo, bajo la apariencia de un "caso", en realidad sólo se pretende que se decida en forma casuística e inorgánicamente acerca de la oportunidad, mérito y conveniencia de una determinada regulación legal, en reemplazo de la necesaria intervención de los poderes políticos.

Las costas del proceso se imponen en el orden causado porque así lo establece el art. 14, CCBA como regla general.

Así lo votamos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Con las consideraciones que realizaré a continuación, adhiero al voto conjunto de los Dres. Casás y Conde.

2. En el *sub lite,* la Cámara hizo lugar a una acción de amparo en la que no se ha identificado adecuadamente la acción u omisión cuyas consecuencias busque conjurar o el carácter de manifiestamente ilegítima o arbitraria que

posibilitaría un pronunciamiento como el emitido. El actor se limitó a invocar en forma genérica que tenía un razonable temor de ser controlado en su actividad laboral y, por no contar con una habilitación debido a la ausencia de una ley que regule la cuestión, corría el riesgo de que le fueran labradas actas de infracción y secuestrada la mercadería que eventualmente ofreciera. No alegó haber intentado obtener una decisión de la administración que le permitiese llevar a cabo la actividad en cuestión.

3. Sostuvo el *a quo* que la actividad que el actor dice llevar a cabo —"...venta ambulante de diversos artículos (medias, camisetas, gorros y guantes en época invernal y ojotas y demás artículos de esa índole en verano) sobre la Av. Pueyrredón, vereda impar, entre las calles Valentín Gómez y Sarmiento, Barrio de Once" (fs. 1 vta.)— se encuentra permitida y, buscando apoyo en esa postulación, entendió que la posibilidad de que exista una actuación estatal que tienda a entorpecerla o impedirla sería suficiente como para sostener la procedencia de esta acción de amparo.

La supuesta permisión se desprendería, presumiblemente de modo manifiesto e inexorable, habida cuenta de la naturaleza del amparo, del texto del tercer párrafo del art. 83 del CC, a cuyo tenor la conducta consistente en vender baratijas sin permiso en la vía pública para mera subsistencia (véase fs. 65 del expediente principal) no constituye una contravención. En este sentido, sostiene que "...es claro que el CC no considera contravención la venta ambulante en la vía pública o en transportes públicos de baratijas o artículos similares, artesanías y, en general, la venta de mera subsistencia" (fs. 64 vta.). Más allá del acierto o error de esa aseveración, lo cierto es que la cuestión se encuentra debatida en los tribunales especializados del fuero competente. De ello da cuenta por ejemplo las diferentes posturas tomadas por distintas salas de la Cámara Contravencional, Penal y de Faltas que pueden ser consultadas en los precedentes caratulados "Tissot, Marta por inf. art. 83, CC —ley 1472— Apelación" (Sala II, causa 166-00-CC/05, 9/9/2005), "Mendivil Barasorda, Paulina s/inf. art. 83 CC, Apelación" (Sala II, causa 089-00-CC/05, 16/9/2005) y "More Castillo, Rosario s/infracción al art. 83 CC - Apelación" (Sala I, causa 249-00 -CC/05, 16/9/2005). La Cámara sólo citó "More Castillo", a pesar de que establece una interpretación que hace más dudosa su postura sobre el artículo en cuestión. En definitiva, aunque el art. 83 citado elimina la sanción para el supuesto descripto, existen interpretaciones diversas, una de las cuales concluye en que no constituye contravención mientras que otra entiende que las condiciones previstas en la norma excluyen la sanción pero no el carácter antijurídico de la conducta. Más allá de cuál sea la correcta, esta divergencia muestra que no es posible afirmar que se trata de una conducta manifiestamente lícita.

Un segundo aspecto no considerado es que la conducta podría estimarse alcanzada por el art. 4.1.2 del Código de Faltas que prevé que "[e]l/la que venda mercaderías en la vía pública sin permiso o en infracción con la autorización otorgada, es sancionado/a con multa de $ 50 a $ 1.000 y decomiso de las cosas.// Cuando se trate de una empresa u organización la sanción es multa de $ 200 a $ 10.000 y decomiso de las mercaderías y/o inhabilitación".

Para concluir con el examen de lo relativo a qué cabe deducir de la interpretación según la cual una conducta de esta especie no queda alcanzada ni por el CC ni por el de Faltas, la Cámara no repara en que la ausencia de sanción penal o retributiva prevista para una conducta no supone admitirla en un espacio público, esto es, un espacio que por la condición referida está sujeto a un uso regulado de modo, aunque amplio, especial, con el preciso propósito de que todos podamos gozar de él por igual. Según recuerda el voto de los Dres. Casás y Conde, el art. 11 del Código de Habilitaciones y Verificaciones (modificado por la ley 1611) dice: "*[p]rohíbese la venta, comercialización o ejercicio de actividad comercial* y la elaboración o expendio de productos alimenticios, en el Espacio Público de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, *a toda persona que no tenga otorgado a su favor un permiso de uso,* en los términos detallados en la presente Sección" (los destacados son propios). A ese respecto, luego de repasar la situación de los permisos para la venta ambulante de alimentos (regulada en los arts. 11.1.6 y ss. del Código de Habilitaciones y Verificaciones), la sentencia dice que "...no existe hasta el momento una regulación de origen legal para la venta de baratijas en la vía pública cuando, a su vez, esa actividad puede ser calificada como 'de mera subsistencia', es evidente que el derecho cuya tutela el amparista persigue —en el caso, el derecho a trabajar— no puede ser restringido por un acto de alcance particular". Con apoyo en su lectura del art. 83 del CC, repasada, sostiene que la conducta no se encuentra prohibida. Luego, alegando la supuesta mora legislativa decide "ordenar al GCBA que se abstenga de llevar adelante cualquier medida que pudiese afectar la actividad laboral del actor en la medida en que consista ésta en la venta de los productos antes mencionados —o similares— con sustento en la inexistencia de habilitación, ello hasta tanto dicha actividad sea expresamente regulada por la Legislatura de la Ciudad y se establezca, por vía legal, el procedimiento que éste deberá seguir para obtener el correspondiente permiso". Más allá de lo dudoso que puede resultar que omisiones de esta especie sean objeto de un proceso judicial, la Cámara viene, por esta vía, a habilitar al actor expidiendo una decisión cuya acreditación ante la autoridad pública le serviría para repeler la expulsión del espacio del dominio público, esto es, a ejercer una función que está prevista en el Código citado como propia de la Administración.

4. Como dicen los Dres. Casás y Conde, resulta muy dudoso que la cuestión debatida en autos pueda ser encuadrada dentro de un caso o controversia, susceptible de ser atendido por los jueces. En el caso no presenta una acción ni una omisión pasible de control.

Más allá de sus posibles interpretaciones, el Código de Habilitaciones y Verificaciones exige con toda claridad requerir a la autoridad administrativa (esto es, aquella a la que la CCBA reserva el ejercicio de funciones de esta especie, sin que ni aún el poder legislativo pueda soslayarla (conf. "Hyburn's Cases" [2 Dall. 409] y "Bowsher v. Synar" [478 U.S. 714]) una habilitación para desarrollar actividades comerciales de cualquier tipo en el espacio público. En ningún momento se muestra que el actor haya solicitado ante alguna autoridad administrativa un permiso de esa especie. Por otro lado, tampoco muestra cuál es la conducta de autoridad pública que quiere enjuiciar, pues sólo se limita a sostener que su "actividad se ha visto entorpecida con motivo de diversos operativos efectuados por la Policía Federal Argentina a través de la Comisaría 7ma perteneciente a la jurisdicción de Once y tengo temor fundado de que me labren actas de comprobación y me secuestren mercaderías" (fs. 1 vta. del expediente principal)".

Hemos sostenido en voto conjunto con el Dr. Casás que "[e]l proceso de amparo, como cauce procesal que brinda soporte a la intervención judicial, no escapa a la necesidad de que el planteo formulado por esa vía configure un caso, la regla que impone su existencia procede, al igual que el amparo de la propia constitución (arts. 106 y 14, CCBA)", toda vez que "[d]esde sus comienzos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que 'es de la esencia del poder judicial decidir colisiones efectivas de derechos' y que no compete a los jueces 'hacer declaraciones generales o abstractas' (*Fallos,* 2:253, entre muchos otros). Asimismo, tomando en consideración lo prescripto por el art. 2º de la ley 27 —reglamentario del art. 116 de la C.N. que sigue el modelo del art. III, Sección 2a, de la Constitución de los Estados Unidos—, ha puesto de resalto que 'el fin y las consecuencias del 'control' encomendado a la justicia sobre las actividades ejecutiva y legislativa, requieren que el requisito de la existencia de 'caso' o 'controversia judicial' sea observado rigurosamente para la preservación del principio de la división de los poderes' (*Fallos,* 308:1489 y 310:2342) y que las causas judiciales 'son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación de un derecho debatido entre partes adversas' (*Fallos,* 156:318, 321; 307:2384, 2388 y 317:335, y 342, entre otros): conceptos todos ellos aplicables a la actuación ejercida por los jueces locales dentro del ámbito del art. 106, CCBA, ya que ni la expansión de la legitimación o la del universo de derechos previstas en otras cláusulas varía la idea central

construida a partir de las citadas categorías —legitimación y derechos—, sino que, en todo caso, aumenta su población incorporando supuestos con características novedosas" ("Almeida, Marcelo y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia'", expte. nº 4756/06, sentencia del 14/7/2006).

En tales condiciones, tal como en el precedente "Almeida", ya citado, la pretensión traída en el *subjudice* "...constituye un pedido de salvoconducto, inmunidad o fuero personal frente a la norma contenida en el art. 83 del CC".

La ampliación ilimitada de los asuntos que pueden ser llevados ante un estrado judicial, en nuestro caso, por extender el concepto de causa a situaciones que todavía no han llegado al nivel necesario de concreción puede llevar a que los jueces se atribuyan el entendimiento de cuestiones que no les corresponden. En el caso, no sólo estamos frente al peligro de que el Poder Judicial invada las competencias de otros poderes estatales, sino que también se está frente al riesgo de que los jueces del fuero CAyT absorban asuntos que, una vez maduros para la intervención judicial, corresponderían a jueces con una competencia distinta (en el caso, al fuero CPyF).

5. Por las razones expuestas y los argumentos brindados por los Dres. Casás y Conde, corresponde hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia impugnada y rechazar la acción de amparo intentada. Costas por su orden (art. 14, CCBA).

Por ello, emitido el dictamen por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. Hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad planteados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, revocar la sentencia de fs. 53/56, autos principales y rechazar la acción de amparo iniciada por Lademir de la Cruz Esquivel Pizarro.

2º. *Imponer* las costas por su orden.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja a los autos principales y, oportunamente, se devuelva a la Sala de origen.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XLII

"AUDITORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES C/GCBA Y OTRO S/ACCIÓN DECLARATIVA DE CERTEZA"

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES: Competencia originaria. AUDITORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES: Legitimación activa. Funciones.

SUMARIOS:

1. Una interpretación meditada del art. 113, inc. 1° de la CCBA —que tiene en cuenta su letra y su finalidad, así como la integridad del ordenamiento que la contiene— permite sostener que la AGCABA se encuentra aforada como sujeto procesal activo para ventilar por la vía allí prevista sólo aquellas cuestiones relacionadas de manera directa al ejercicio de los cometidos específicos que la propia Constitución local le ha atribuido en su art. 135 —control externo del sector público en sus aspectos económicos, financieros, patrimoniales, de gestión y de legalidad—. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

2. La pretensión dirigida a que este tribunal determine cuál es el derecho aplicable y la autoridad de aplicación en relación a celebración de un convenio colectivo para los empleados públicos de la Auditoría General, no se relaciona de modo directo con el ejercicio de sus funciones en su carácter de órgano de control externo del sector público, pues el problema en torno a la incertidumbre que se denuncia involucra cuestiones relativas al régimen laboral de los agentes que se desempeñan en ella, sin remitir a la consideración de hechos, trámites y/o normas que se vinculen con tales cometidos constitucionales. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. La jurisdicción originaria de este tribunal está prevista para las demandas que promueva la Auditoría General de la Ciudad de acuerdo con lo que autoriza la CCBA, y no encuadra dentro de ella la presentación que versa acerca de cuestiones contempladas en la ley 471 y la ley nacional 23.551 (de asociaciones sindicales) así como en diversos convenios de la Organización Internacional del Trabajo, cuestiones que aunque pueden tener importancia para el desarrollo de las funciones que la CCBA encomienda a la Auditoría, son distintas de ellas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6242/08 - 5/3/2009

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Auditoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires interpone "acción declarativa de certeza en los términos del art. 277 ss. y concs.

del Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires (...) contra el Ministerio de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación (...) y la Subsecretaría de Justicia y Trabajo del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" (fs. 328), con el fin de "determinar cuál es el derecho aplicable y la autoridad de aplicación, en relación a la celebración del primer convenio colectivo para los empleados públicos de la AGBA" (fs. 331 vta.).

2. Funda la competencia del Tribunal en los arts. 113, inc. 1º de la CCBA, el art. 136, inc. j) de la ley 70 y en el art. 16, ley 402 (fs. 329, acápite IV).

3. A fs. 342/344 el señor fiscal general opina que "el planteo efectuado, en la medida en que no se vincula con el ejercicio propio del rol que la Constitución local ha otorgado a la Auditoría General en el art. 135, no corresponde a la competencia originaria del Tribunal Superior", toda vez que su intervención "originaria y exclusiva tiene por fundamento la protección de cuestiones esenciales que hacen a la organización del poder y la protección de los derechos reconocidos en la Constitución de la Ciudad".

Finalmente concluye que corresponde atribuir el conocimiento de la demanda instaurada al Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario que por turno corresponda (conf. art. 286, inc. 1º, CCAyT).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La Auditoría General de la Ciudad (en adelante AGCABA) promueve el dictado de una decisión jurisdiccional del Tribunal que otorgue certeza acerca de la normativa aplicable al trámite de suscripción del primer convenio colectivo de trabajo para sus agentes —asociados a distintas organizaciones sindicales— y de la autoridad de aplicación que debe entender en dicha materia, ya que la indefinición que se alega en torno a estas cuestiones —materializada en un "conflicto positivo de competencia" entre el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación y la Subsecretaría de Trabajo de la Ciudad de Buenos Aires ante los trámites iniciados por sendas asociaciones sindicales en ambas jurisdicciones—, además de afectar el legítimo interés de los trabajadores y las organizaciones sindicales involucradas en la celebración del primer convenio colectivo, incide en "la armonía" de la relación de la Auditoría con

sus agentes y, por ende, en el cumplimiento de la función constitucional de dicho organismo, que se "realiza a través de sus agentes, la mayoría de ellos altamente profesionalizados y técnicos" (fs. 332).

2. Como bien lo señala el señor fiscal general en su dictamen de fs. 342/344, la pretensión deducida no resulta hábil para incitar la competencia conferida al Tribunal por el art. 113, inc. 1º, CCBA ["Es competencia del Tribunal Superior de Justicia conocer: 1. Originaria y exclusivamente… en las demandas que promueva la Auditoría General de la Ciudad de acuerdo con lo que autoriza esta Constitución].

En efecto, una interpretación meditada del precepto constitucional aludido —que tiene en cuenta su letra y su finalidad, así como la integridad del ordenamiento que la contiene— me permite sostener que la AGCABA se encuentra aforada como sujeto procesal activo para ventilar por la vía allí prevista sólo aquellas cuestiones relacionadas de manera directa al ejercicio de los cometidos específicos que la propia Constitución local le ha atribuido en su art. 135 —control externo del sector público en sus aspectos económicos, financieros, patrimoniales, de gestión y de legalidad.

En pocas palabras, el art. 113, inc. 1º, de la Constitución no ha establecido una pura y simple causal en razón de la persona, pues la presencia de la Auditoría debe ser conjugada con una determinada materia o causa, en atención a que, en el caso, la calidad de aforada ha sido instituida para proteger intereses públicos y no de personas. De manera tal que cuando la causa no existe, el fuero no existe [véase otros ejemplos en *Fallos,* 9:533; 101:401 y 236:588 —entre otros— y el supuesto en el orden federal que permite habilitar la competencia originaria de la CSJN cuando litiga una provincia contra un vecino de otra (elemento subjetivo) en el marco de una "causa civil" (elemento material)].

De lo contrario, no se explicaría por qué motivo el constituyente en el inc. 1º del art. 113 decidió referirse a los casos en que la AGCABA *promueva* una demanda *de acuerdo con lo que autoriza la Constitución*. En primer lugar, porque también a partir de un litigio en que dicho órgano se encuentre demandado podría llegar a afectarse su funcionamiento, de acuerdo con la índole de la cuestión por la que sea llevada a juicio. En segundo término, porque al tratarse de un órgano con personería jurídica y legitimación procesal (art. 135, CCBA), a los fines que ahora importan no resultaba necesario ningún tipo de aclaración adicional del estilo de la incluida en la última parte del inc. 1º ("de acuerdo con lo que autoriza esta Constitución"), pues bastaba referirse a la persona.

Además, si se interpretara que la competencia que se desea incitar en esta ocasión puede abarcar cualquier tema susceptible de incidir aun de modo indirecto o tangencial en el funcionamiento de la AGCABA, ella podría desplazarse hasta límites indeterminados, situación que, mi concepto, no se compadece con el diseño estricto y limitado que la propia Constitución local le ha dado a la competencia originaria y exclusiva del Tribunal, a partir de la trascendencia institucional de los casos previstos para habilitarla.

3. Sentado lo expuesto, entiendo que la pretensión incoada no se relaciona de modo directo con el ejercicio de las funciones de la Auditoría en su carácter de órgano de control externo del sector público. Ello así, en tanto el problema en torno a la incertidumbre que se denuncia involucra cuestiones relativas al régimen laboral de los agentes que se desempeñan en dicho órgano, sin remitir a la consideración de hechos, trámites y/o normas que se vinculen con tales cometidos constitucionales. Ello sin perjuicio de que pueda presumirse que la situación denunciada, de manera indirecta, sea susceptible de alterar en alguna medida el normal funcionamiento interno del organismo —escenario cuya solución escapa a las competencias jurisdiccionales de este Tribunal por la vía intentada.

En suma, la pretensión deducida es formal y materialmente ajena al ejercicio de la misión constitucional de la Auditoría y por ello no permite habilitar la competencia originaria y exclusiva del Tribunal prevista en el inc. 1º del art. 113, CCBA.

4. Establecida la incompetencia del Tribunal y teniendo en cuenta lo estipulado por el art. 2º del CCAyT, corresponde remitir el expediente a la Cámara de Apelaciones del fuero Contencioso Administrativo y Tributario para que se asigne el caso al juzgado que por turno corresponda. Ello sin perjuicio de las facultades del juez local para ponderar si, por la naturaleza de la cuestión planteada o la calidad de los sujetos demandados, corresponde la radicación definitiva del proceso en su jurisdicción.

La jueza Ana María Conde dijo:

Me adhiero al voto del Dr. José O. Casás.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Que adhiere al voto del señor juez del trámite, con la salvedad del punto 4: como no se trata de una acción oficial —que se ejerce *de oficio*, según la ley—, sólo corresponde al actor la decisión de radicar el litigio ante otro tribunal y, en ese caso, elegir el tribunal ante el cual cree conveniente radicar el asunto.

El juez Luis F. Lozano:

1. En lo que aquí importa, la jurisdicción originaria está prevista para "...las demandas que promueva la Auditoría General de la Ciudad de acuerdo con lo que autoriza esta Constitución". Esta presentación versa acerca de cuestiones contempladas en la ley 471 y la ley nacional 23.551 (de asociaciones sindicales) así como en diversos convenios de la Organización Internacional del Trabajo, esto es, cuestiones que aunque pueden tener importancia para el desarrollo de las funciones que la CCBA encomienda a la Auditoría, son distintas de ellas. Consecuentemente, no encuadran en el supuesto de jurisdicción originaria del art. 113, inc. 1º. Así las cosas, resulta claro que, como dice mi colega, José Osvaldo Casás, la cuestión que se pretende debatir no corresponde a la competencia originaria de este Tribunal para cualquier pleito en que dicho órgano sea parte actora.

2. Lo antedicho no implica reconocer que el actor traiga en su demanda una cuestión susceptible de ser atendida por los órganos permanentes del Poder Judicial. Del relato de la demanda no se desprende cuál sería la controversia o conflicto que mantiene con los organismos demandados, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de la Nación ni con la Subsecretaria de Justicia y Trabajo del Gobierno de la Ciudad. Así las cosas, la petición de que dicte sentencia "aclarando cuál es la normativa aplicable al caso y autoridad de aplicación" (punto 7 del petitorio; fs. 339) no constituye sino una mera consulta que, por ende, no puede ser traída a conocimiento de un tribunal de justicia de esta Ciudad.

3. Por las razones expuestas, corresponde declarar la incompetencia del Tribunal para conocer en estas actuaciones y ordenar su archivo.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Me adhiero al voto de mi colega Luis F. Lozano.

Por ello, emitido el dictamen del señor fiscal general, y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* la incompetencia del Tribunal para conocer en estas actuaciones.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XLIII

"DAVO, MARIANO C/CAJA DE SEGURIDAD SOCIAL PARA ABOGADOS DE LA CABA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Desistimiento. Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (CASSABA). Costas.

SUMARIOS:

1. Corresponde desestimar el recurso de inconstitucionalidad, en atención a que con la sanción de la ley 2811, las cuestiones planteadas por el actor en su demanda han perdido actualidad, más aún, cuando fue él mismo quien expresamente manifestó su desinterés en el recurso basado exclusivamente en la entrada en vigencia de la citada ley. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde y José O. Casás).*

2. No corresponde imponer las costas de todo el proceso a la CASSABA, pues ello sería injusto jurídicamente, en tanto la pérdida de vigencia de la ley 1811 y su reglamentación (resol. 004-A/05) por la entrada en vigor de la ley 2811 determina que el Tribunal no emita un pronunciamiento sobre el fondo del recurso concedido, y ello impide que se revise aquel aspecto accesorio de la contienda, decisión propia de los tribunales de mérito. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde y José O. Casás).*

3. Las costas de esta instancia deben ser resueltas por el TSJ, que la llevó a cabo, y deben ser distribuidas en el orden causado, toda vez que la pérdida de actualidad del recurso del actor, se debió a la entrada en vigencia de la ley derogatoria 2811, con posterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad (art. 62, CCAyT), y CASSABA no debe soportar las del actor porque hubiera triunfado en la decisión de fondo, según la opinión del Tribunal, ni tuvo participación en el hecho legislativo que truncó la decisión. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde y José O. Casás).*

4. La sanción de la ley 2811 demuestra la plausibilidad de la demanda interpuesta y, consecuentemente, es procedente condenar en costas a la demandada. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 5987/08 - 11/3/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Mariano Davo promovió acción de amparo contra la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CASSABA), con el objeto de que se deje sin efecto su afiliación compulsiva a ese organismo, prevista en la ley 1811 de la Ciudad de Buenos Aires y en su reglamentación, se lo excluya del régimen instituido en sus disposiciones y se ordene a CASSABA que se abstenga de cobrarle los aportes por cada una de sus actuaciones judiciales (fs. 1/10 vta.).

El abogado solicitó, también, que se declare la inconstitucionalidad —y se suspenda la aplicación al caso concreto— de la ley local 1811 y de su reglamentación.

2. Contestado el informe previsto en el art. 8º de la ley 16.986 por CASSABA (fs. 24/46), el juez de grado dictó sentencia "...*1)* Haciendo lugar a la acción de amparo promovida por Mariano Davo, con costas a la vencida (art. 64, CCAyT). *2)* Declarando, respecto del actor, la inconstitucionalidad y consecuente inoponibilidad de la reglamentación del art. 5º de la ley 1181, en cuanto dispone la obligación de cumplir con los aportes establecidos en el art. 62, incs. 1º y 4º, de la ley 1811 para quienes hayan ejercido la opción prevista en el art. 5º, segundo párrafo, de la misma ley..." (fs. 113/115 vta. y aclaratoria de fs. 152).

3. Ante el recurso de apelación deducido por el actor contra dicho pronunciamiento (fs. 116/118 vta. y 153/155 vta.), la Sala ll de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, una vez contestado el traslado pertinente, dispuso: "1) Modificar la resolución apelada en cuanto a la posibilidad de la actora de ejercer la opción prevista en el art. 5º de la ley 1181, en los términos del acápite 3. 2) Revocarla respecto de la inconstitucionalidad de la resol. 004-A-05 de la Asamblea de CASSABA. 3) Con costas de ambas instancias en el orden causado (arts. 14 de la CCBA y 62 del CCAyT)...". Y en lo que al acápite 3 del citado pronunciamiento se refiere, señaló que "... Por consiguiente, en tanto el actor ha solicitado a CASSABA el ejercicio de la opción prevista en el art. 5º de la ley 1811 con anterioridad incluso al momento en que se matriculó en el CPACF (1º/11/2005 y 2/12/2005, respectivamente) debe disponerse que la demandada trate la opción prevista en el art. 5º de la ley 1811 —ejercida por el demandante el 1º/11/2005— como deducida temporáneamente y la otorgue, siempre y cuando se verifiquen los restantes requisitos exigidos por la norma..." (fs. 178/180).

4. Disconforme con esa decisión, el actor interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 184/190 vta.).

La Sala ll de la Cámara de Apelaciones, luego de contestado el traslado por CASSABA (fs. 217/241), resolvió "...1) Declarar parcialmente admisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora..." (fs. 249/250 vta.).

5. El señor fiscal general adjunto, en su dictamen, propició el rechazo del recurso de inconstitucionalidad articulado por el actor (fs. 258/264 vta.).

6. Con posterioridad al llamado de los autos al acuerdo —y en atención a la entrada en vigencia de la ley 2811—, se requirió a la parte recurrente que manifestase si mantenía interés en el recurso planteado (fs. 269).

Frente a ello, el actor expresó su desinterés en la continuación del trámite del recurso de inconstitucionalidad que interpuso, con fundamento exclusivo en la sanción y entrada en vigencia de la ley 2811. No obstante, solicitó que se condenase "... expresamente en costas a la accionada en autos, a fin de que ella soporte la totalidad de los gastos, costos y costas emergentes de la tramitación de la presente litis..." (fs. 273/274).

En la contestación al traslado conferido (fs. 277/278 vta.), CASSABA solicitó que se la eximiese de cargar con las costas del juicio, por lo que pasaron nuevamente los autos al acuerdo (fs. 287).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. En atención a los términos textuales de la ley 2811, las cuestiones planteadas por el actor en su demanda han perdido actualidad. En este sentido, el CCAyT establece que "la sentencia puede hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la substanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos" (art. 145, último párrafo), más aún, cuando, como sucede en el caso, fue el propio actor quien expresamente manifestó su "desinterés en el recurso (...) basado exclusivamente en la entrada en vigencia de la ley 2811".

2. La imposición de costas de todo el proceso a la CASSABA, que requiere el actor, no corresponde y aparece como injusta jurídicamente, en tanto la pérdida de vigencia de la ley 1811 y su reglamentación (resol. 004-A-05) por la entrada en vigor de la ley 2811 determina que el Tribunal no emita un pronunciamiento sobre el fondo del recurso concedido, y ello impide que se revise aquel aspecto accesorio de la contienda, decisión propia de los tribunales de mérito. Por lo demás, el actor no ha esgrimido fundamentos acerca de la modificación que pretende, sobre todo al conocer que al desistir —incluso tácitamente— la decisión sobre el fondo, esa realidad, en un procedimiento común, implicaría, precisamente, la decisión contraria, fundamento ausente en este caso sólo porque su desinterés proviene de un hecho legislativo, ajeno a él. Pero, además, la derogación de la ley no permite desconocer que el Tribunal, por mayoría, sostuvo en reiterados pronunciamientos (a partir del fallo "For-

nasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4911/06, sentencia del 18/4/2007) la constitucionalidad de la ley y de su reglamentación, cuestionadas en este proceso, esto es, justamente la opinión contraria a la expuesta en la demanda.

3. Las costas de esta instancia, en cambio, corresponde que sean resueltas por el TSJ, que la llevó a cabo, y también que sean distribuidas en el orden causado, toda vez que la pérdida de actualidad del recurso del actor, como se dijo, se debió a la entrada en vigencia de la ley derogatoria 2811, con posterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad (art. 62, CCAyT). CASSABA tampoco debe soportar las del actor porque, según se observó, hubiera triunfado en la decisión de fondo, según la opinión del Tribunal, y no tuvo participación en el hecho legislativo que truncó la decisión.

4. Por las consideraciones expuestas, entiendo que corresponde desestimar —por falta de agravio subsistente al momento de decidir— el recurso de inconstitucionalidad articulado por el Sr. Mariano Davo, dirigido a cuestionar la sentencia de la Sala II de fecha 26/5/2008. Costas del recurso por el orden causado.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. En virtud de las manifestado por el actor a fs. 273/274, corresponde tenerlo por desistido del recurso de inconstitucionalidad deducido a fs. 196/210 vta.

2. Con relación a la pretensión de que se imponga las costas de todo el proceso a la demandada, coincido con el Dr. Maier en que ese planteo no puede prosperar. Ello así, porque, tal como señala mi colega, la forma en que son impuestas las costas en las instancias de mérito es una cuestión, por regla, privativa de los jueces de la causa; regla a la que no corresponde hacer excepción en el *sub examine*. Máxime, cuando, en virtud del mencionado desistimiento, el Tribunal no ingresó a analizar el tema de fondo.

3. Finalmente, también coincido con el Dr. Maier en que las costas de esta instancia deben ser impuestas en el orden causado, toda vez que el desistimiento formulado por el Sr. Davo estuvo motivado en una cuestión ajena a las partes, como lo es el dictado de la ley 2811.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Más allá de los términos utilizados por el recurrente en su escrito de fs. 273/274, lo cierto es que el "desinterés en el recurso" que manifiesta constituye un claro desistimiento del recurso de inconstitucionalidad en los términos del art. 253, CCAyT.

Por lo tanto, corresponde tener al recurrente por desistido del recurso de inconstitucionalidad deducido a fs. 196/210.

2. Con relación a la imposición de las costas de primera y segunda instancia en el orden causado, de las que se agravia expresamente en el recurso de inconstitucionalidad (véanse fs. 189/190 vta.), debo señalar que la derogación de la ley que deja sin actualidad una pretensión y/o agravio no significa consagrar al recurrente como vencedor del litigio judicial, máxime cuando, como aquí ocurre, la jurisprudencia del Tribunal —conformada por mayoría— resultaba contraria a las pretensiones del recurrente (conf. "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 4911/06, sentencia del 18/4/2007).

Por otra parte, la imposición de costas cuestionada constituye una cuestión procesal, por su naturaleza ajena —en principio— al recurso extraordinario local y propia de los jueces de mérito.

En conclusión, si bien el agravio relativo a las costas fue desarrollado autónomamente en los recursos en análisis, y reviste actualidad, el recurrente no ha logrado demostrar la existencia de un genuino caso constitucional que justifique su tratamiento.

3. Con respecto a las costas de esta instancia, por los motivos expuestos por el Dr. Maier en el apart. 3° de su voto —a los que adhiero—, considero que deben imponerse en el orden causado (art. 62 del CCAyT).

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al voto del doctor Julio B. J. Maier en cuanto allí se expone con suficiencia que las cuestiones sometidas al conocimiento de este Estrado han perdido toda actualidad, en atención a que la ley 2811 —que regula la disolución e inicio del proceso de liquidación de la Caja de Seguridad Social de Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (CASSABA)— expresamente dispone en su art. 17 la derogación de la ley 1181 y de sus normas reglamentarias y/o complementarias.

2. En punto al pedido de imposición de las costas de las instancias de mérito a la parte demandada, coincido con mis colegas Julio B. J. Maier y Ana María Conde en que tal planteo no puede prosperar.

En mi concepto, la lectura del recurso de inconstitucionalidad interpuesto a fs. 184/190 vta. no permite entender que el recurrente haya impugnado autónomamente tal cuestión. Antes bien, la expresión "con expresa imposición de costas en toda las instancias de la presente *litis* a cargo de la demandada" (fs. 189 vta./190) sólo refiere a un planteo subsidiario o accesorio, ligado al éxito de su pretensión recursiva. De este modo, al haber devenido abstractos los agravios oportunamente esgrimidos en relación a la ley 1181 y sus normas

reglamentarias y/o complementarias, tampoco puede habilitarse la jurisdicción apelada de este Tribunal en este punto.

Por ello, corresponde desestimar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Sr. Mariano Davo e imponer las costas de esta instancia en el orden causado, por los motivos expresados por el doctor Julio B. J. Maier en su voto.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención al desinterés del recurrente en la continuación del trámite del recurso de inconstitucionalidad que interpusiera (véase fs. 273) y a la falta de oposición de la CASSABA, corresponde tener por desistido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Sr. Mariano Davo, dirigido a cuestionar la sentencia de la Sala II de fecha 12/2/2008, que fuera concedido en forma parcial por ese tribunal.

Subsiste, sin embargo, su solicitud respecto de la imposición de costas. La sanción de la ley 2811, tal como he decidido *in re* "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 4911/06, resolución del 18/4/2007) y en todos los casos análogos planteados con posterioridad, demuestra la plausibilidad de la demanda interpuesta y, consecuentemente, es procedente condenar en costas a la demandada.

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener por desistido* el recurso de inconstitucionalidad planteado por Mariano Davo y rechazar su planteo tendiente a que se impongan a la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires las costas de todo el juicio.

2º. *Imponer* las costas de esta instancia en el orden causado.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XLIV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CERIANI, NÉLIDA MATILDE C/GCBA Y OTROS S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMPLEO PÚBLICO'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Derecho común. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de queja interpuesto en legal tiempo y forma que incumple la carga de realizar una crítica concreta y razonada del auto denegatorio. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces, Luis F. Lozano, José O. Casás y Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. El recurso de queja no puede reiterar los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, sin que en ninguna de las dos ocasiones haya logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, más allá de efectuar alusiones a la arbitrariedad de la sentencia y la consecuente violación de los derechos de defensa, de debido proceso y de división de poderes consagrados en los arts. 18, C.N. y 10, 13 y 102 de la CCBA. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces, Luis F. Lozano, José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

3. El recurso de inconstitucionalidad no tiene por objeto revisar decisiones de los jueces que en el marco de sus facultades aplican e interpretan normas de derecho común y valoran cuestiones de hecho y prueba, pudiendo admitirse la excepción a tal criterio cuando media arbitrariedad en la decisión, por ausencia de fundamentación o apartamiento notorio de la normativa conducente a la solución del diferendo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces, Luis F. Lozano, José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 6099/08 - 11/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Nélida Beatriz Ceriani inició el presente proceso en contra del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires con el propósito de cuestionar las resoluciones de la Secretaría de Educación que dispusieron y confirmaron su cesantía y, en consecuencia, obtener su reincorporación y el cobro de pesos

que pudieran corresponderle "por daños y perjuicios y por daño moral sufrido por los salarios caídos [como] consecuencia de la ilegítima cesantía que la demandada ha ordenado en sus dos cargos que se desempeñaba" desde 1974 hasta 2003 (conf. fs. 1 y 2 del escrito de demanda).

La actora expuso en su escrito de inicio que cumplía tareas como docente en dos cargos en la Escuela de Enseñanza Técnica Nº 7 del Distrito Escolar 5to. de la Secretaría de Educación del GCBA y que poseía una antigüedad de más de 30 años, lo que le posibilitó acceder a la jubilación ordinaria en la provincia de Río Negro en el año 1991. Sostuvo que su cesantía fue dispuesta con fundamento en que ella ocultó en su declaración jurada, el beneficio provisional del que gozaba.

2. La Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario, en lo que aquí interesa, declaró la nulidad del acto que dispuso la cesantía de la actora (resol. 2982/SE/03) y de las resoluciones que la confirmaron (resol. 199/SE/05 y resol. 266/SJG/05); rechazó el daño material reclamado y admitió el daño moral e impuso las costas a la demandada. Para así resolver, el tribunal superior de la causa consideró las distintas circunstancias previstas en el art. 36 de la ordenanza 40.593 (gravedad del hecho, perjuicios causados, antecedentes laborales, atenuantes y agravantes) y entendió que esas circunstancias no fueron ponderadas por la demandada para aplicar la sanción de cesantía, lo que importó un grave vicio en la motivación del acto. Asimismo, ese tribunal consideró que dado que la administración podía optar entre diversas sanciones, la cesantía resultaba desproporcionada.

3. Contra la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa el Gobierno de la Ciudad interpuso recurso de inconstitucionalidad con fundamento en que "...el fallo que me agravia incurre en supuestos de arbitrariedad, porque es irrazonable en su análisis de los hechos de la causa y normativa aplicable, desconociendo las facultades del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires en orden a la superintendencia y régimen disciplinario de su propio personal". Asimismo, alegó que se encontraban vulnerados los arts. 17 y 18 de la C.N. y 10, 13 y 102 de la CCBA.

La Cámara declaró inadmisible el recurso. Para ello, afirmó que los agravios en general referían a cuestiones de hecho y prueba que habían sido considerados en la sentencia a la luz de normas infraconstitucionales, haciendo mención expresa de precedentes del Tribunal Superior de Justicia referidos a la interpretación de reglas del estatuto del docente y sus decretos reglamentarios. Con similares remisiones rechazó la arbitrariedad alegada a la que sólo reconoció como mera discrepancia del recurrente.

4. Así las cosas, el Gobierno dedujo el presente recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad.

5. A fs. 66/68 vta. produjo su dictamen el señor fiscal general adjunto, quien propició el rechazo de la queja.

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El quejoso si bien ha interpuesto el recurso en legal tiempo y forma, incumple la carga de realizar una crítica concreta y razonada del auto denegatorio.

El escrito comienza con una transcripción de la sentencia interlocutoria del tribunal superior de la causa, para concluir, luego de dos páginas, expresando que la decisión "no dedica ningún párrafo que constituya su argumento, tornando así dogmáticos y abstractos los fundamentos que enarbola". Sin embargo, otro es el sentido del texto citado.

En efecto, la sentencia de la Cámara se apoya en referencias y citas puntuales y pertinentes de fallos del Tribunal Superior que indican que, en principio, la interpretación de normas infraconstitucionales y aspectos procesales no involucran tópicos constitucionales.

Por otro lado, la supuesta arbitrariedad carece de todo sustento. El Gobierno se explaya acerca de esa categoría, pero no alcanza a explicar de qué modo el agravio que denuncia se vincula a lo ocurrido en el expediente, con lo que su razonamiento queda diluido e inconcluso.

2. En atención a las consideraciones expuestas, voto por desestimar la queja por improcedente.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Si bien el recurso de queja interpuesto por la actora fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, LPTSJ), no puede prosperar.

2. Es un requisito mínimo para la concesión de la queja que contenga una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, recaudo que el escrito en examen no reúne. En efecto, de la lectura del escrito que sustenta el recurso se advierte que el recurrente no ha planteado una sola crítica directa —concreta y desarrollada— contra el citado auto denegatorio.

Este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla (conf. el Tribunal *in re* "Guglielmone, María Dolores s/art. 74, CC s/recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad

denegado en: 'Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

Lo expuesto basta para rechazar el recurso de queja.

3. Por lo demás, corresponde destacar que el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, ya que el GCBA no acreditó adecuadamente la existencia de un caso constitucional que permita el tratamiento en esta instancia.

En este sentido, la queja reitera los defectos que ya contenía el recurso de inconstitucionalidad, pues en ninguna de las dos ocasiones se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional, conforme lo establece el art. 27 de la ley 402, más allá de efectuar alusiones a la arbitrariedad de la sentencia y la consecuente violación de los derechos de defensa, de debido proceso y de división de poderes consagrados en los arts. 18, C.N. y 10, 13 y 102 de la CCBA.

Cabe destacar, además, que el recurso de inconstitucionalidad no tiene por objeto revisar decisiones de los jueces que en el marco de sus facultades aplican e interpretan normas de derecho común —en el caso, las que surgen de la aplicación del Estatuto del Docente Municipal (ordenanza 40.593)— y valoran cuestiones de hecho y prueba, pudiendo admitirse la excepción a tal criterio cuando media arbitrariedad en la decisión, por ausencia de fundamentación o apartamiento notorio de la normativa conducente a la solución del diferendo, circunstancia que no se verifica en autos.

En suma, la invocada arbitrariedad es improcedente pues los agravios del Gobierno no pasan de constituir un reproche puramente genérico de la sentencia recurrida, y porque la mera mención de disposiciones constitucionales sin involucrar una cuestión constitucional no resulta suficiente para fundamentar la causal (conf. el Tribunal *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Novik, Jorgelina Carla y Wlodkowsky, Irene c/GCBA s/amparo'", expte. n° 1465/02, resolución del 24/4/2002; en: "Cavalleri de Goldberg, Marta Raquel c/GCBA s/empleo público —no cesantía ni exoneración—", expte. n° 1309/01, resolución del 6/4/2002 y sus citas).

Olvida el recurrente que su mera discrepancia con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia, más allá de su acierto o error —aspectos sobre los cuales no corresponde emitir opinión en esta instancia—, devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 282 y ss.), pues "si el fallo apelado, dictado por los jueces de la causa, es fundado

y serio, aun cuando pueda discutirse con base legal la doctrina que consagra o sus consecuencias prácticas, no resulta aplicable la jurisprudencia excepcional establecida en materia de arbitrariedad" (*Fallos,* 237:69).

La misma Corte Suprema enfatizó que la doctrina de la arbitrariedad, dado su carácter excepcional, exige de quien la invoca la demostración rigurosa e inequívoca del vicio que atribuye al fallo recurrido (*Fallos,* 303:387), carga que no se ha cumplido en este caso.

4. Por último, la alegada lesión a la división de poderes, avasallamiento de facultades constitucionales propias del Poder Ejecutivo, o la afectación de su zona de reserva, en razón del dictado de una sentencia que ejerce el control difuso de legalidad de un acto emanado del poder administrador a requerimiento de parte interesada, deviene no sólo improcedente sino también anacrónico como argumento.

Al respecto, he sostenido con anterioridad, en voto conjunto con los Dres. Ruiz, Muñoz y Maier: "La genérica invocación de una lesión al principio de división de los poderes y de la zona de reserva de la Administración (…), es manifiestamente improcedente. Tal argumentación vedaría cualquier intervención judicial cuando, como en el caso, se requiere la protección de un derecho constitucional conculcado por las autoridades administrativas. Estos principios sólo se dirigen a establecer la competencia privativa de los órganos superiores del Estado, sin que tal circunstancia los haga inmunes de todo control judicial" (expte. n° 1891/02, "González, Jorge Esteban c/GCBA s/amparo", resolución del 11/12/2002).

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto a fs. 39/45 vuelta.

Los jueces Luis F. Lozano y José O. Casás dijeron:

Adherimos al voto de la jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, así como a los argumentos concordantes del voto de la Dra. Conde.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiero al voto de la jueza del trámite, Alicia E. C. Ruiz, así como a las opiniones concordantes del voto de la jueza Ana María Conde.

Sin perjuicio de ello, entiendo pertinente señalar que sólo resalto aquí mi posición sobre el motivo "arbitrariedad", mucho más estricta que la comprensión genérica de mis colegas del Tribunal y que la doctrina de la CSJN, creadora del instituto (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución

del 29/6/2005), para que se advierta mi imposibilidad, en el caso, de concluir por revocar la sentencia de un tribunal de mérito (Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II) sobre la base de agravios como el indicado sobre el tópico por el recurrente.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º *Rechazar* la queja planteada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, mediante oficio, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XLV

"METROVÍAS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MONTES, ALBERTO OMAR C/GCBA Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Denegatoria de fuero federal. Metrovías. Derecho público local.

SUMARIOS:

1. El recurso extraordinario federal debe rechazarse si no expresa agravios dirigidos a cuestionar las razones por las que el Tribunal consideró que no son equiparables una y otra situación (federal y nacional) para aplicar la doctrina de la Corte Suprema referida a la "denegatoria del fuero federal". *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. En tanto no se ha resuelto en la causa la denegatoria de la jurisdicción federal, la sentencia cuestionada no es definitiva a los fines del recurso extraordinario federal. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Los perjuicios reclamados al Gobierno de la Ciudad y a Metrovías S.A. se vinculan directamente con aspectos regidos por el derecho público local y remiten al examen de la responsabilidad de derecho público que correspondería atribuir al Estado y a los concesionarios de servicios públicos, independientemente de que para su decisión se apliquen también, en forma analógica o supletoria, disposiciones y principios generales del derecho receptados en el Código Civil. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás).*

4. Las razones que justifican equiparar, excepcionalmente, una providencia interlocutoria, acerca de la competencia, a una sentencia definitiva, fincan exclusivamente en el interés en preservar la jurisdicción federal, y no existen razones para efectuar esa equiparación, cuando la alternativa a la local es la nacional (justicia nacional en lo Civil), requisito que no puede ser suplido mediante la tacha de arbitrariedad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. n° 5898/08 - 11/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La empresa Metrovías S.A. interpuso a fs. 131/149 vta. recurso extraordinario federal contra la resolución de fecha 20/11/2008 por la que el Tribunal rechazó el recurso de queja.

Se dio traslado del recurso a la parte actora y al Gobierno de la Ciudad, en su calidad de codemandado, sin que ellos le dieran respuesta.

FUNDAMENTOS:

Los jueces Julio B. J. Maier, Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

1. Pese haber cumplido la recurrente con los requisitos formales exigidos, el recurso extraordinario federal interpuesto no es admisible.

2. La sentencia del Tribunal que ahora impugna Metrovías S.A. desestimó la queja porque la decisión de la Cámara, contra la cual ella misma dedujo el recurso de inconstitucionalidad, no satisfacía el requisito de ser una sentencia definitiva, exigido por la ley 402 para su admisibilidad. Conviene recordar que Metrovías S.A. intentaba someter a decisión de este Estrado el rechazo de la excepción de incompetencia decidido en primera instancia y confirmado por la alzada.

Tal como ha sido planteada la cuestión, ella resulta sustancialmente análoga a la decidida por este Tribunal con fecha 11/10/2006, en los autos “Me-

trovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Batlle, Mercedes Beatriz c/GCBA y otro s/daños y perjuicios (excepto responsabilidad médica)'", expte. n° 4412/05.

3. Al igual que en el precedente citado, la recurrente tampoco reclama aquí la *jurisdicción federal*. Requiere, como se dijo en el fallo cuestionado, la intervención en el caso de la *justicia ordinaria* (nacional en lo civil).

El recurso no expresa agravios dirigidos a cuestionar las razones por las que el Tribunal consideró que no son equiparables una y otra situación (federal y nacional) para aplicar la doctrina de la Corte Suprema referida a la "denegatoria del fuero federal" (véanse puntos 2 y 3 del voto de la jueza Ana María Conde; votos de los jueces José O. Casás y Luis F. Lozano; y punto 2 de mi voto).

Así las cosas, los agravios vinculados con el derecho a la jurisdicción federal carecen de relación directa con las cuestiones planteadas por Metrovías S.A. (la competencia de la justicia nacional en lo civil) y resueltas por el Tribunal en la sentencia cuestionada (la no equiparación de la denegatoria del fuero federal con la denegatoria del fuero nacional, para considerar definitiva a una decisión que rechaza una excepción de incompetencia).

En suma: en tanto no se ha resuelto en la causa la denegatoria de la jurisdicción federal, la sentencia cuestionada tampoco es definitiva a los fines del recurso extraordinario federal.

4. La jurisprudencia de la CSJN que el recurrente cita y transcribe "Auditoría Educativa Diálogos S.R.L. v. Instituto Municipal de Obra Social", *Fallos,* 325:3413, sentencia del 12/12/2002) no permite arribar a una solución distinta.

Ese pronunciamiento se refiere a una demanda planteada por un particular contra el ex IMOS por incumplimiento de un contrato de locación de servicios. La Corte Suprema de Justicia consideró que en ese caso el IMOS no podía considerarse "autoridad administrativa" (art. 2º, CCAyT) porque no ejerció potestades públicas.

Ahora bien, esa cuestión no tiene ninguna vinculación con la que se plantea en autos, ya que, a diferencia del precedente de la Corte federal invocado por la recurrente, los perjuicios reclamados al Gobierno de la Ciudad y a Metrovías S.A. se vinculan directamente con aspectos regidos por el derecho público local y remiten al examen de la responsabilidad de derecho público que correspondería atribuir al Estado y a los concesionarios de servicios públicos, independientemente de que para su decisión se apliquen también, en forma analógica o supletoria, disposiciones y principios generales del derecho receptados en el Código Civil, primera Codificación de la República.

5. Con relación a la alegada arbitrariedad de la sentencia recurrida, el carácter de sentencia definitiva no puede ser soslayado ni aun bajo la invo-

cación de vulnerarse garantías constitucionales, pues como lo tiene dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la invocación de la arbitrariedad o el desconocimiento de garantías constitucionales no autoriza a prescindir de la existencia del pronunciamiento definitivo (doctrina de *Fallos,* 276:366; 302:890; 304:749; 304:1717; 306:224, 250, 1679; 307:1799; 308:1202; 312:311, entre muchos otros).

6. Por lo demás, el recurrente no dio cumplimiento acabado a los recaudos señalados en los arts. 1º, 2° y 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/2007 de la CSJN.

Así, el escrito supera —en varias de sus páginas— los veintiséis (26) renglones (art. 1º). También se omitió efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. *i*), así como la introducción oportuna de tales cuestiones (art. 3º, inc. *b*): adviértase que ninguna referencia se hizo de ellas en el escrito de oposición de excepciones, fs. 25/31 vta.). Además, el recurso presentado no alcanza a demostrar (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) que "la decisión apelada (...) es definitiva o equiparable a tal según la jurisprudencia de la Corte" (inc. *a*). Tampoco logra refutar "todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (inc. *d*). No consigue demostrar que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, ni que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por el apelante con fundamento en aquéllas (inc. *e*).

7. En atención a las razones expuestas, corresponde denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por Metrovías S.A. Sin costas, por no haber resistido la actora o la codemandada la pretensión recursiva.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Comparto la solución propuesta por mis colegas preopinantes. Ello así, en tanto las razones que justifican equiparar, excepcionalmente, una providencia interlocutoria, acerca de la competencia, a una sentencia definitiva, fincan exclusivamente en el interés en preservar la jurisdicción federal. "Ejercer jurisdicción federal" e "integrar el Poder Judicial de la Nación" son atributos que no asisten al mismo conjunto de jueces, desde que la ley 13.998 incorporó a los tribunales ordinarios de la Capital Federal a dicho Poder. Ello así, toda vez que no compete a buena parte de estos últimos distinta competencia material de la que está reservada a toda provincia. Tampoco existen, a este respecto, razones que se apoyen en la competencia territorial de esos tribunales o deriven de ella. Aplicadas estas nociones al *sub lite*, sería equiparable a definitiva, a los fines del recurso extraordinario, aquella hipotética decisión que denegare la jurisdicción

federal. En cambio, no existen razones para efectuar esa equiparación, cuando la alternativa a la local es, como en el caso, la nacional (justicia nacional en lo civil), requisito que no puede ser suplido mediante la tacha de arbitrariedad (conf. *Fallos,* 304:1717; 305:1159; 306:244, entre muchos).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Comparto la solución propuesta por el señor juez de trámite y por mis colegas preopinantes, y adhiero a los fundamentos expresados en los puntos 2, 3, 5 y 6 de su voto. Corresponde, pues, denegar el recurso extraordinario federal interpuesto por Metrovías S.A.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Metrovías S.A.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 117, punto 2.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XLVI

"GNC S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GNC S.A. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva. Arbitrariedad de sentencia. Cuestiones de hecho y prueba. Derecho común.

SUMARIOS:

1. Las resoluciones que declaran inadmisibles un recurso de apelación ante la Cámara no son pasibles de ser atacadas mediante recurso de inconstitucionalidad debido a que no constituyen sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, porque no dirimen la controversia poniendo fin al pleito ni hacen imposible su continuación, y no son equiparables a ella. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Los agravios vertidos en el recurso de inconstitucionalidad y en la queja acerca de la invocada arbitrariedad de la sentencia no pueden ser admitidos

cuando no demuestran que la jueza omitió analizar las probanzas de la causa para formar su convicción, y la decisión impugnada, más allá de su acierto u error, contiene una desarrollo argumental que la sostiene frente al cuestionamiento del recurrente, inidóneo para desvirtuarla en el plano fáctico o lógico. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. El planteo enunciado en el recurso de queja no resulta suficiente para articular un agravio que permita habilitar la competencia extraordinaria de este estrado en el sentido exigido por el art. 27 de la ley 402, pues si bastara para ello la simple invocación de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional sin acreditar la relación directa con los hechos y constancias de la causa, este Tribunal se vería convertido de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el poder Judicial de la Ciudad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. Las cuestiones referidas a la debida fundamentación de los recursos como a su deserción son de índole procesal, se vinculan con aspectos de hecho, prueba y derecho común propias de los jueces de mérito, que no habilitan en principio, el recurso de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez José O. Casás al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 6039/08 - 11/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. GNC S.A. promovió una demanda (fs. 1/13) contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de "obtener la declaración de ilegitimidad de la resol. 1404-SHyF-2002" que desestimó el recurso jerárquico que interpusiera contra la resol. 3685-DGR-2001 por la cual la Dirección General de Rentas (en adelante, DGR) determinó de oficio sobre base cierta la materia imponible y el impuesto sobre los ingresos brutos por los períodos fiscales 1994 (los 12 anticipos), 1995 (ídem), 1996 (anticipos 1 a 9 y 11), 1997 (anticipos 3 a 10) y 1998 (anticipos 3, 5 y 6) e impuso a la actora una multa equivalente al 80 % del impuesto omitido.

La actora sostuvo que su actividad principal, desde el inicio en 1988, fue la compraventa, comercialización, distribución, importación y exportación de equipos de gas natural comprimido para automotores y motores de todo tipo. En el año 1994, para expandir su actividad en el Mercosur, comenzó a fabricar los equipos de gas natural comprimido, sus partes y accesorios, que con ante-

rioridad importaba o adquiría a terceros. Sostuvo que la actividad estaba exenta del pago del ISIB a raíz del "Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento", del 1278/1993, vigente en la Ciudad de Buenos Aires de acuerdo con el DNU del Poder Ejecutivo Nacional n° 92/94, que modificó a partir del 1º/1/1994 la Ordenanza Fiscal vigente en la jurisdicción local. GNC S.A. relató que el 14/3/1994 presentó a la DGR la solicitud de exención, y que el 6 de diciembre de ese año, la DGR expidió la constancia de exención n° 144. A partir de esa fecha trató a los ingresos obtenidos por sus ventas de acuerdo con las disposiciones fiscales referidas a la actividad industrial.

La accionante cuestionó la resol. n° 6135-DGR-2000 en cuanto estableció que su actividad consiste en el simple armado o ensamble de elementos, y carece de naturaleza industrial. Sostuvo que la determinación fiscal era improcedente porque desconoció la exención concedida por la propia demandada (n° 144). Planteó, también, que en el procedimiento de determinación no se le permitió la apertura a prueba; y que la decisión administrativa se fundó en la opinión de inspectores que no son expertos técnicos en la materia y en constancias contables de que nada podían aportar a la determinación del carácter industrial de la actividad de la empresa. GNC S.A. solicitó que se considerase que la reglamentación del Código Fiscal para el año 1999, establece como actividad industrial al armado o ensamble, reglamentación que por carácter "interpretativo" debió tener efectos retroactivos a partir del año 1994. Señaló, además, que el GCBA desconoció que la empresa solicitó de manera oportuna la exención correspondiente para la actividad de armado, el 29/5/2001.

En cuanto a la multa, la actora la consideró que debía dejarse sin efecto pues su conducta fue atípica y con falta de dolo o culpa. También cuestionó el monto de la sanción, por considerarlo incurso en un exceso de punición. Subsidiariamente sostuvo que el incumplimiento de sus deberes formales se debió a error u omisión excusable, a tenor del art. 94, C.F.

2. El GCBA contestó el traslado de la demanda (fs. 14/48) Sostuvo que la actividad que desarrollaba la empresa no consistía, como GNC S.A. afirma, en una actividad industrial sino en la "venta" de equipos de gas, sujeta, por los períodos 1994/1998, a la alícuota general del 3 %. Resaltó que la actora no llevaba a cabo ninguna actividad de transformación ni proceso inducido y que no fabricaba ninguna de las piezas que instalaba. Agregó que el local de la actora no estaba habilitado como industria sino como "taller mecánico de reparación de vehículos automotores, soldadura autógena y eléctrica, con depósito". Sostuvo también que las constancias que acompañó la actora para acreditar su actividad industrial eran posteriores al año 1998 y, por ende, no estaban vinculadas con la actividad desarrollada por la empresa entre 1994 y 1998; y que las demás actuaciones de la actora dirigidas a demostrar su actividad

industrial durante el trámite del procedimiento de determinación no justificaban la exención que reclama.

El GCBA sostuvo que el dec. 2413/99, reglamentario del Código Fiscal (t.o. 1999, art. 116, inc. 22 b) no era una norma interpretativa y carecía de efectos retroactivos. Y aunque se considerase que esa norma era retroactiva, de todos modos la actora no se habría beneficiado pues se exigía determinadas condiciones, en particular que el armado y ensamble sea efectuado en un establecimiento industrial especialmente habilitado a tal efecto, lo que no ocurría en el caso de GNC S.A.

La demandada desconoció la autenticidad de la solicitud de exención y de la constancia de exención n° 144 que acompañó la actora por tratarse de copias simples, y porque la DGR no registraba la concesión de una exención a la actora tal numeración. También señaló que la exención obtenida sobre la base de declaraciones juradas no es suficiente para eximirse del tributo si la realidad de la actividad no concuerda con la denunciada por el contribuyente para obtener la exención.

3. La jueza de primera instancia rechazó la demanda, con costas (fs. 49/61 vta.). Fundó su decisión en que GNC S.A. no acreditó haber solicitado la exención en los términos y condiciones establecidos por la autoridad fiscal. La sentencia consideró que la actora no rebatió la impugnación formulada por el GCBA de la autenticidad de la documentación (formularios de solicitud de exención y constancia de exención) que ella presentara en copia simple ni los informes que produjo la DGR (tanto el del Jefe de División Agentes de Recaudación de la DGR dando cuenta que no surgía de sus archivos que el contribuyente hubiera presentado el formulario de solicitud de constancia de exención en el impuesto sobre los ingresos brutos, como el de la Dirección Administración del Padrón de Contribuyentes en el que se afirma que "no se registra en esta área esa numeración 144 otorgada a la firma GNC"), limitándose a acompañar la constancia original de la exención n° 144. El fallo ponderó la restante prueba documental e informativa producida y la consideró inidónea para acreditar la actividad industrial de la actora en los períodos que corresponden a la deuda reclamada (1994 a 1998), ya que se refieren a fechas posteriores. Y en cuanto a la prueba pericial, la jueza tuvo en cuenta que fue practicada en el año 2003 y nada permite extender sus conclusiones a períodos anteriores al año 1998. La jueza desestimó la consideración de la reglamentación del dec. 2143/99 como norma de efectos retroactivos a partir de enero de 1994. Finalmente, rechazó los planteos referidos a la multa y su cuantía.

4. GNC S.A. apeló la sentencia (fs. 62). Se agravió por el desconocimiento de la constancia de exención n° 144 y por la falta de consideración de la actividad industrial que, sostuvo, lleva a cabo la empresa. También cuestionó lo decidido

en torno a la sanción. Finalmente, solicitó, en subsidio, que se impusieran las costas por su orden (fs. 63/66).

5. El GCBA contestó el traslado del memorial de agravios en forma extemporánea, razón por la cual se ordenó y produjo su desglose (fs. 67/68).

6. La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió: "Rechazar el recurso de apelación interpuesto por la actora. Sin costas en esta instancia por no mediar controversia" (fs. 69/72). Sostuvo, al fundar su decisión que "el recurso bajo análisis no constituye una crítica razonada del fallo que pretende impugnar, dado que se limita a efectuar afirmaciones dogmáticas, preguntas retóricas y cuestionamientos indecorosos respecto de los argumentos y la persona de la señora jueza de primera instancia". Entre otras consideraciones, la Sala expresó: "La lectura detenida de la sentencia de primera instancia, más allá de compartir los términos de su argumentación jurídica, no justifica las expresiones utilizadas por el recurrente en su expresión de agravios, en el cual, en definitiva, en vez de analizar la pieza que pretende impugnar en términos jurídicos (y así obtener eventualmente su revocación), sólo la descalifica de forma genérica y con giros que no son propios de la práctica del derecho, donde se justifica la defensa vigorosa de las pretensiones pero no el trato despectivo".

7. GNC S.A. interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 73/77). Adujo que la sentencia objeto del recurso era arbitraria pues carecía de fundamentación ya que "[e]n ningún momento se hace una concreta referencia que refleje por qué el recurso resulta deficiente lo cual implica, sin duda alguna 'gravedad extrema'". Afirmó que el recurso presentado por su parte "cumple acabadamente con los requisitos necesarios a fin de constituir una crítica concreta y razonada. La única forma de arribar a tan injusta conclusión [la deficiencia del recurso de apelación] es basándose en la sola voluntad de quien la alega, junto con párrafos que definen los conceptos que se pretenden aplicar y, por último, en afirmaciones y valoraciones netamente subjetivas, además de falsas, como ocurrió en el caso". Sostuvo que el recurso analizó, punto por punto, las deficiencias del fallo de primera instancia en cuanto a "la desestimación de la prueba agregada y producida (...); luego con respecto al no reconocimiento de la actividad industrial (que fuera reconocida por la propia Dirección General de Rentas); luego el agravio referido a la sanción impuesta y, por último la imposición de costas".

8. El GCBA contestó el recurso. Señaló, centralmente, que no se planteó una cuestión constitucional que permita su concesión (fs. 78/86).

9. La Sala I rechazó el recurso de inconstitucionalidad planteado por la actora pues en él no se hace mención, siquiera, a los derechos y garantías

constitucionales que la parte considera vulnerados. El tribunal consideró que no se plantearon agravios de naturaleza constitucional, y que "la agraviada se limita a mencionar su desacuerdo con la sentencia" y a reiterar cuestiones ya resueltas. Agregó que no se presentaban los supuestos en los que cabía admitir la tacha de arbitrariedad (fs. 87/88).

10. Disconforme con ese rechazo, el GNC S.A., interpuso recurso de queja ante el Tribunal (fs. 93/99). Reiteró —fundamentalmente— lo alegado al plantear el recurso de inconstitucionalidad. Centró su crítica contra el auto denegatorio en señalar que el recurso de inconstitucionalidad contaba con fundamentos suficientes en relación al caso constitucional, ya que en ese recurso se señaló que la Sala, sobre la base de "afirmaciones dogmáticas sobre cuestiones de carácter formal (...) ha omitido considerar la clara actividad industrial que desarrollada *[sic]* por el contribuyente de autos, respecto de la cual hemos ofrecido, desde el inicio, medidas probatorias directas e irrefutables respecto de tal postura, las que han sido ignoradas constantemente a lo largo de este proceso, dejando de lado el respeto a los preceptos constitucionales de debido proceso adjetivo y defensa en juicio"; a ello agregó que la pericia "fue ignorada por completo por la jueza de primera instancia" (fs. 93/99).

11. El fiscal general adjunto propició rechazar el recurso de queja (fs. 107/108 vta.) por dos razones: *a)* al haberse declarado desierto el recurso de apelación interpuesto por GNC S.A. contra el fallo de primera instancia que rechazó la demanda, la sentencia del tribunal superior de la causa "no abordó el tema por estimar insuficiente el recurso de apelación que habría podido habilitar su revisión"; y *b)* "los argumentos introducidos por la recurrente referidos a la arbitrariedad de la sentencia, no alcanzan a demostrar la pretendida contradicción del contenido del decisorio, ni que el mismo hubiere desatendido los argumentos deducidos por su parte".

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Conforme lo dicho en mis votos *in re* "Dodero, Marta y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5473/07, sentencia del 5/3/2008, y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ocharan Márquez, Olimpia Zoila c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 6024/08, sentencia del 17/12/2008, aquellas resoluciones que declaran inadmisible un recurso de apelación ante la Cámara no son pasibles de ser atacadas mediante recurso de inconstitucionalidad debido a que no constituyen una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402.

Sentencia definitiva es aquella que dirime la controversia poniendo fin al pleito o haciendo imposible su continuación (al igual que, *mutatis mutandi*, la del recurso extraordinario federal).

Mediante el recurso de inconstitucionalidad, cuya admisibilidad defiende la queja ahora en estudio, GNC S.A. ataca la sentencia de Cámara que rechazó, por insuficiencia de fundamentación, el recurso de apelación intentado. Esa no es una sentencia definitiva ni —como principio— una equiparable que permita esta impugnación extraordinaria. En este caso, la sentencia definitiva es la de primera instancia que rechazó la demanda iniciada por GNC S.A. Sin embargo, esa tampoco hubiera sido pasible de ser recurrida por esta vía debido a que no fue dictada por el tribunal superior de la causa (conf. art. 27, ley 402).

La noción de superior tribunal de la causa viene también tomada de nuestro derecho federal. En el caso, de la ley nacional 48 que lo emplea para obligar a los litigantes a agotar las instancias locales, cosa que no ocurría con la ley nacional 27. En nuestra Ciudad, el propósito del requisito es que la causa no sea extraída de los tribunales de mérito hasta tanto los remedios que el orden jurídico prevé para obtener pronunciamiento de dichos tribunales quede agotado. El texto de la ley nacional 48 fue tomado, a su vez, de la *Federal Judiciary Act* de 1789 de los EE.UU. En ella, el concepto quedaba descrito como el tribunal de mayor jerarquía en el que un pronunciamiento pudiera ser rendido o del que se lo pudiere obtener.[5]

Esta exigencia impone un deber al recurrente: haber articulado diligentemente todos los remedios que el ordenamiento pone a su disposición para llegar a la decisión del tribunal de mayor jerarquía, distinto del superior o supremo ante el cual se deduce el recurso extraordinario o de inconstitucionalidad, según el caso.

Retomando el examen del *sub lite*, la resolución de Cámara se limita a resolver una cuestión de índole procesal, la admisibilidad de un recurso de apelación ante ella, cuya solución es privativa de los jueces de mérito. Esa solución consistió en establecer que el hoy recurrente había fallado en articular un recurso admisible. No establece, en cambio, que ese recurso fuera imposible, independientemente de la diligencia que el recurrente hubiera aplicado a obtener el pronunciamiento de la Cámara.

Como quedó dicho, es una carga del recurrente lograr que la sentencia definitiva emane del tribunal superior para tener habilitada esta vía, si se encuentran presentes el resto de los requisitos. En nuestro caso, hay sentencia

[5] "…SEC. 25. […] the highest court of law or equity of a State in which a decision in the suit could be had…".

definitiva, pero no proviene del superior tribunal, mientras que hay auto del superior tribunal, pero interlocutorio.

2. Existe un supuesto en el que una resolución que, como la impugnada, declara mal articulado un recurso ordinario podría ser atacada mediante recurso de inconstitucionalidad. Es el caso en que se demuestra que la declaración de inadmisibilidad del recurso con que se buscaba obtener el pronunciamiento del superior tribunal constituye un obstáculo que frustra arbitrariamente la revisión por el Tribunal Superior de Justicia, prevista en el art. 113, inc. 3º de la CCBA, por la vía de eludir el superior tribunal de la causa la emisión del fallo que pone fin al pleito. En estos supuestos, incumbe al recurrente mostrar, por una parte, que la oposición del superior tribunal de la causa al emitir la sentencia definitiva es contraria a derecho y, por la otra, que los contenidos de la sentencia definitiva del inferior, que se convertiría en firme, son susceptibles de revisión por medio del recurso de inconstitucionalidad. Es que, dadas las condiciones apuntadas, el auto que declara inadmisible el recurso aparece como uno que impide la continuación del pleito y, por ello, es sentencia definitiva sumado a que emana del superior tribunal de la causa.

3. Desde antiguo, la CSJN se ha manifestado en este sentido al analizar esta misma cuestión desde la óptica del recurso extraordinario federal. En *Fallos,* 35:230 declaró procedente un recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado desierto un recurso de apelación local, argumentando que, en ese caso, esa resolución tenía fuerza de definitiva. Para así resolver sostuvo que "...el objeto constitucional del recurso ante la Corte Suprema, en protección de la validez de esas leyes, derechos, autoridades o comisiones, quedaría frustrado si no fuera aplicable a la sentencia que, aunque sin resolver el fondo del asunto, pone fin al pleito en que se ha decidido contra su validez y tal decisión queda subsistente: lo que determina la competencia de la Corte para conocer del recurso, es la naturaleza del caso, no la sentencia misma apelada, respecto de la cual solo exige la ley que tenga el carácter de definitiva". A considerando seguido, agregó que, por las razones expuestas, no puede oponerse a la procedencia del remedio federal el hecho de que las cuestiones resueltas por la anterior instancia "...solo hayan resuelto una cuestión de procedimiento, aplicando leyes de la provincia..." y que "...no es exacto que los tribunales locales sean los únicos intérpretes de sus propias leyes, estando como está establecido el art. 21 de la ley sobre jurisdicción y competencia de los Tribunales nacionales, que estos procederán aplicando las leyes particulares de las provincias según lo exijan los casos que se sometan a su conocimiento".

Actualmente, esta jurisprudencia encuentra su reflejo cuando la Corte Suprema sostiene que las resoluciones que declaran desierto un recurso ante

el tribunal de alzada, no son, debido a su naturaleza fáctica y procesal, impugnables por la vía del art. 14 de la ley nacional 48 salvo que lo resuelto revele una un exceso ritual notorio susceptible de frustrar la garantía de defensa en juicio que asiste a las partes (*Fallos,* 326:1382, 2414; 327:3166; entre muchos otros). Sin perjuicio de que para lograr la revisión de la Corte Suprema en esos casos se debe probar que se encuentra en juego, en la sentencia que resuelve la controversia una cuestión capaz de habilitar su intervención. Esto último, debido a que "[l]a doble instancia judicial no es, por sí misma, requisito constitucional de la defensa en juicio" (*Fallos,* 330:1036; entre muchos otros).

La doctrina que vengo reseñando tiene como uno de sus supuestos de aplicación el precedente de *Fallos,* 261:420 (cuyos dos sumarios reproducen los dos considerandos que integran el fallo). Sostuvo allí la CSJN que la declaración de deserción de una apelación no modifica el carácter de superior tribunal. Ello en razón de que lo que confiere ese carácter a una Cámara es la posibilidad jurídica de recurrir ante ella y no la efectiva articulación de un recurso. En las condiciones del precedente citado, la sentencia definitiva del juez de primera instancia no sería recurrible ante la Corte Suprema, por no provenir del superior tribunal de la causa, a menos que el recurrente mostrase que el ordenamiento jurídico no lo dota con el remedio de apelar ante la Cámara, en cuyo caso el juez de primera instancia pasa a ser quien el legislador convirtió en superior tribunal de la causa. Esto no ocurrió en dicho precedente, toda vez que, como en él se señala, el recurrente ni siquiera afirmó que el fallo final, que sigue siendo el de primera instancia, no hubiera podido ser recurrido ante la Cámara. Por esas razones, la Corte Suprema rechazó el recurso extraordinario federal deducido, en ese caso, contra la sentencia de primera instancia.

4. De acuerdo con lo señalado en el punto 2, advierto que el recurso de GNC S.A. intenta demostrar la arbitrariedad del rechazo de su apelación por parte de la Cámara y, con ello, la frustración de la vía revisora del fallo de primera instancia. Pero no logra demostrar que los contenidos de la sentencia definitiva del inferior, que se convertiría en firme de acuerdo a lo decidido por la alzada, son susceptibles de revisión por medio del recurso de inconstitucionalidad. A tal fin, como fue reseñado en el punto 4 de las resultas y surge, en extenso, de la copia del memorial de agravios dirigido contra el fallo de primera instancia (fs. 63/66), los reparos del actor giran en torno a la valoración efectuada por la jueza de grado respecto de la prueba producida por las partes, que la llevaron a considerar que no se había acreditado ni la exención invocada por GNC S.A., ni la realización de una actividad industrial en el período correspondiente a la deuda establecida en el acto de determinación. Aunque en el recurso de inconstitucionalidad y en la queja el recurrente pretende tachar de arbitraria esa decisión, los agravios esgrimidos no demuestran que la jueza

hubiera omitido analizar las probanzas de la causa para formar su convicción. La decisión impugnada, más allá de su acierto o error, contiene un desarrollo argumental que la sostiene y que el recurrente no exhibe, en el plano fáctico o lógico, como insostenible.

Así, en tanto el actor no ha demostrado que la sentencia de primera instancia podía ser pasible de ulterior revisión por medio del recurso de inconstitucionalidad, de conformidad con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja que obra a fs. 93/99.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso directo obrante a fs. 93/99 cumple con los correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar por las razones que expongo a continuación.

2. La Cámara denegó el recurso de GNC S.A. dirigido contra la decisión de la Sala I. Los camaristas habían declarado desierto el recurso de apelación deducido contra la sentencia de primera instancia en la cual la demanda fue rechazada.

Para fundar la denegatoria, los magistrados dijeron que "la recurrente sostiene (…) que el decisorio de fs. 614/7 (…) 'impide la tutela judicial del actor'(…) por lo cual (…) 'resulta a todas luces arbitraria' (*sic*), sin siquiera hacer mención de los derechos y garantías constitucionales que considera vulnerados" (fs. 87). Asimismo, sostuvieron que "al plantear su recurso de inconstitucionalidad, la agraviada se limita a mencionar su desacuerdo con la sentencia, sin adecuar su presentación a un agravio constitucional de manera concreta. Incluso no logra establecer una relación directa e inmediata entre el perjuicio que le ocasiona la sentencia y los derechos constitucionales supuestamente vulnerados (…). Lo que se verifica, en cambio, es una deficiente fundamentación" (fs. 87 vta.). Con respecto a la tacha de arbitrariedad efectuada por GNC, los jueces señalaron que "(...) la sentencia, puede ser objeto de críticas jurídicas pero no ser calificada como autocontradictoria, o carente de lógica, o de insuficiente fundamentación jurídica" (fs. 87 vta.).

3. La queja de GNC S.A. no logra desvirtuar las razones por las cuales la Sala I denegó el recurso de inconstitucionalidad (art. 33 de la ley 402).

El quejoso vuelve sobre los agravios ensayados en el recurso de fs. 73/76 vta., pero no expone una crítica adecuada al auto denegatorio.

Así, se limita a transcribir la decisión de la Sala I y a afirmar que su recurso "no reviste las características de 'falta de fundamentación' y 'carencia en la exposición del agravio constitucional invocado'" (fs. 96). Agrega a fs. 96 vta. que "proceder[á] a acreditar la correcta fundamentación del caso", y que sus argumentos "no sólo son suficientes sino que, además, demuestran en forma

directa la relación con los preceptos constitucionales invocados". Más adelante, GNC S.A. sostiene que el fallo impugnado ha "deja[do] de lado el respeto a los preceptos constitucionales de debido proceso adjetivo y defensa en juicio" (fs. 98). Sin embargo, estos planteos no se refieren a la declaración de deserción del recurso de apelación sino a la cuestión de fondo debatida en autos.

Pese a estas afirmaciones, su presentación no satisface ninguna de las condiciones que la propia GNC reconoce como necesarias para sustentar su queja.

En síntesis, el escrito de fs. 93/99 no constituye, técnicamente, un recurso de queja y éste es el único medio que habilita al Tribunal a evaluar la procedencia del recurso de inconstitucionalidad denegado porque —como es sabido— no está procesalmente prevista su interposición directa ante los jueces con competencia para tratarlo. Por lo tanto, las deficiencias de la presentación de GNC S.A. definen su rechazo e impiden avanzar en el análisis más allá de lo expuesto.

4. Voto, pues, por rechazar la queja de fs. 93/99 vuelta.

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja fue planteado en tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. La recurrente no ha logrado controvertir desde el plano constitucional la decisión de la Sala I de la Cámara en lo CAyT que declaró desierto su recurso de apelación. Tanto en la oportunidad de impetrar la presente queja como al deducir el recurso de inconstitucionalidad, GNC S.A. ha dirigido la mayor parte de sus esfuerzos a cuestionar la sentencia del juez de grado que rechazó la demanda que promoviera contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires a fin de obtener la declaración de ilegitimidad de la resolución de la Secretaría de Hacienda y Finanzas que desestimó el recurso jerárquico deducido contra la resolución de la Dirección General de Rentas que impugnó las liquidaciones efectuadas por la actora por diversos períodos fiscales comprendidos entre 1994 y 1998 correspondientes al Impuesto sobre los Ingresos Brutos, determinó de oficio sobre base cierta la materia imponible y el tributo correspondiente, y le impuso una sanción de multa por evasión fiscal, por entender que la actividad que desplegaba la actora no era industrial y, por tanto, no encuadraba en la exención prevista para tal tipo de actividad en el CF.

El desarrollo argumental que se despliega tanto en dicho recurso como en la queja que lo sostiene, solo contiene una genérica mención de principios que gozan de jerarquía constitucional —defensa en juicio y debido proceso— y la invocación de arbitrariedad de sentencia —alegando que el decisorio no está debidamente fundado, no toma en cuenta o no valora adecuadamente elementos

probatorios obrantes en la causa, y ha desatendido argumentos formulados por su parte—. Tal planteo no resulta suficiente para articular un agravio que permita habilitar la competencia extraordinaria de este estrado (en el sentido exigido por el art. 27 de la ley 402), pues si bastara para ello la simple invocación de un derecho, principio o garantía de raigambre constitucional sin acreditar la relación directa con los hechos y constancias de la causa, este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, sentencia del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia*, Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 20 y ss., entre muchos otros).

Por lo demás, la circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. este Tribunal en "Federación de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 283 y ss.).

3. Asimismo, y tal como ya lo he sostenido con anterioridad —conf. mi voto en la causa: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Centrifugal S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 3922/05, sentencia del 5/10/2005— las cuestiones referidas a la debida fundamentación de los recursos como a su deserción son de índole procesal, se vinculan con aspectos de hecho, prueba y derecho común propias de los jueces de mérito, que no habilitan, en principio, el recurso de inconstitucionalidad. Además téngase en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en igual sentido, ha dejado sentado en innúmeros precedentes que: "Lo atinente a establecer la insuficiencia de los escritos de expresión de agravios y la consiguiente deserción del recurso, remite al estudio de una cuestión de hecho y derecho procesal, propia de los jueces de la causa y ajena al recurso extraordinario *(*conf. *in re*: "Jorge R. Moras Mom v. Nación Argentina —Poder Judicial de la Nación—", sentencia del 7/12/1988, *Fallos,* 311:2629; véase idéntica doctrina en *Fallos,* 314:800; 319:682, 323:1699, entre muchos otros).

Por los desarrollos hasta aquí efectuados, me pronuncio por el rechazo de la queja interpuesta por GNC S.A.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Tienen razón los colegas que me preceden.

1. Tiene razón la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, cuando estima que el recurso de queja (fs. 93/99) no controvierte fundadamente las razones que tuvo el *a quo* para no admitirlo, sino que, por lo contrario, utiliza su particular estilo para volver a tachar por *arbitraria* la decisión de rechazo y referirse nuevamente a la decisión de la Cámara que resolvió el recurso de apelación.

2. A esa objeción agrego yo que la queja, como todos los recursos anteriores, no presenta un caso constitucional. Ella sólo menciona la conocida doctrina de la CSJN pues, en la base, reproduce los agravios que ya expuso contra la sentencia de primera instancia: la empresa está eximida de responder al impuesto en cuestión, sobre la base de un certificado por ella presentado, que el demandado discute como tal con éxito; la empresa lleva a cabo una actividad industrial, naturaleza de su actividad que no le es reconocida por la sentencia; y la multa le ha sido impuesta sin dolo o culpa de su parte. Todas estas cuestiones son tópicos de hecho y de valoración de la prueba, a los que ha contestado, efectivamente, el juez de primera instancia en su sentencia y ha hecho suyos la Cámara al considerar infundada la crítica ensayada en el recurso de apelación. Como en tantos otros casos, el motivo *arbitrariedad* sólo pretende ocultar la palabra *agravio* —condición genérica de todo recurso— y el hecho de que la discrepancia del litigante se centra en una cuestión de hecho y prueba, en una opinión distinta acerca de esa valoración, cuestión excluida de la instancia extraordinaria, esto es pretende crear una nueva instancia de mérito, al no ver satisfecho su interés en las dos previstas por la ley. Sin querer abundar sólo menciono aquí mi posición sobre este supuesto motivo del recurso de inconstitucionalidad, no explícito en la ley 402, ni existente, a mi juicio, salvo casos excepcionalísimos en los cuales la deficiencia proviene, generalmente, de una lesión máxima a nuestro sistema de justicia constitucional (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005).

3. No creo que sea necesario dilucidar aquí la difícil cuestión acerca de la categoría de sentencia definitiva respecto de recursos de apelación desestimados por infundados. Vale la pena sólo decir que, en el caso, resulta claro tanto que esa posición dejó subsistente como propia la sentencia de primera instancia, como que la Cámara, al pronunciarse así y carecer, según lo explica, de una crítica debidamente fundada a tal sentencia, hizo suyas las explicaciones del señor juez de primera instancia. Aunque bastaría para no admitir el recurso de queja los motivos antes aclarados, permítaseme sólo decir que todo se centra en la discrepancia del recurrente con la valoración de hechos y prueba fijados

en las instancias de mérito, según la síntesis que ya consta arriba. Ello también impide la procedencia del recurso, pues no es función ni competencia de este Tribunal la revisión de la valoración de la prueba por parte de los tribunales de mérito, según lo pretenden los recursos interpuestos.

4. Por lo tanto, me adhiero al rechazo de la queja.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por GNC S.A. y dar por perdido el depósito de fs. 92.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XLVII

"DI GIORGIO, MATÍAS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'DI GIORGIO, MATÍAS C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES' EN: 'DI GIORGIO, MATÍAS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. AMPARO: Medida cautelar innovativa. Sentencia definitiva. Arbitrariedad de sentencia. Gravamen irreparable.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja porque la decisión de una medida cautelar en un proceso de amparo no constituye sentencia definitiva ya que la ley 2145 no ha modificado el esquema adoptado por la ley 402, que en su art. 27 mantiene la exigencia de que el recurso de inconstitucionalidad se dirija a cuestionar sentencias definitivas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

2. El pronunciamiento que revoca una medida cautelar innovativa concedida en primera instancia no es equiparable a una sentencia definitiva, porque en todo caso la medida tiene carácter provisorio y no determina por ende, en forma indefectible, el sentido de la sentencia de mérito ni anticipa un juicio adverso

sobre la pretensión de fondo de la actora; ni tampoco cabe tal equiparación si no se prueba la existencia de un gravamen irreparable que pudiera justificarla. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. En los procesos de amparo, de acuerdo con la regulación efectuada por la ley 2145, la sentencia que decide sobre medidas cautelares es definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador local. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. No es admisible el recurso de queja que no contiene una crítica prolija de todos y de cada uno de los fundamentos en que se apoyaron los magistrados de la Cámara para revocar la decisión cautelar en primera instancia; se limita a reiterar argumentos ya vertidos y tratados con anterioridad, y no plantea debida y fundadamente un caso constitucional. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. La tacha de arbitrariedad de la apreciación efectuada por la alzada sobre la prueba producida que se formula en el recurso no logra conmover lo decidido, pues la sentencia cuenta con fundamentos de hecho y de derecho suficientes para apoyar sus conclusiones, lo que impide descalificarlo como un pronunciamiento judicial válidamente emitido, más allá de su acierto o error *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. Corresponde hacer lugar al recurso de queja porque formula una crítica concreta y puntual del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad y enuncia buenos argumentos para caracterizar como definitiva a esa decisión, los que sin embargo no son suficientes para demostrar la existencia de un caso constitucional, por lo que es procedente rechazar el recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6207/08 - 11/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Matías Di Giorgio inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de que se le ordenase que cese en la omisión manifiestamente arbitraria e ilegítima de no renovar su contrato como agente público de planta transitoria e impedir que retome las tareas que desarrollaba hasta el 31/12/2007. Expresó que prestó servicios para el GCBA desde el 3/1/2005, mediante un contrato de locación de servicios para realizar tareas de "Junior Equipo Mesa de Ayuda en la Unidad Informática", dependiente de la Secretaría de Hacienda y Finanzas.

Solicitó como medida cautelar innovativa que se ordenase su inmediata reincorporación a la planta transitoria de la Ciudad, en los términos pactados

oportunamente, en sus tareas habituales y con la remuneración pertinente; y que se lo incluya en la revisión de la situación del personal contratado acordada entre el GCBA y SUTEGBA en el punto 1º del acta del 8/1/2008, hasta que se dicte sentencia (fs. 1/29, incidente de medida cautelar).

2. El juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada y ordenó al GCBA que reincorporara al actor en el mismo puesto que ocupaba al 31/12/2007 con la remuneración correspondiente y que lo incluya en la revisión de la situación del personal contratado, hasta que se resuelva la causa en definitiva.

El magistrado consideró que el contrato celebrado entre el GCBA y el actor parecía ocultar, *prima facie*, un vínculo laboral que no era acorde a lo establecido por la ley 471 para el trabajo transitorio. En cuanto al peligro en la demora, la sentencia tuvo en cuenta la afectación a la situación patrimonial del actor por la dilación en su reincorporación al puesto de trabajo, con la consecuente perdida de la remuneración (fs. 61/63, incidente de medida cautelar).

3. El GCBA apeló la resolución (fs. 70/78, incidente de medida cautelar). El actor respondió el traslado del memorial de agravios (fs. 85/99 vta., incidente de medida cautelar).

4. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió "[r]evocar la sentencia apelada y rechazar la medida cautelar peticionada" (fs. 103/109, incidente de medida cautelar).

En los fundamentos de la sentencia, el voto mayoritario del tribunal sostuvo, entre otras consideraciones, que la prueba acompañada permitía concluir que "frente a la falta de cualquier precisión sobre la labor a su cargo, su horario, etc., no se evidencia en principio el carácter de tareas correspondientes al régimen aludido en el art. 39 de la ley 471". Agregó que "...el art. 43 de la CCBA garantiza un régimen de empleo público que asegura el derecho a la estabilidad y que prevé que el ingreso y promoción en la carrera deben efectuarse por concurso público abierto" y que "...la ley 471 establece que las relaciones de empleo público se desenvuelven con sujeción a los principios de ingreso por concurso público abierto y asignación de funciones adecuada a los recursos disponibles (art. 2º, incs. a y c). Su art. 6º dispone, como principio general, que el ingreso se formaliza mediante acto administrativo emanado de autoridad competente, previo concurso público abierto. El art. 9º consagra el derecho a la estabilidad en el empleo en tanto se cumplan los requisitos establecidos para su reconocimiento y conservación (inc. ñ). En tal orden de ideas, al regular el régimen de la estabilidad (cap. IX) la mencionada norma aclara que este derecho corresponde a los trabajadores de la planta permanente (art. 36)...". Destacó que "...el actor aceptó libremente los términos de la relación jurídica que no constituyó una relación de empleo público dentro de la planta permanente sino

una relación de naturaleza transitoria y los elementos adjuntados a la causa —como se vio— son realmente escasos para fundar que las tareas realizadas fueran propias del régimen de carrera, tal como expresamente contempla el art. 39 de la ley 471.// La persona que sabe, al tiempo de su nombramiento, que éste tiene asignado un período determinado, está desde el comienzo de su relación de empleo en conocimiento de su situación de revista. Con posterioridad, no puede pretender que su status administrativo se trueque en otro. Si el empleo público es un contrato administrativo, parece que el principio general de la buena fe y la intención de las partes presta asidero a la solución". La Sala expresó, finalmente, que "...la falta de renovación del contrato celebrado entre las partes constituye una decisión que no se presenta como manifiestamente ilegítima o arbitraria. Ello así por cuanto, en las condiciones descriptas precedentemente, la relación jurídica que une a las partes había culminado de pleno derecho en los términos previamente convenidos —sin necesidad del dictado de acto administrativo alguno que así lo declare—, a menos que se celebre un nuevo contrato o que las partes de común acuerdo aprueben su prórroga.// Es que las constancias incorporadas al expediente no permiten tener por demostrado que el actor haya sido contratado sucesivamente y de manera reiterada con el objeto de realizar, en forma habitual y regular, tareas correspondientes al régimen de carrera y que, por tanto, se configure en el caso un supuesto de fraude al régimen laboral".

5. El actor interpuso recurso de inconstitucionalidad. Sostuvo que la decisión del tribunal vulneró las garantías contenidas en los arts. 14, 14 bis, 18 y concordantes, de la C.N., y en los arts. 10, 13 y concordantes de la CCBA. También planteó la arbitrariedad del fallo recurrido (fs. 112/139 vta., incidente de medida cautelar).

El GCBA contestó el traslado del recurso y solicitó su rechazo pues no se dirige contra una resolución definitiva (fs. 143/145 vta., incidente de medida cautelar).

6. La Sala declaró inadmisible el recurso en tanto "...el pronunciamiento impugnado no constituye sentencia definitiva", sin que el recurrente haya cumplido con "...la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararlo a uno de carácter definitivo". El tribunal consideró que el agravio del recurrente referido a que la Sala, al resolver la medida cautelar, habría incursionado en la cuestión de fondo otorgándole carácter definitivo y anticipando de esta forma la decisión final "...resulta insuficiente para justificar la concurrencia de este presupuesto objetivo de impugnación dado que el carácter irreparable de los agravios que ocasionaría la sentencia recurrida no ha sido adecuadamente fundamentado ni acreditado". Por último, en relación con la arbitrariedad planteada por el recurrente, la Sala consideró que "...más allá de

que la recurrente no se encuentre conforme con la solución adoptada, ella se presenta como debidamente fundada y constituye un acto jurisdiccional válido" (fs. 147/148 vta., incidente de medida cautelar).

7. La parte actora efectuó ante el Tribunal la presentación directa dirigida a cuestionar la denegatoria (fs. 44/73 vta., expediente de queja). El fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja por no cuestionarse una sentencia que pueda considerarse definitiva de acuerdo con lo dispuesto por el art. 27 de la ley 402 (fs. 79/81 vta., expediente de queja).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. En oportunidad de resolver los autos "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pérez Molet, Julio César c/ GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5872/08, sentencia de fecha 27/8/2008, sostuve que la decisión de una medida cautelar en un proceso de amparo no constituye una sentencia definitiva ya que la ley 2145 no ha modificado el esquema adoptado por la ley 402, en tanto el art. 27 de esta ley mantiene la exigencia de que el recurso de inconstitucionalidad se dirija a cuestionar sentencias definitivas.

Afirmé en mi voto que "[l]a opción legal (...) logra equilibrar la necesidad de imprimir un trámite veloz al amparo, sin excluir toda revisión de la instancia extraordinaria prevista en el art. 113, inc. 6º, de la CCBA, para admitirla en relación con la sentencia que resuelve el amparo, y negarla, como principio, respecto del resto de los pronunciamientos apelables durante el proceso de amparo. Al respecto, el significado que la doctrina asigna uniformemente a la noción de sentencia definitiva conduce a presumir que el legislador la usó para asegurar la máxima revisión posible, sin caer en la paradoja de obturar el proceso de amparo al admitir que los pronunciamientos interlocutorios pudieran considerarse definitivos a los fines del recurso de inconstitucionalidad, no al menos mientras no haya razones para equipararlos excepcionalmente a definitivas".

Resulta evidente, entonces, que el pronunciamiento que revocó la medida cautelar otorgada en primera instancia no constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad.

2. Tampoco demuestra el recurrente que esa decisión sea equiparable a una sentencia definitiva.

El actor sostiene que la resolución que revocó la medida cautelar ordenada en primera instancia es equiparable, por sus efectos, a una sentencia definitiva, sobre la base de tres argumentos principales:

a) por tratarse de una medida innovativa la decisión anticipa la sentencia de mérito (fs. 45 vta. y 46);

b) la sentencia de la Cámara "...ha incursionado sobre el fondo de la cuestión, dándole carácter definitivo e irremediable, anticipando y sellando en forma negativa e irremediable la suerte de la decisión final" (fs. 46);

c) "...el gravamen irreparable (...) se presenta mediante la concurrencia de las siguientes circunstancias primordiales: la magnitud del perjuicio que me causa mi despido arbitrario de la planta transitoria —convalidada por el dec. 948— y luego de nueve años de prestar mi dación de tareas; el grave perjuicio patrimonial que tal ilegítima acción y/o omisión por parte del GCBA me produce al quedarme 'literalmente en la calle' sin razón valedera alguna o acto administrativo que me lo notificara, impidiéndome percibir mis remuneraciones, de neto carácter alimentario, lo que hace necesario la reparación de los agravios emergentes de la sentencia, en forma pronta y eficaz..." (fs. 49 y vta.).

3. En relación con el primer argumento, conviene recordar que cualquiera que sea la caracterización jurisprudencial y doctrinaria de la medida cautelar innovativa en relación a su contenido y efectos, ella no deja de ser una medida cautelar de carácter provisorio, que no determina, por ende, en forma indefectible el sentido de la sentencia definitiva.

4. Reiteradamente el actor señala que la Cámara ha anticipado un juicio adverso a su pretensión de fondo al decidir la apelación del GCBA. Sin embargo, la lectura del pronunciamiento permite advertir que la Sala precisa que en esta etapa del proceso la prueba producida no es suficiente para considerar acreditado el fraude a la ley de empleo en que el actor sostiene su derecho a la estabilidad. También se observa en el fallo que las valoraciones que efectúa la alzada sobre el derecho del actor —ineludibles para decidir si se presenta o no la verosimilitud del derecho invocado— tiene el carácter provisional propio del juicio de mérito cautelar. Pero aunque se admitiese, por hipótesis, el argumento del actor, el eventual prejuzgamiento no convertiría sin más la decisión en una definitiva o equiparable a tal, sino que habilitaría a la parte a hacer uso del mecanismo procesal propio para cuestionar la participación de jueces que han prejuzgado en un caso determinado.

5. La última de las razones expuestas por el actor apunta a los efectos materiales de la decisión de la Sala.

Aunque el párrafo transcripto (punto 2, c) contiene ciertos datos inexactos —que el actor prestara 9 años de servicios, cuando en verdad son 3 de acuerdo con la demanda— y otros imprecisos —que fue despedido arbitrariamente de la planta transitoria, cuando resulta poco claro a esta altura del trámite del proceso si subsistía el contrato a plazo que vencía el 31/12/2007, o una designación transitoria que no brindaba estabilidad—, puede colegirse que el

recurrente pone de resalto la pérdida de su salario, de naturaleza alimentaria como gravamen irreparable que justifica la equiparación de la decisión recurrida a una sentencia definitiva.

No desconozco que la pérdida de un cargo o de un empleo genera, para quien se ve afectado por esa decisión, una afectación en sus ingresos. Ello es evidente. Lo que no es evidente es que ese fuera su único empleo o fuente de ingresos; que el actor quedara, como dice, "literalmente en la calle"; que no hubiera ingresado en otra relación laboral o que no desempeñe en forma autónoma alguna actividad lucrativa que le permita atender sus necesidades. La acreditación de esas circunstancias hubieran permitido al Tribunal ponderar la pérdida de la remuneración que le abonaba el GCBA en conjunto con aquellas situaciones para decidir si, por sus efectos, la decisión recurrida puede ser equiparada a una sentencia definitiva. A ese respecto cabe recordar que la regulación de las medidas cautelares en el CCAyT (art. 180) permitía que el actor produjera pruebas referidas al gravamen y al peligro que invoca, máxime cuando peticionaba una medida cautelar de carácter innovativa, pues como lo expresa la CSJN —y el propio actor menciona en su recurso— "la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado (...) habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión" (*Fallos*, 313:1420; 318:2431, entre muchos otros).

6. En relación al planteo de inconstitucionalidad del art. 30 de la ley 402, el modo en que se resuelve torna innecesario expedirse al respecto, en tanto la denegatoria del recurso encuentra apoyo en la previsión contenida en el art. 27 de la ley 402 y no en las causales contenidas en el mencionado art. 30.

Finalmente, tampoco resulta atendible en esta etapa del proceso el planteo de inconstitucionalidad del art. 280, CPCCN que efectúa el recurrente.

7. En consecuencia, en sentido concordante con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja articulada por Matías Di Giorgio.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiero al voto del señor juez del trámite, Luis F. Lozano. De acuerdo con lo decidido, por mayoría, por el TSJ *in re* "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", sentencia del 27/8/2008: "…La noción de sentencia definitiva conduce a presumir que el legislador la usó para asegurar la máxima

revisión posible, sin caer en la paradoja de obturar el proceso de amparo al admitir que los pronunciamientos interlocutorios pudieran considerarse definitivos a los fines del recurso de inconstitucionalidad… Aclarado el significado que corresponde atribuir al art. 22 de la ley 2145, resulta evidente que el pronunciamiento que revocó la medida cautelar otorgada en primer instancia no constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. Tampoco demuestra el recurrente que esa decisión sea equiparable a una sentencia definitiva".

En razón de lo expuesto y demás fundamentos insertos en el mencionado antecedente y de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, propicio rechazar la queja.

El juez José O. Casás dijo:

1. Aunque la queja planteada por el Sr. Matías Di Giorgio satisface los recaudos formales de interposición, ella no puede prosperar.

2. La Sala II de la Cámara denegó la concesión del recurso por tres razones fundamentales, sobre las que se agravia el recurrente: *a)* que la decisión que revoca una medida cautelar no es una sentencia definitiva; *b)* que el actor no acreditó las circunstancias que permitan equiparar la decisión a una sentencia definitiva; y *c)* que la sentencia no es arbitraria.

3. En cuanto a lo primero, en mi voto en los autos "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5872/08, resolución del 27/8/2008, sostuve que en los procesos de amparo, de acuerdo con la regulación efectuada por la ley 2145, la sentencia que decide sobre medidas cautelares es definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador local.

Sostuve entonces, y lo reitero ahora, que la mención de "las sentencias que dicten los tribunales superiores de la causa" que efectúa el art. 22 de la ley 2145 "no parece referirse únicamente a las sentencias definitivas (en el sentido más usual señalado en el párrafo anterior [*aquellas que resuelven el fondo de la cuestión debatida*]), ya que, a ese respecto, hubiera bastado con la previsión del art. 27 de la ley 402 y, como lo ha dicho la CSJN, no es dable suponer la inconsecuencia o imprevisión del legislador. Algo más, y distinto, quiere decir la ley amparo de la Ciudad./ El art. 22 de la ley 2145 se desinteresa de la conceptualización dogmática de la 'sentencia definitiva' y expresa, lisa y llanamente, que a los efectos del recurso de inconstitucionalidad '*se consideran definitivas*' todas las sentencias que provienen del tribunal superior de la causa. ¿Cuáles son, entonces, esas sentencias? Una interpretación sistemática de la Ley de Amparo me inclina a pensar que son aquellas a las que el art. 20

del apuntado plexo legal considera como decisiones apelables, a saber, las que disponen 'el rechazo *in limine* de la acción, la que resuelva reconducir el proceso, la que resuelva la caducidad de la instancia, el rechazo de una recusación con causa y las que versen sobre medidas cautelares'./ Independientemente de la opinión que me merezca la solución legal adoptada, sobre todo a partir de la caracterización de la vía en el art. 14, CCBA como rápida y expedita, el Poder Legislativo, en uso de sus atribuciones, reguló de esa forma especial el recurso de inconstitucionalidad para la acción de amparo".

Agregué que la solución legislativa no entraba en colisión con la regulación constitucional del recurso de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 3º) ya que "(n)o hay (...) en la Constitución referencia alguna al tipo de sentencia en la cual se produce tal interpretación o se practica la aplicación de esas normas constitucionales".

Sostuve, finalmente —como también corresponde hacerlo en este caso— que "la sentencia de Cámara que decidió revocar la medida cautelar otorgada oportunamente en favor del actor constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad".

Tal conclusión torna innecesario considerar los agravios del actor dirigidos a cuestionar la afirmación de la Cámara referida a que el recurrente no demostró que la decisión debía considerarse equiparable a una sentencia definitiva.

4. De todos modos, tanto la queja como el recurso de inconstitucionalidad que la precede no plantean debida y fundadamente un caso constitucional.

Reiteradamente el actor señala que la Cámara ha anticipado un juicio adverso a su pretensión de fondo al decidir la apelación del GCBA. Se afirma que por tratarse de una medida innovativa la decisión de la Sala ha anticipado la sentencia de mérito (fs. 45 vta.) y que el tribunal "ha incursionado sobre el fondo de la cuestión, dándole carácter definitivo e irremediable, anticipando y sellando en forma negativa e irremediable la suerte de la decisión final" (fs. 46). Por ello el actor concluye que la sentencia así dictada le "ha vedado (...), con este grave prejuzgamiento, [*el derecho*] a un juicio justo de amparo, que debe desarrollarse a través de su sustanciación y producción de pruebas necesarias, que el propio fallo recurrido da por sentado que no existen, colocándoseme en una verdadera posición de indefensión" (fs. 50).

Sin embargo, la decisión de la Cámara de revocar la medida cautelar dispuesta en primera instancia no permite inferir, como lo hace el actor, que la suerte del juicio haya quedado definitivamente sellada en forma adversa a su pretensión, pues todo anticipo de jurisdicción debe ser fundado, sin perjuicio de lo que se decida en su hora al dictarse la sentencia que resuelva las pretensiones de fondo planteadas.

Tampoco puede aseverarse que ésta sea demostrativa de un prejuzgamiento indebido, ni de la afectación del derecho "a un juicio justo de amparo", en tanto, a diferencia de lo insinuado, en parte alguna la Cámara anticipa la inexistencia, inutilidad o impertinencia de la prueba que el actor ha ofrecido producir durante el juicio.

El recurrente debió hacerse cargo de señalar y demostrar argumentativamente por qué razón la decisión contraria a la posición que él defiende afecta el derecho al debido proceso (con todas las garantías que ello implica), sin embargo, ello no resulta evidente.

Por el contrario, en el pronunciamiento recurrido se advierte que la Sala sólo precisó que en esta etapa incidental del proceso la prueba producida no fue suficiente para considerar acreditado el fraude a la ley de empleo en que el actor sostiene su derecho a la estabilidad y el pedido de la medida cautelar. También se observa en el fallo que las valoraciones que efectúa la Sala II sobre el derecho del actor —ineludibles para decidir si se presenta o no la verosimilitud del derecho invocado— tienen el *carácter provisional propio del juicio de mérito cautelar*.

A este respecto cabe recordar que la regulación de las medidas cautelares en el CCAyT (art. 180) permitía que el actor produjera la información sumaria referida al gravamen y al peligro invocados, máxime cuando peticionaba una medida cautelar de carácter innovativa —que al alterar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado justifica apreciar con suma prudencia los recaudos que hacen a su admisión—.

Finalmente, la tacha de arbitrariedad de esa apreciación efectuada por la alzada que formula el recurrente no logra conmover lo decidido, pues, como se expresó precedentemente, la sentencia cuenta con fundamentos de hecho y de derecho suficientes para apoyar sus conclusiones, lo que impide descalificarlo como un pronunciamiento judicial válidamente emitido, más allá de su acierto o error.

5. A ello se suma que los planteos del Sr. Di Giorgio, además, no contienen una crítica prolija de todos y cada uno de los fundamentos en que se apoyaron los magistrados de la Sala II para revocar la decisión cautelar dictada en primera instancia.

En efecto, el *a quo* expuso diversos argumentos por los cuales entendió que el amparista no había logrado demostrar la verosimilitud del derecho invocado para obtener una medida cautelar innovativa como la aquí pretendida —por ejemplo, que las constancias de la causa no permitían acreditar la prestación de servicios por parte del actor durante el año 2006, en tanto no se acompañaron copias de los contratos que se habrían celebrado ni de cualquier otro tipo de documentación, como recibos por ese período, que permitieran inferir su exis-

tencia; que la mayoría de las copias adjuntadas especificaban que el vínculo laboral no daba lugar al nacimiento de relación laboral alguna entre las partes; que el último de los instrumentos suscriptos dejó expresa constancia de que el actor llevaría a cabo tareas complementarias a las que realizaba el personal de la planta permanente al tiempo que estableció que podía ser rescindido por el Gobierno en cualquier momento por razones de servicio; que, por otro lado, en aquel instrumento expresamente se dispuso que la renovación del contrato sólo podía operarse con la suscripción de un nuevo acuerdo, sin que la continuación de prestaciones una vez operado el plazo previsto pudiese entenderse como tácita reconducción del contrato; que no existían pruebas que acreditaran el tipo de tareas que habría llevado a cabo el actor durante toda la relación laboral ni el horario en que éstas habrían sido desempeñadas, lo que impedía aseverar que las mismas fueran las correspondientes al régimen aludido en el art. 39 de la ley 471; que el actor aceptó libremente los términos de la relación jurídica que la unió a la demandada y que ésta no constituyó una relación de empleo público dentro de la planta permanente sino una relación de naturaleza *transitoria*; que por tal motivo no podía pretender el cambio o trueque de la naturaleza jurídica de tal vinculación; que, en ese contexto, la decisión del GCBA de no renovar el contrato una vez culminado el mismo de pleno derecho en los términos previamente convenidos no lucía sin más como una decisión manifiestamente ilegítima o arbitraria.

Estos desarrollos no fueron puestos en crisis metódicamente en el recurso deducido, toda vez que, como se dijo, los planteos discrepantes del actor se centraron en cuestionar la decisión de la Cámara en tanto ella habría anticipado un juicio adverso a su pretensión de fondo al decidir la apelación del GCBA mediante la ponderación de las pruebas aportadas para justificar la petición cautelar —vulnerando de esa forma su derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal— y en reiterar argumentos ya vertidos y tratados con anterioridad.

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la queja articulada por el Sr. Matías Di Giorgio.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo, forma y logra dirigir una crítica concreta y puntual contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

2. El recurrente, también logra expresar buenos fundamentos para definir por qué la decisión atacada por vía de recurso de inconstitucionalidad tiene carácter definitivo y, en este sentido, cumple con la carga argumentativa sobre el particular (conf. mi voto en autos "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo

(art. 14, CCBA)'", expte. nº 5872/08, resolución del 27/8/2008). Aunque, claro está, la circunstancia de que constate que se ha cumplido con tal carga no importa que acepte los fundamentos desplegados. En este orden de ideas, comparto las razones expresadas por mi colega y juez de trámite Luis F. Lozano, en los puntos 3, 4 y 5 de su voto que postulan la ausencia de sentencia definitiva.

Por lo expuesto voto por hacer lugar al recurso de queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad. Costas por su orden.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por Matías Di Giorgio.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el incidente con la queja.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XLVIII

"MAGGIO, RODOLFO DIEGO AGUSTÍN S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MAGGIO, RODOLFO DIEGO AGUSTÍN C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES EN: MAGGIO, RODOLFO DIEGO AGUSTÍN C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. AMPARO: Medida cautelar innovativa. Sentencia definitiva. Arbitrariedad de sentencia. Gravamen irreparable.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja que no contiene una crítica prolija de todos y cada uno de los fundamentos en que se apoyaron los magistrados de la Cámara para revocar la decisión cautelar dictada en primera instancia, se limita a reiterar argumentos ya vertidos y tratados con anterioridad y no plantea debida y fundadamente un caso constitucional. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

2. En los procesos de amparo, de acuerdo con la regulación efectuada por la ley 2145, la sentencia que decide sobre medidas cautelares es definitiva a

los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador local *(Voto del señor juez José O. Casás)*

3. La revocación de la medida cautelar no permite inferir que la suerte del juicio haya quedado definitivamente sellada en forma adversa a la pretensión del actor, pues todo anticipo de jurisdicción debe ser fundado, sin perjuicio de lo que se decida en su hora al dictarse la sentencia que resuelva las pretensiones de fondo planteadas. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano)*

4. No puede aseverarse la decisión que revocó una medida cautelar sea demostrativa de un prejuzgamiento indebido, ni de la afectación del derecho "a un juicio justo de amparo", en tanto, en parte alguna la Cámara anticipa la inexistencia, inutilidad o impertinencia de la prueba que el actor ofreció producir durante el juicio. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La tacha de arbitrariedad de la apreciación efectuada por la alzada sobre la prueba producida que se formula en el recurso no logra conmover lo decidido, pues la sentencia cuenta con fundamentos de hecho y de derecho suficientes para apoyar sus conclusiones, lo que impide descalificarlo como un pronunciamiento judicial válidamente emitido, más allá de su acierto o error *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. El recurso de inconstitucionalidad cuya denegatoria motiva la presentación directa del amparista versa sobre una medida cautelar, y se dirige contra una decisión que no define la suerte de la pretensión de fondo, por lo que no constituye una sentencia definitiva, ni es equiparable a ella. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier)*

7. El pronunciamiento que revocó una medida cautelar otorgada en primera instancia en un proceso de amparo no constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad, ya que la ley 2145 no ha modificado el esquema adoptado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

8. Cualquiera que sea la caracterización jurisprudencial y doctrinaria de la medida cautelar innovativa en relación a su contenido y efectos, ella no deja de exhibir un carácter provisorio, que no determina, por ende, en forma indefectible el sentido de la sentencia definitiva. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Corresponde hacer lugar al recurso de queja porque formula una crítica concreta y puntual del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad y enuncia buenos argumentos para caracterizar como definitiva a esa decisión, los que sin embargo no son suficientes para demostrar la existencia de un caso constitucional, por lo que es procedente rechazar el recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6209/08 - 11/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Rodolfo Diego Agustín Maggio inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto que se le ordene que cese en la omisión manifiestamente arbitraria e ilegítima de no renovar su contrato como agente público de planta transitoria y de impedir que retome las tareas que desarrollaba hasta el 31/12/2007. Expresó que prestó servicios para el GCBA desde mayo de 2005 en el Instituto de la Vivienda de la Ciudad, mediante un contrato de locación de servicios para realizar tareas como abogado en la Comisión Evaluadora de Créditos Individuales.

Solicitó como medida cautelar innovativa que se ordene su inmediata reincorporación a la planta transitoria de la Ciudad, en los términos pactados oportunamente, en sus tareas habituales y con la remuneración pertinente (fs. 1/11, incidente de medida cautelar).

2. El juez de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar solicitada y ordenó al GCBA que reincorporara en forma inmediata al actor en la planta transitoria, en sus tareas normales y habituales y con la remuneración correspondiente, hasta que se resuelva la causa en definitiva.

El magistrado consideró que los contratos por tiempo determinado "han sido previstos por la ley como una situación de excepción" que debe "ser interpretada en forma restrictiva, por lo tanto es la empleadora —en este caso el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires— el que debe dejar constancias de la existencia de los requisitos excepcionales establecidos por la norma para la no aplicación del régimen de estabilidad en el empleo público, que, reiteramos, constituye la regla". Agregó que "la falta de constancia o acreditación de tales extremos implicaría, en principio, la posibilidad de que existiera una violación a la normativa constitucional y legal vigente en la materia". En cuanto al peligro en la demora, el juez *a quo* estimó que "surge nítido en tanto y en cuanto de lo que se trata es de la preservación de la fuente laboral del peticionante" (fs. 83/85 vta., incidente de medida cautelar).

3. El GCBA apeló la resolución (fs. 89/98, incidente de medida cautelar). El actor respondió el traslado del memorial de agravios (fs. 99/112 vta., incidente de medida cautelar).

4. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió "hacer lugar al recurso de la demandada y revocar la medida cautelar apelada" (fs. 116/122 vta., incidente de medida cautelar).

En los fundamentos de la sentencia, el voto mayoritario del tribunal sostuvo, entre otras consideraciones, que la prueba acompañada consignaba que el actor prestaba servicios "en el Directorio", salvo el último recibo que hacía referencia a la "gerencia de programas de vivienda", por lo que las tareas que invocó no se correlacionan con la documental presentada. El tribunal considero que "no se evidencia en principio el carácter de tareas correspondientes al régimen aludido en el art. 39 de la ley 471". Agregó que "el art. 43 de la CCBA garantiza un régimen de empleo público que asegura el derecho a la estabilidad y que prevé que el ingreso y promoción en la carrera deben efectuarse por concurso público abierto" y que "la ley 471 establece que las relaciones de empleo público se desenvuelven con sujeción a los principios de ingreso por concurso público abierto y asignación de funciones adecuada a los recursos disponibles (art. 2º, incs. a y c). Su art. 6º dispone, como principio general, que el ingreso se formaliza mediante acto administrativo emanado de autoridad competente, previo concurso público abierto. El art. 9º consagra el derecho a la estabilidad en el empleo en tanto se cumplan los requisitos establecidos para su reconocimiento y conservación (inc. ñ). En tal orden de ideas, al regular el régimen de la estabilidad (cap. IX) la mencionada norma aclara que este derecho corresponde a los trabajadores de la planta permanente (art. 36)". Destacó que "el actor aceptó libremente los términos de la relación jurídica que no constituyó una relación de empleo público dentro de la planta permanente sino una relación de naturaleza transitoria y los elementos adjuntados a la causa —como se vio— son realmente escasos para fundar que las tareas realizadas fueran propias del régimen de carrera, tal como expresamente contempla el art. 39 de la ley 471. La persona que sabe, al tiempo de su nombramiento, que éste tiene asignado un período determinado, está desde el comienzo de su relación de empleo en conocimiento de su situación de revista. Con posterioridad, no puede pretender que su *status* administrativo se trueque en otro. Si el empleo público es un contrato administrativo, parece que el principio general de la buena fe y la intención de las partes presta asidero a la solución". La Sala expresó, finalmente, que "la falta de renovación del contrato celebrado entre las partes constituye una decisión que no se presenta como manifiestamente ilegítima o arbitraria. Ello así por cuanto, en las condiciones descriptas precedentemente, la relación jurídica que une a las partes había culminado de pleno derecho en los términos previamente convenidos —sin necesidad del dictado de acto administrativo alguno que así lo declare—, a menos que se celebre un nuevo contrato o que las partes de común acuerdo aprueben su prórroga. Es que las constancias incorporadas al expediente no permiten tener por demostrado que el actor haya sido contratado sucesivamente y de manera reiterada con el objeto de realizar, en forma habitual y regular, tareas correspondientes al régimen de carrera y que, por tanto, se configure en el caso un supuesto de fraude al régimen laboral".

5. El actor interpuso recurso de inconstitucionalidad. Sostuvo que la decisión del tribunal vulneró las garantías contenidas en los arts. 14, 14 bis, 18 y concordantes, de la C.N., y en los arts. 10, 13 y concs. de la CCBA. También planteó la arbitrariedad del fallo recurrido (fs. 125/151 vta., incidente de medida cautelar).

El GCBA contestó el traslado del recurso y solicitó su rechazo pues no se dirige contra una resolución definitiva (fs. 155/157 vta., incidente de medida cautelar).

6. La Sala rechazó la admisibilidad del recurso pues "el pronunciamiento impugnado no constituye sentencia definitiva" y quien recurre no cumplió con "la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararlo a uno de carácter definitivo". El tribunal consideró que el agravio del recurrente referido a que la Sala al resolver la medida cautelar habría incursionado en la cuestión de fondo otorgándole carácter definitivo y anticipando de esta forma la decisión final "resulta insuficiente para justificar la concurrencia de este presupuesto objetivo de impugnación dado que el carácter irreparable de los agravios que ocasionaría la sentencia recurrida no ha sido adecuadamente fundamentado ni acreditado". Por último, en relación con la arbitrariedad planteada por el recurrente, la Sala consideró que "más allá de que la recurrente no se encuentre conforme con la solución adoptada, ella se presenta como debidamente fundada y constituye un acto jurisdiccional válido" (fs. 160/161 vta., incidente de medida cautelar).

7. La parte actora efectuó ante el Tribunal la presentación directa dirigida a cuestionar la denegatoria (fs. 45/74 vta., expediente de queja). El fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja por no cuestionarse una sentencia que pueda considerarse definitiva de acuerdo con lo dispuesto por el art. 27 de la ley 402 (fs. 80/82 vta., expediente de queja).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Aunque la queja planteada por el Sr. Rodolfo Diego Agustín Maggio satisface los recaudos formales de interposición, ella no puede prosperar.

2. La Sala II de la Cámara denegó la concesión del recurso por tres razones fundamentales, sobre las que se agravia el recurrente: *a)* que la decisión que revoca una medida cautelar no es una sentencia definitiva; *b)* que el actor no acreditó las circunstancias que permitan equiparar la decisión a una sentencia definitiva; y *c)* que la sentencia no es arbitraria.

3. En cuanto a lo primero, en mi voto en minoría en los autos "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez

Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5872/08, resolución del 27/8/2008, sostuve que en los procesos de amparo, de acuerdo con la regulación efectuada por la ley 2145, la sentencia que decide sobre medidas cautelares es definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador local.

Sostuve entonces, y lo reitero ahora, que la mención de "las sentencias que dicten los tribunales superiores de la causa" que efectúa el art. 22 de la ley 2145 "no parece referirse únicamente a las sentencias definitivas (en el sentido más usual señalado en el párrafo anterior [*aquellas que resuelven el fondo de la cuestión debatida*]), ya que, a ese respecto, hubiera bastado con la previsión del art. 27 de la ley 402 y, como lo ha dicho la CSJN, no es dable suponer la inconsecuencia o imprevisión del legislador. Algo más, y distinto, quiere decir la ley amparo de la Ciudad./ El art. 22 de la ley 2145 se desinteresa de la conceptualización dogmática de la 'sentencia definitiva' y expresa, lisa y llanamente, que a los efectos del recurso de inconstitucionalidad 'se consideran definitivas' todas las sentencias que provienen del tribunal superior de la causa. ¿Cuáles son, entonces, esas sentencias? Una interpretación sistemática de la Ley de Amparo me inclina a pensar que son aquellas a las que el art. 20 del apuntado plexo legal considera como decisiones apelables, a saber, las que disponen 'el rechazo *in limine* de la acción, la que resuelva reconducir el proceso, la que resuelva la caducidad de la instancia, el rechazo de una recusación con causa y las que versen sobre medidas cautelares'./Independientemente de la opinión que me merezca la solución legal adoptada, sobre todo a partir de la caracterización de la vía en el art. 14, CCBA como rápida y expedita, el Poder Legislativo, en uso de sus atribuciones, reguló de esa forma especial el recurso de inconstitucionalidad para la acción de amparo".

Agregué que la solución legislativa no entraba en colisión con la regulación constitucional del recurso de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 3º) ya que "(n)o hay (...) en la Constitución referencia alguna al tipo de sentencia en la cual se produce tal interpretación o se practica la aplicación de esas normas constitucionales".

Sostuve, finalmente —como también corresponde hacerlo en este caso— que "la sentencia de Cámara que decidió revocar la medida cautelar otorgada oportunamente en favor del actor constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad".

Tal conclusión torna innecesario considerar los agravios del actor dirigidos a cuestionar la afirmación de la Cámara referida a que el recurrente no demostró que la decisión debía considerarse equiparable a una sentencia definitiva.

4. De todos modos, tanto la queja como el recurso de inconstitucionalidad que la precede no plantean debida y fundadamente un caso constitucional.

Reiteradamente el actor señala que la Cámara ha anticipado un juicio adverso a su pretensión de fondo al decidir la apelación del GCBA. Se afirma que por tratarse de una medida innovativa la decisión de la Sala ha anticipado la sentencia de mérito (fs. 46 vta. y 47) y que el tribunal "ha incursionado sobre el fondo de la cuestión, dándole carácter definitivo e irremediable, anticipando y sellando en forma negativa e irremediable la suerte de la decisión final" (fs. 47). Por ello el actor concluye que la sentencia así dictada le "ha vedado, con este grave prejuzgamiento [*el derecho*], a un juicio justo de amparo, que debe desarrollarse a través de su sustanciación y producción de pruebas necesarias, que el propio fallo recurrido da por sentado que no existen, colocándoseme en una verdadera posición de indefensión" (fs. 51).

Sin embargo, la decisión de la Cámara de revocar la medida cautelar dispuesta en primera instancia no permite inferir, como lo hace el actor, que la suerte del juicio haya quedado definitivamente sellada en forma adversa a su pretensión, pues todo anticipo de jurisdicción debe ser fundado, sin perjuicio de lo que se decida en su hora al dictarse la sentencia que resuelva las pretensiones de fondo planteadas.

Tampoco puede aseverarse que ésta sea demostrativa de un prejuzgamiento indebido, ni de la afectación del derecho "a un juicio justo de amparo", en tanto, a diferencia de lo insinuado, en parte alguna la Cámara anticipa la inexistencia, inutilidad o impertinencia de la prueba que el actor ha ofrecido producir durante el juicio.

El recurrente debió hacerse cargo de señalar y demostrar argumentativamente por qué razón la decisión contraria a la posición que él defiende afecta el derecho al debido proceso (con todas las garantías que ello implica), sin embargo, ello no resulta evidente.

Por el contrario, en el pronunciamiento recurrido se advierte que la Sala sólo precisó que *en esta etapa incidental del proceso* la prueba producida no fue suficiente para considerar acreditado el fraude a la ley de empleo en que el actor sostiene su derecho a la estabilidad y el pedido de la medida cautelar. También se observa en el fallo que las valoraciones que efectúa la Alzada sobre el derecho del actor —ineludibles para decidir si se presenta o no la verosimilitud del derecho invocado— tienen el *carácter provisional propio del juicio de mérito cautelar*.

A este respecto cabe recordar que la regulación de las medidas cautelares en el CCAyT (art. 180) permitía que el actor produjera la información sumaria referida al gravamen y al peligro invocados, máxime cuando peticionaba una medida cautelar de carácter innovativa —que al alterar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado justifica apreciar con suma prudencia los recaudos que hacen a su admisión.

Finalmente, la tacha de arbitrariedad de esa apreciación efectuada por la alzada que formula el recurrente no logra conmover lo decidido, pues, como se expresó precedentemente, la sentencia cuenta con fundamentos de hecho y de derecho suficientes para apoyar sus conclusiones, lo que impide descalificarlo como un pronunciamiento judicial válidamente emitido, más allá de su acierto o error.

5. A ello se suma que los planteos del Sr. Maggio, además, no contienen una crítica prolija de todos y cada uno de los fundamentos en que se apoyaron los magistrados de la Sala II para revocar la decisión cautelar dictada en primera instancia.

En efecto, el *a quo* expuso diversos argumentos por los cuales entendió que el amparista no había logrado demostrar la verosimilitud del derecho invocado para obtener una medida cautelar innovativa como la aquí pretendida —por ejemplo, que los contratos de trabajo acompañados a la causa que inicialmente vincularon al amparista con la accionada dejaban expresa constancia de que el IVC podría rescindir en cualquier momento el contrato, sin expresión de causa antes de que expirase el plazo de vigencia, previa notificación al locador, y que ello no generaría a su favor otro derecho que el de recibir la parte proporcional de la cuota correspondiente al mes de su desvinculación; que las pruebas arrimadas al expediente no permitían conocer con certeza las funciones efectivamente desempeñadas por el actor pero que por el monto de las facturas y las constancias a la vista no podía aseverarse que se hubiera configurado el fraude laboral denunciado; que el actor aceptó libremente los términos de la relación jurídica que lo unió a la demandada y que ésta no constituyó una relación de empleo público dentro de la planta permanente sino una relación de naturaleza *transitoria*; que por tal motivo no podía pretender el cambio o trueque de la naturaleza jurídica de tal vinculación; que, en ese contexto, la decisión del GCBA de no renovar el contrato una vez culminado el mismo de pleno derecho en los términos previamente convenidos no lucía sin más como una decisión manifiestamente ilegítima o arbitraria.

Estos desarrollos no fueron puestos en crisis metódicamente en el recurso deducido, toda vez que, como se dijo, los planteos discrepantes del actor se centraron en cuestionar la decisión de la Cámara en tanto ella habría anticipado un juicio adverso a su pretensión de fondo al decidir la apelación del GCBA mediante la ponderación de las pruebas aportadas para justificar la petición cautelar —vulnerando de esa forma su derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal— y en reiterar argumentos ya vertidos y tratados con anterioridad.

Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar la queja articulada por el Sr. Rodolfo Diego Agustín Maggio.

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Aunque el recurso de queja planteado por el Sr. Maggio fue deducido en tiempo oportuno y de manera adecuada (art. 33, LPTSJ, nº 402), comparto el temperamento expuesto por el señor juez del trámite, en el sentido de que aquél no reúne los requisitos mínimos para ser tratado.

2. En efecto, resulta claro que el recurso de inconstitucionalidad cuya denegatoria motiva la presentación directa del amparista no se dirige a impugnar una sentencia de carácter *definitivo*. Esta circunstancia veda insalvablemente el acceso de Maggio a la instancia pretendida y, por lo mismo, sella la suerte del recurso.

En su resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora, la Cámara ha explicado con suficiencia las razones por las que reputó que la sentencia atacada a través del recurso no reviste carácter definitivo, o —de acuerdo con la opinión de mis colegas y un distinguido sector de la doctrina— *equiparable* a tal. Específicamente, la alzada sostiene que la argumentación del recurrente "resulta insuficiente para justificar la concurrencia de este presupuesto objetivo de impugnación dado que el carácter irreparable de los agravios que ocasionaría la sentencia recurrida no ha sido adecuadamente fundamentado ni acreditado" (fs. 160).

En suma, como el recurso intentado versa sobre una medida cautelar, la decisión contra la que se dirige no define la suerte de la pretensión de fondo y, por tal motivo, no constituye una sentencia definitiva. En tal sentido, es repetida mi opinión acerca de aquello que abarca la voz "sentencia definitiva", condición básica del recurso ante este Tribunal, cuya definición resulta en mis votos regularmente más estricta o limitada que la de mis colegas (conf. mis opiniones en "Covimet S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 2570/03 y "Covimet S.A. s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en 'Covimet S.A. c/GCBA s/medida cautelar'", expte. n° 2461/03, resolución del 17/12/2003; "Unión de Trabajadores de la Educación [U.T.E.] c/GCBA s/medida cautelar s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. n° 2593/03, resolución del 21/4/2004; "Cabiche, Roberto s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Moreno, Gustavo Daniel c/Asesoría General Tutelar – Ministerio Público s/otros procesos incidentales en 'Moreno, Gustavo Daniel c/Asesoría Tutelar s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 3259/04, resolución del 9/2/2005).

3. El fallo cuestionado tampoco constituye una decisión *equiparable a definitiva*. Mi opinión al respecto, ya expresada *in re* "Clínica Fleming s/recurso de inconstitucionalidad concedido en 'Clínica Fleming s/art. 72, CC —incidente clausura— apelación'", expte n° 1215/01, resolución del 19/12/2001, no consiente, en principio —tan siquiera para la interpretación del requisito de

admisibilidad del recurso extraordinario federal (ley nacional 48, art. 14)—, la conocida teoría de la Corte Suprema acerca de la existencia de decisiones que no constituyen sentencia definitiva pero que, analógicamente, deben ser tenidas por tales. Con idéntica contundencia y por razones que he expuesto múltiplemente, yo no comparto el criterio conducente a reconocer una tercera categoría en función de la idea de "equiparabilidad", sobrepuesta al binomio 'sentencia definitiva'/'sentencia no definitiva' (véase mi voto *in re* "Propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/ejecución fiscal'", expte. nº 3965/05, resolución del 9/11/2005, punto 2).

Mi misma opinión sólo admite una equiparación tal, cuando el texto de la propia garantía constitucional, o un texto constitucional explícito, consuma la equiparación y requiere que el Tribunal, por intermedio del recurso característico, opine sobre la constitucionalidad de la regla aplicada, que pone en juego una garantía específica (el ejemplo de la Constitución italiana y la privación de libertad). La invocación y prueba de un precepto de tal índole no resulta expresada por el recurrente en la causa (conf. mi voto *in re* "Asoc. Civil Golf Club Lagos de Palermo", expte. nº 2778/03, sentencia del 16/6/2004).

Lo expuesto hasta aquí basta para advertir que los reproches del recurrente, basados en la presunta "equiparabilidad" del decisorio a una sentencia de carácter definitivo, resultan inexactos y, en consecuencia, la sentencia debe ser confirmada. La solución que adopto sobre este primer agravio me exime de mayor referencia a los demás (no obstante compartir el criterio de mi colega, el señor juez José O. Casás, en tanto muestra que tampoco el recurrente ha logrado articular una cuestión constitucional).

4. Las razones hasta aquí explicadas, como lo he anticipado, me llevan a coincidir sustancialmente con la opinión del señor juez del trámite y, de este modo, a rechazar el recurso de queja de fs. 45/74 vta., con lo cual queda firme la solución atacada.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con el juez de trámite, Dr. José O. Casás, en que la queja debe ser rechazada.

2. En oportunidad de resolver los autos "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'", expte. nº 5872/08, sentencia de fecha 27/8/2008, sostuve que la decisión de una medida cautelar en un proceso de amparo no constituye una sentencia definitiva ya que la ley 2145 no ha modificado el esquema adoptado por la ley 402, en tanto el art. 27 de esta

ley mantiene la exigencia de que el recurso de inconstitucionalidad se dirija a cuestionar sentencias definitivas.

Afirmé en mi voto que:

[l]a opción legal (...) logra equilibrar la necesidad de imprimir un trámite veloz al amparo, sin excluir toda revisión de la instancia extraordinaria prevista en el art. 113, inc. 6º, de la CCBA, para admitirla en relación con la sentencia que resuelve el amparo, y negarla, como principio, respecto del resto de los pronunciamientos apelables durante el proceso de amparo. Al respecto, el significado que la doctrina asigna uniformemente a la noción de sentencia definitiva conduce a presumir que el legislador la usó para asegurar la máxima revisión posible, sin caer en la paradoja de obturar el proceso de amparo al admitir que los pronunciamientos interlocutorios pudieran considerarse definitivos a los fines del recurso de inconstitucionalidad, no al menos mientras no haya razones para equipararlos excepcionalmente a definitivas.

Resulta evidente, entonces, que el pronunciamiento que revocó la medida cautelar otorgada en primera instancia no constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad.

3. A su vez, tampoco demuestra el recurrente que esa decisión sea equiparable a una sentencia definitiva.

3.1. El actor sostiene que la resolución que revocó la medida cautelar ordenada en primera instancia es equiparable, por sus efectos, a una sentencia definitiva sobre la base de tres argumentos principales:

a) por tratarse de una medida innovativa la decisión anticipa la sentencia de mérito (fs. 46 vta. y 47);

b) la sentencia de la Cámara "...ha incursionado sobre el fondo de la cuestión, dándole carácter definitivo e irremediable, anticipando y sellando en forma negativa e irremediable la suerte de la decisión final" (fs. 47);

c) "...el gravamen irreparable (...) se presenta mediante la concurrencia de las siguientes circunstancias primordiales: la magnitud del perjuicio que me causa mi despido arbitrario de la planta transitoria —convalidada por el dec. 948— y luego de tantos años (...) de prestar mi dación de tareas; el grave perjuicio patrimonial que tal ilegítima acción y/o omisión por parte del GCBA me produce al quedarme 'literalmente en la calle' sin razón valedera alguna o acto administrativo que me lo notificara, impidiéndome percibir mis remuneraciones, de neto carácter alimentario, lo que hace necesario la reparación de los agravios emergentes de la sentencia, en forma pronta y eficaz..." (fs. 50/50 vta.).

3.1.1. En relación con el primer argumento, conviene recordar que cualquiera que sea la caracterización jurisprudencial y doctrinaria de la medida cautelar innovativa en relación a su contenido y efectos, ella no deja de ser una medida cautelar de carácter provisorio, que no determina, por ende, en forma indefectible el sentido de la sentencia definitiva.

3.1.2. Los argumentos que da el Dr. Casás en el punto 3 de su voto, a los que me remito, dan cuenta de que el recurrente no ha logrado demostrar que el *a quo* al revocar la medida cautelar concedida por el juez de primera instancia haya anticipado un juicio adverso a su pretensión. No obstante lo cual, cabe agregar que aunque se admitiese, por hipótesis, el argumento del actor, el eventual prejuzgamiento no convertiría sin más la decisión en una definitiva o equiparable a tal, sino que habilitaría a la parte a hacer uso del mecanismo procesal propio para cuestionar la participación de jueces que han prejuzgado en un caso determinado.

3.1.3. La última de las razones expuestas por el actor apunta a los efectos materiales de la decisión de la Sala.

Aunque el párrafo transcripto (punto 3.1., c) contiene ciertos datos imprecisos —que fue despedido arbitrariamente de la planta transitoria, cuando resulta poco claro a esta altura del trámite del proceso si subsistía el contrato a plazo que vencía el 31/12/2007, o una designación transitoria que no brindaba estabilidad—, puede colegirse que el recurrente pone de resalto la pérdida de su salario, de naturaleza alimentaria como gravamen irreparable que justifica la equiparación de la decisión recurrida a una sentencia definitiva.

No desconozco que la pérdida de un cargo o de un empleo genera, para quien se ve afectado por esa decisión, una afectación en sus ingresos. Ello es evidente. Lo que no es evidente es que ese fuera su único empleo o fuente de ingresos; que el actor quedara, como dice, "literalmente en la calle"; que no hubiera ingresado en otra relación laboral o que no desempeñe en forma autónoma alguna actividad lucrativa que le permita atender sus necesidades. La acreditación de esas circunstancias hubieran permitido al Tribunal ponderar la pérdida de la remuneración que le abonaba el GCBA en conjunto con aquellas situaciones para decidir si, por sus efectos, la decisión recurrida puede ser equiparada a una sentencia definitiva. A ese respecto cabe recordar —tal como lo hace el Dr. Casás en su voto— que la regulación de las medidas cautelares en el CCAyT (art. 180) permitía que el actor produjera pruebas referidas al gravamen y al peligro que invoca, máxime cuando peticionaba una medida cautelar de carácter innovativa, pues como lo expresa la CSJN —y el propio actor menciona en su recurso— "la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado (...) habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable

respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión" (*Fallos,* 313:1420; 318:2431, entre muchos otros).

4. En relación al planteo de inconstitucionalidad del art. 30 de la ley 402, el modo en que se resuelve torna innecesario expedirse al respecto, en tanto la denegatoria del recurso encuentra apoyo en la previsión contenida en el art. 27 de la ley 402 y no en las causales contenidas en el mencionado art. 30.

5. Finalmente, tampoco resulta atendible en esta etapa del proceso el planteo de inconstitucionalidad del art. 280, CPCCN que efectúa el recurrente.

Por lo expuesto y lo concordantemente dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por, rechazar la queja articulada por el Sr. Maggio, Rodolfo Diego.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta por el señor juez de trámite, Dr. José Casás.

2. No obstante, resulta conveniente puntualizar, que tal como lo he expresado con anterioridad, participo del criterio según el cual —por regla— el pronunciamiento que revoca una medida cautelar otorgada en primera instancia, en el marco de un proceso de amparo, no constituye sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad (conf. expte. n° 6015/08 "Pouilleux, Alberto Marcelo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pouilleux, Alberto Marcelo c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'", resolución del 1º/10/2008).

Por otra parte, es carga de quien recurre una decisión que no es definitiva invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal. Sin embargo, el recurrente no ha logrado acreditar que el decisorio atacado —más allá de su acierto o error— le genere un gravamen que le cause un perjuicio inminente de imposible reparación ulterior.

3. Aun cuando la razón expuesta en el punto precedente conduce por sí sola al rechazo del recurso de inconstitucionalidad, debo señalar que comparto los argumentos expresados por el juez de trámite en cuanto considera que el recurrente no ha logrado demostrar, a través de su planteo, la existencia concreta de una cuestión de naturaleza constitucional.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo, forma y logra dirigir una crítica concreta y puntual contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

2. El recurrente, también logra expresar buenos fundamentos para definir por qué la decisión atacada por vía de recurso de inconstitucionalidad tiene carácter definitivo y, en este sentido, cumple con la carga argumentativa sobre el particular (conf. mi voto en autos "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'", expte. nº 5872/08, resolución del 27/8/2008). Aunque, claro está, la circunstancia de que constate que se ha cumplido con tal carga no importa que acepte los fundamentos desplegados. En este orden de ideas, comparto las razones expresadas por mi colega y juez de trámite, Dr. Osvaldo O. Casás, en los puntos 4 y 5 de su voto que postulan la ausencia de caso constitucional.

3. Por lo expuesto voto por hacer lugar al recurso de queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad. Costas por su orden.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por Rodolfo Diego Agustín Maggio.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el incidente con la queja.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XLIX

"MAROCCHI, HAYDÉE SUSANA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MAROCCHI, HAYDÉE SUSANA C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES: MAROCCHI, HAYDÉE SUSANA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. AMPARO: Medida cautelar innovativa. Sentencia definitiva. Arbitrariedad de sentencia. Gravamen irreparable.

SUMARIOS:

1. Corresponde desestimar el recurso de queja que no rebate los fundamentos por los cuales la Cámara declaró inadmisible el recurso de incons-

titucionalidad interpuesto, y se limita a reproducir párrafos que integraron el mencionado recurso sin agregar nada nuevo frente a la novedad del rechazo, omisión que obsta a su procedencia puesto que de este modo la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrar la injusticia de la denegatoria. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

2. La decisión de una medida cautelar en un proceso de amparo no constituye una sentencia definitiva, y cabe destacar que la ley local 2145 no modificó el esquema adoptado por la ley 402, cuyo art. 27 mantiene la exigencia de que el recurso de inconstitucionalidad debe ser dirigido a cuestionar sentencias definitivas. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

3. El pronunciamiento que revoca una medida cautelar concedida en primera instancia no es equiparable a una sentencia definitiva, porque tiene carácter provisional, y en consecuencia no determina en forma indefectible el sentido de la sentencia de mérito, ni anticipa un juicio adverso sobre la pretensión de fondo deducida por la actora; ni tampoco lo es cuando no se prueba la existencia de un gravamen irreparable que pudiera justificar la equiparación. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz)*

4. La tacha de arbitrariedad que se atribuye a la decisión impugnada por no haber considerado la producción de la prueba ofrecida en los autos principales no es atendible ya que la decisión de la Alzada no impide que las actuaciones sigan el cauce procesal que corresponde, esto es, que se produzca la prueba pertinente y útil ofrecida, se argumente sobre ella y se dicte la sentencia. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos del señor juez José O. Casás).*

5. En los procesos de amparo, de acuerdo con la regulación efectuada por la ley 2145, la sentencia que decide sobre medidas cautelares es definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador local. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. La revocación de la medida cautelar no permite inferir que la suerte del juicio haya quedado definitivamente sellada en forma adversa a la pretensión, pues todo anticipo de jurisdicción debe ser fundado, sin perjuicio de lo que se decida en su hora al dictarse la sentencia que resuelva las pretensiones de fondo planteadas. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

7. Corresponde rechazar el recurso de queja que no contiene una crítica prolija de todos y cada uno de los fundamentos en que se apoyaron los magistrados de la Cámara para revocar la decisión cautelar dictada en primera instancia, y reitera argumentos ya vertidos y tratados con anterioridad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 6208/08 - 11/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Haydée Susana Marocchi inició una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) con el objeto de que a él se le ordene corregir la omisión manifiestamente arbitraria e ilegítima de no renovar su contrato como agente público de planta transitoria y admitir que retome las tareas que desarrollaba hasta el 31/12/2007. Ella expresa que prestó servicios para el GCBA desde el 1º/9/1998, mediante un contrato de locación de servicios para realizar tareas en el sector de prensa de LS1 Radio Municipal, donde se encargaba de planificar la estrategia de promoción (fs. 1/26, incidente de medida cautelar).

La recurrente solicitó, como medida cautelar innovativa, que se disponga su inmediata reincorporación a la planta transitoria de la Ciudad, en los términos pactados oportunamente, en sus tareas habituales y con la remuneración pertinente, y que se la incluya en la previsión de lo establecido en el punto 1º del acuerdo celebrado el 8/1/2008 entre SUTEGBA y la Subsecretaría de Trabajo (fs. 16 vta./ 24 vta., incidente de medida cautelar).

2. La jueza de feria de primera instancia hizo lugar a la medida cautelar requerida y le ordenó al GCBA que mantuviera a la actora en la situación de revista vigente al 31/12/2007, hasta tanto recaiga sentencia definitiva en la causa. La magistrada consideró que la verosimilitud del derecho surgía del juego armónico de los arts. 43 de la Constitución local y 39 de la ley local 471. La decisión sostuvo, también, que el hecho de que la actora hubiera sido contratada sucesivamente por la Administración desde hacía casi diez años, permitía concluir *prima facie* que debía analizarse la naturaleza de los contratos en cuestión y que, mientras tanto, resultaba razonable que permaneciese en su cargo. En cuanto al peligro en la demora, la sentencia afirmó que éste era evidente por la circunstancia de que el salario constituye una prestación de tipo alimentario, por lo que resultaba preferible, ante un caso como éste, mantener la fuente de trabajo hasta tanto se dirimiese el fondo del asunto (fs. 19/23, expediente de queja).

3. El GCBA apeló la resolución (fs. 60/66, incidente de medida cautelar). La actora respondió el traslado del memorial de agravios (véanse 74/85 vta., incidente de medida cautelar).

4. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió "Revocar la sentencia apelada y rechazar la medida cautelar peticionada" (fs. 4/10, queja).

En los fundamentos de la sentencia, el voto mayoritario del tribunal consideró que "las constancias incorporadas al expediente y de las que da cuenta el consid. 6º, no permiten tener por demostrado que la actora haya sido contratada sucesivamente y de manera reiterada por el período denunciado en el escrito inicial con el objeto de realizar, en forma habitual y regular, tareas correspondientes al régimen de carrera y que, por tanto, se configure en el caso un supuesto de fraude al régimen laboral". Para arribar a tal conclusión, la decisión sostuvo que "el art. 43 de la CCBA garantiza un régimen de empleo público que asegura el derecho a la estabilidad y que prevé que el ingreso y promoción en la carrera deben efectuarse por concurso público abierto" y que "la ley 471 establece que las relaciones de empleo público se desenvuelven con sujeción a los principios de ingreso por concurso público abierto y asignación de funciones adecuada a los recursos disponibles (art. 2º, incs. a y c). Su art. 6º dispone, como principio general, que el ingreso se formaliza mediante acto administrativo emanado de autoridad competente, previo concurso público abierto. El art. 9º consagra el derecho a la estabilidad en el empleo en tanto se cumplan los requisitos establecidos para su reconocimiento y conservación (inc. ñ). En tal orden de ideas, al regular el régimen de la estabilidad (cap. IX) la mencionada norma aclara que este derecho corresponde a los trabajadores de la planta permanente (art. 36)". Destacó, por otra parte, que "la actora aceptó libremente los términos de la relación jurídica que no constituyó una relación de empleo público dentro de la planta permanente sino una relación de naturaleza transitoria y los elementos adjuntados a la causa -como se vio- son realmente escasos para fundar que las tareas realizadas fueran propias del régimen de carrera, tal como expresamente contempla el art. 39 de la ley 471. La persona que sabe, al tiempo de su nombramiento, que éste tiene asignado un período determinado, está desde el comienzo de su relación de empleo en conocimiento de su situación de revista. Con posterioridad, no puede pretender que su status administrativo se trueque en otro. Si el empleo público es un contrato administrativo, parece que el principio general de la buena fe y la intención de las partes presta asidero a la solución". La Sala expresó, finalmente, que "la falta de renovación del contrato celebrado entre las partes constituye una decisión que no se presenta como manifiestamente ilegítima o arbitraria (...) Ello así por cuanto, en las condiciones descriptas precedentemente, la relación jurídica que unía a las partes había culminado de pleno derecho en los términos previamente convenidos —sin necesidad del dictado de acto administrativo alguno que así lo declare—, a menos que se celebre un nuevo contrato o que las partes de común acuerdo aprueben su prórroga".

5. La actora interpuso recurso de inconstitucionalidad. Entendió que la decisión del tribunal vulneró las garantías contenidas en los arts. 14, 14 bis, 18 y concordantes, de la C.N., y en los arts. 10, 13 y concs. de la CCBA. También planteó la arbitrariedad del fallo recurrido y dejó opuesta la inconstitucionalidad de los arts. 30 de la ley local 402 y 280 del CPCC (fs. 24/50 vta., expediente de queja).

El GCBA guardó silencio frente al traslado del recurso que se le confiriera (véase punto 2 *in fine*, resolución de fs. 2/3, expediente de queja).

6. La Sala rechazó la admisibilidad del recurso pues "el pronunciamiento impugnado no constituye sentencia definitiva" y quien recurre no cumplió con "la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararlo a uno de carácter definitivo". El tribunal consideró que el agravio de la recurrente referido a que la Sala, al resolver la medida cautelar, habría incursionado en la cuestión de fondo otorgándole carácter definitivo y anticipando de esta forma la decisión final "resulta insuficiente para justificar la concurrencia de este presupuesto objetivo de impugnación dado que el carácter irreparable de los agravios que ocasionaría la sentencia recurrida no ha sido adecuadamente fundamentado ni acreditado". Por último, en relación con la arbitrariedad planteada por la recurrente, la Sala expresó que "más allá de que la recurrente no se encuentre conforme con la solución adoptada, ella se presenta como debidamente fundada y constituye un acto jurisdiccional válido" (fs. 2/3, queja).

7. La parte actora efectuó ante el Tribunal la presentación directa dirigida a cuestionar la denegatoria (fs. 51/79, expediente de queja). Mantuvo la inconstitucionalidad que dejó opuesta respecto de los arts. 30 de la ley local 402 y 280 del CPCC.

8. El fiscal general adjunto propició el rechazo de la queja por no cuestionarse una sentencia que pueda considerarse definitiva de acuerdo con lo dispuesto por el art. 27 de la ley 402 (fs. 85/87, expediente de queja).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en tiempo oportuno y en forma; sin embargo no puede prosperar.

2. Ella, lejos de rebatir los fundamentos por los cuales la Cámara de Apelaciones declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora —principalmente, ausencia de sentencia definitiva—, se limita a reiterar sus quejas. Esta omisión obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrar la injusticia del rechazo del recurso intentado (*Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502;

304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338; conf. el Tribunal *in re* "Guglielmone, María Dolores s/art. 74 CC s/recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

En efecto, muchos de los párrafos que la queja contiene son copia textual de los que integraron el recurso de inconstitucionalidad denegado. En resumidas cuentas, ella no agrega nada nuevo frente a la novedad del rechazo. Esta circunstancia impide considerar cumplida la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el Tribunal *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 *bis* —causa 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001), pues la impugnación de la resolución de fs. 12/18 que se formula dista —como se vio— de ser autónoma, autosuficiente y fundada.

Lo hasta aquí dicho bastaría para desestimar, sin más, el recurso interpuesto.

3. Empero, aun cuando —en el mejor de los supuestos para la actora y sólo por vía de hipótesis— se soslayara lo apuntado, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto no hubiera podido prosperar.

A) En primer lugar, porque en oportunidad de adherir al voto del juez Luis F. Lozano en los autos "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5872/08, sentencia de fecha 27/8/2008, coincidí con mi colega en la afirmación de que la decisión de una medida cautelar en un proceso de amparo no constituía una sentencia definitiva; la ley local 2145 no modificó el esquema adoptado por la ley 402: el art. 27 de esta última ley mantenía la exigencia de que el recurso de inconstitucionalidad se dirigiese a cuestionar sentencias definitivas. En ese voto se afirmó —y al que, insisto, adherí sin reservas— que "la opción legal (...) logra equilibrar la necesidad de imprimir un trámite veloz al amparo, sin excluir toda revisión de la instancia extraordinaria prevista en el art. 113, inc. 6º, de la CCBA, para admitirla en relación con la sentencia que resuelve el amparo, y negarla, como principio, respecto del resto de los pronunciamientos apelables durante el proceso de amparo. Al respecto, el significado que la doctrina asigna uniformemente a la noción de sentencia definitiva conduce a presumir que el legislador la usó para asegurar la máxima revisión posible, sin caer en la paradoja de obturar el proceso de amparo al admitir que los pronunciamientos interlocutorios pudieran considerarse definitivos a los fines del recurso de inconstitucionalidad,

no al menos mientras no haya razones para equipararlos excepcionalmente a definitivas".

Resulta evidente, entonces, que el pronunciamiento que revocó la medida cautelar concedida en primera instancia no constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. La ley estima suficiente el doble grado de jurisdicción, competencia de los jueces de mérito, para decidir toda cuestión interlocutoria.

B) En segundo lugar, la hoy recurrente, como se adelantó parcialmente, tampoco demuestra que esa decisión sea equiparable a una sentencia definitiva, concepto que, para alguna doctrina, pudo auxiliarla en la concesión del recurso. La actora sostiene que la resolución que revocó la medida cautelar ordenada en primera instancia es equiparable, por sus efectos, a una sentencia definitiva, sobre la base de tres argumentos principales:

a) por tratarse de una medida innovativa la decisión anticipa la sentencia de mérito (fs. 52 vta./53);

b) la sentencia de la Cámara "ha incursionado sobre el fondo de la cuestión, dándole carácter definitivo e irremediable, anticipando y sellando en forma negativa e irremediable la suerte de la decisión final" (fs. 53/54); y

c) "el gravamen irreparable (...) se presenta mediante la concurrencia de las siguientes circunstancias primordiales: la magnitud del perjuicio que me causa mi despido arbitrario de la planta transitoria –convalidada por el dec. 948— y luego de nueve años de prestar mi dación de tareas; el grave perjuicio patrimonial que tal ilegítima acción y/o omisión por parte del GCBA me produce al quedarme 'literalmente en la calle' sin razón valedera alguna o acto administrativo que me lo notificara, impidiéndome percibir mis remuneraciones, de neto carácter alimentario, lo que hace necesario la reparación de los agravios emergentes de la sentencia, en forma pronta y eficaz..." (fs. 56).

En relación con el primer argumento, conviene recordar que cualquiera que sea la caracterización jurisprudencial y doctrinaria de la medida cautelar innovativa en relación a su contenido y efectos, ella no deja de ser una medida cautelar de carácter provisional, que no determina, por ende, en forma indefectible, el sentido de la sentencia definitiva y que, además, puede ser reiterada e, incluso, suspendida su ejecución o derogada, eventualmente, durante su vigencia, si ella fue admitida y viceversa (no causa estado). Teniendo en cuenta, por tanto, que el proceso transita una etapa inicial, en la que aún no se ha producido la totalidad de la prueba ofrecida, quedan sin sustento las afirmaciones de la quejosa relativas a que la decisión puesta en tela de juicio en esta queja "...produce en autos la inevitable consolidación de la situación jurídica alterada que se recurre..." (el resaltado pertenece al texto original: fs. 56); y a que la decisión le ocasiona "...un agravio que por su magnitud y carac-

terísticas será de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior..." (fs. 52 vta.). Ciertamente, no se advierte —ni tampoco lo explicita la recurrente— qué impediría, eventualmente y si cupiera en oportunidad de resolverse el fondo de la cuestión, disponer la reincorporación de la actora a la situación de revista que detentaba con anterioridad al 31/12/2007. En efecto, la actora no alcanza a demostrar —tan siquiera sumariamente— cuál sería el agravio concreto que por su magnitud o características podría calificarse como de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior.

Tampoco se observa con claridad —como se afirma en la queja— de qué manera la Sala ll "...avanza irremediablemente y en forma definitiva, despreciando, sin más, el derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal..." (fs. 55), cuando la alzada se encontraba obligada a fallar de acuerdo a los elementos que habían sido aportados a la causa por el actor en ese momento —sin la totalidad de la prueba ofrecida—, dado el estado inicial de su trámite y la petición en esas condiciones. Reiteradamente la quejosa señala que la Cámara ha anticipado un juicio adverso a su pretensión de fondo al decidir la apelación del GCBA. Sin embargo, la lectura del pronunciamiento permite advertir que la Sala precisa que en esta etapa del proceso la prueba producida no es suficiente para considerar acreditado el fraude a la ley de empleo en el que la actora funda su derecho a la estabilidad. En el punto 6, segundo párrafo, de la sentencia en cuestión (fs. 4 vta./5) la Sala ponderó que "los contratos acompañados a la causa dan cuenta que la actora había desempeñado sus servicios desde el 1°/9/1998 hasta el 31/12/1999 (fs. 31/38) y desde el 1°/1/2006 hasta el 31/12/2007 (fs. 39/40). En consecuencia no existe constancia alguna de la prestación de servicios en el extenso período que va desde el 1°/1/2000 al 31/12/2005; tampoco indicios que permitan presumir la realización de tareas durante ese tiempo" (sin negritas en la sentencia). También se observa en el fallo que las valoraciones que efectúa la alzada sobre el derecho de la actora —ineludibles para decidir si se presenta o no la verosimilitud del derecho invocado— tienen el carácter provisional propio del juicio de mérito cautelar. Si tuviera razón la actora recurrente, también nuestra sentencia merecería ser calificada como ilegítima o arbitraria —según la recurrente—, pues —según sus mismos argumentos— "adelantaría" o "anticiparía" la decisión final.

Pero, aunque se admitiese, por hipótesis, el argumento de la actora, el eventual prejuzgamiento no convertiría sin más la decisión en una definitiva o equiparable a tal, sino que, antes bien, habilitaría a la parte a hacer uso del mecanismo procesal propio para cuestionar la participación en la sentencia final de aquellos jueces que han prejuzgado en un caso determinado.

La última de las razones expuestas por la actora apunta a los efectos materiales de la decisión de la Sala. Del párrafo transcripto puede colegirse que la recurrente pone de resalto la pérdida de su salario, de naturaleza alimentaria, como gravamen irreparable que justifica la equiparación de la decisión recurrida a una sentencia definitiva. No es posible desconocer que la pérdida de un cargo o de un empleo genera, para quien se ve afectado por esa decisión, una afectación en sus ingresos. Ello es evidente. Lo que no resulta evidente es que ése sea el único empleo o fuente de ingresos de la actora, para que ella quedara, como dice textualmente, "literalmente en la calle", que no hubiera ingresado en otra relación laboral o que no desempeñe en forma autónoma alguna actividad lucrativa que le permita atender sus necesidades. La acreditación de esas circunstancias hubieran permitido al Tribunal ponderar la pérdida de la remuneración que le abonaba el GCBA, en conjunto con aquellas situaciones, para decidir si, por sus efectos, la decisión recurrida podía ser equiparada a una sentencia definitiva. A ese respecto cabe recordar que la regulación de las medidas cautelares en el CCAyT (art. 180) permitía que la actora produjera pruebas referidas al gravamen y al peligro que invocaba, máxime cuando peticionaba una medida cautelar de carácter innovativa, pues como lo expresa la CSJN —y la propia actora menciona en su recurso— "la innovativa es una decisión excepcional porque altera el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado (...) habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa, lo que justifica una mayor prudencia en la apreciación de los recaudos que hacen a su admisión" (*Fallos,* 313:1420; 318:2431, entre muchos otros).

C) En tercer lugar; más allá del criterio estricto que yo sostengo respecto del motivo de *arbitrariedad*, lo cierto es que la que se le atribuye a la sentencia dictada por el *a quo*, principalmente, sobre la base de haber emitido dicho Tribunal —a criterio de la actora— "una decisión sobre el fondo de la cuestión despreciando sin más la producción de prueba ofrecida en los autos principales, que hubiera permitido comprobar la razón de la ilegalidad manifiesta puesta de relieve por el GCBA", debe ser desestimada por los argumentos dados en los párrafos precedentes. Pues, como se determinó, lo decidido por la alzada —contrariamente a lo que parece sostener la recurrente— no impide que las actuaciones sigan el cauce procesal que corresponde, esto es, que se produzca la prueba pertinente y útil ofrecida, se argumente sobre ella y se dicte la sentencia de fondo.

4. Los fundamentos que han sido expuestos para desestimar la queja —distintos de los esgrimidos por la actora— descartan, al menos en este momento procesal, la inconstitucionalidad opuesta por dicha parte.

5. En consecuencia, en sentido concordante con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja articulada por Haydée Susana Marocchi.

Los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Julio B. J. Maier.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención a los fundamentos expuestos por el juez Maier en los apartados 1 y 2 de su voto adhiero a la solución que propicia.

El juez José O. Casás dijo:

1. Aunque la queja planteada por la señora Haydée Susana Marocchi satisface los recaudos formales de interposición, ella no puede prosperar.

2. La Sala II de la Cámara denegó la concesión del recurso por tres razones fundamentales, sobre las que se agravia el recurrente: *a)* que la decisión que revoca una medida cautelar no es una sentencia definitiva; *b)* que el actor no acreditó las circunstancias que permitan equiparar la decisión a una sentencia definitiva; y *c)* que la sentencia no es arbitraria.

3. En cuanto a lo primero, en mi voto en los autos "Pérez Molet, Julio César s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pérez Molet, Julio César c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 5872/08, resolución del 27/8/2008, sostuve que en los procesos de amparo, de acuerdo con la regulación efectuada por la ley 2145, la sentencia que decide sobre medidas cautelares es definitiva a los fines del recurso de inconstitucionalidad por decisión expresa del legislador local.

Sostuve entonces, y lo reitero ahora, que la mención de "las sentencias que dicten los tribunales superiores de la causa" que efectúa el art. 22 de la ley 2145 "no parece referirse únicamente a las sentencias definitivas (en el sentido más usual señalado en el párrafo anterior [*aquellas que resuelven el fondo de la cuestión debatida*]), ya que, a ese respecto, hubiera bastado con la previsión del art. 27 de la ley 402 y, como lo ha dicho la CSJN, no es dable suponer la inconsecuencia o imprevisión del legislador. Algo más, y distinto, quiere decir la ley amparo de la Ciudad.// El art. 22 de la ley 2145 se desinteresa de la conceptualización dogmática de la 'sentencia definitiva' y expresa, lisa y llanamente, que a los efectos del recurso de inconstitucionalidad '*se conside-*

ran definitivas' todas las sentencias que provienen del tribunal superior de la causa. ¿Cuáles son, entonces, esas sentencias? Una interpretación sistemática de la Ley de Amparo me inclina a pensar que son aquellas a las que el art. 20 del apuntado plexo legal considera como decisiones apelables, a saber, las que disponen 'el rechazo *in limine* de la acción, la que resuelva reconducir el proceso, la que resuelva la caducidad de la instancia, el rechazo de una recusación con causa y las que versen sobre medidas cautelares'.// Independientemente de la opinión que me merezca la solución legal adoptada, sobre todo a partir de la caracterización de la vía en el art. 14 CCBA como rápida y expedita, el Poder Legislativo, en uso de sus atribuciones, reguló de esa forma especial el recurso de inconstitucionalidad para la acción de amparo".

Agregué que la solución legislativa no entraba en colisión con la regulación constitucional del recurso de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 3º) ya que "(n)o hay (...) en la Constitución referencia alguna al tipo de sentencia en la cual se produce tal interpretación o se practica la aplicación de esas normas constitucionales".

Sostuve, finalmente —como también corresponde hacerlo en este caso— que "la sentencia de Cámara que decidió revocar la medida cautelar otorgada oportunamente en favor del actor constituye una sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad".

Tal conclusión torna innecesario considerar los agravios de la actora dirigidos a cuestionar la afirmación de la Cámara referida a que el recurrente no demostró que la decisión debía considerarse equiparable a una sentencia definitiva.

4. De todos modos, tanto la queja como el recurso de inconstitucionalidad que la precede no plantean debida y fundadamente un caso constitucional.

Reiteradamente la actora señala que la Cámara ha anticipado un juicio adverso a su pretensión de fondo al decidir la apelación del GCBA. Se afirma que por tratarse de una medida innovativa la decisión de la Sala ha anticipado la sentencia de mérito (fs. 52 vta. y 53) y que el tribunal "ha incursionado sobre el fondo de la cuestión, dándole carácter definitivo e irremediable, anticipando y sellando en forma negativa e irremediable la suerte de la decisión final" (fs. 53). Por ello la actora concluye que la sentencia así dictada le "ha vedado, con este grave prejuzgamiento [*el derecho*], a un juicio justo de amparo, a través de su sustanciación y producción de pruebas necesarias, que el propio fallo recurrido da por sentado que no existen, colocándoseme en una verdadera posición de indefensión" (fs. 57).

Sin embargo, la decisión de la Cámara de revocar la medida cautelar dispuesta en primera instancia no permite inferir, como lo hace la actora, que

la suerte del juicio haya quedado definitivamente sellada en forma adversa a su pretensión, pues todo anticipo de jurisdicción debe ser fundado, sin perjuicio de lo que se decida en su hora al dictarse la sentencia que resuelva las pretensiones de fondo planteadas.

Tampoco puede aseverarse que ésta sea demostrativa de un prejuzgamiento indebido, ni de la afectación del derecho "a un juicio justo de amparo", en tanto, a diferencia de lo insinuado, en parte alguna la Cámara anticipa la inexistencia, inutilidad o impertinencia de la prueba que la actora ha ofrecido producir durante el juicio.

La recurrente debió hacerse cargo de señalar y demostrar argumentativamente por qué razón la decisión contraria a la posición que ella defiende afecta el derecho al debido proceso (con todas las garantías que ello implica), sin embargo, ello no resulta evidente.

Por el contrario, en el pronunciamiento recurrido se advierte que la Sala sólo precisó que en esta etapa incidental del proceso la prueba producida no fue suficiente para considerar acreditado el fraude a la ley de empleo en que la actora sostiene su derecho a la estabilidad y el pedido de la medida cautelar. También se observa en el fallo que las valoraciones que efectúa la Sala II sobre el derecho de la actora —ineludibles para decidir si se presenta o no la verosimilitud del derecho invocado— tienen el *carácter provisional propio del juicio de mérito cautelar*.

A este respecto cabe recordar que la regulación de las medidas cautelares en el CCAyT (art. 180) permitía que la actora produjera la información sumaria referida al gravamen y al peligro invocados, máxime cuando peticionaba una medida cautelar de carácter innovativa —que al alterar el estado de hecho o de derecho existente al tiempo de su dictado justifica apreciar con suma prudencia los recaudos que hacen a su admisión—.

Finalmente, la tacha de arbitrariedad de esa apreciación efectuada por la alzada que formula la recurrente no logra conmover lo decidido, pues, como se expresó precedentemente, la sentencia cuenta con fundamentos de hecho y de derecho suficientes para apoyar sus conclusiones, lo que impide descalificarlo como un pronunciamiento judicial válidamente emitido, más allá de su acierto o error.

5. A ello se suma que los planteos de la Sra. Marocchi, además, no contienen una crítica prolija de todos y cada uno de los fundamentos en que se apoyaron los magistrados de la Sala II para revocar la decisión cautelar dictada en primera instancia.

En efecto, el *a quo* expuso diversos argumentos por los cuales entendió que el amparista no había logrado demostrar la verosimilitud del derecho invocado para obtener una medida cautelar innovativa como la aquí pretendida —por ejemplo, que no se habían acompañado constancias que acreditaran la alegada prestación de servicios por parte de la actora durante el extenso periodo que transcurrió desde el 1º/1/2000 al 31/12/2005; que la actora sólo había descripto de manera sumamente genérica el carácter de las tareas desempeñadas mas no había aportados precisiones ni acompañado una certificación de tareas que pudiera evidenciar que las mismas eran correspondientes al régimen aludido en el art. 39 de la ley 471; que esta circunstancia era particularmente llamativa en quien afirmaba haber prestado el mismo servicio durante 9 años; que los instrumentos suscriptos dejaron expresa constancia de que su formalización no daba lugar al establecimiento o creación de relación laboral estable entre las partes, como tampoco originaba el nacimiento de los beneficios que genera el empleo en relación de dependencia; que la actora aceptó libremente los términos de la relación jurídica que la unió a la demandada y que ésta no constituyó una relación de empleo público dentro de la planta permanente sino una relación de naturaleza *transitoria*; que, en ese contexto, la decisión del GCBA de no renovar el contrato una vez culminado el mismo de pleno derecho en los términos previamente convenidos no lucía sin más como una decisión manifiestamente ilegítima o arbitraria.

Estos desarrollos no fueron puestos en crisis metódicamente en el recurso deducido, toda vez que, como se dijo, los planteos discrepantes de la actora se centraron en cuestionar la decisión de la Cámara en tanto ella habría anticipado un juicio adverso a su pretensión de fondo al decidir la apelación del GCBA mediante la ponderación de las pruebas aportadas para justificar la petición cautelar —vulnerando de esa forma su derecho de defensa en juicio y el debido proceso legal— y en reiterar argumentos ya vertidos y tratados con anterioridad.

Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar la queja articulada por la Sra. Haydée Susana Marocchi.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Haydée Susana Marocchi.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con esta queja.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

L

"ASOCIACIÓN DE ABOGADOS DE LA PROCURACIÓN GENERAL CABA C/CASSABA Y OTROS RECURSOS JUDICIALES C/RESOLUCIÓN DE PERSONAS PÚBLICAS NO ESTATALES S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Desistimiento. Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (CASSABA). Costas.

SUMARIOS:

1. El desistimiento del recurso de inconstitucionalidad formulado por la actora y la solicitud de la demandada para que se declare abstracta la cuestión planteada, sumados a la falta de contestación de ambas presentaciones, expresan la falta de interés de ambas partes en la continuación del trámite de aquellas, por lo que corresponde tener por desistido el recurso de la actora y desestimar el que interpuso la demandada en atención a que su objeto se ha tornado abstracto a partir de la vigencia de la ley 2811, en tanto dispuso la disolución e inicio del proceso de liquidación de la CASSABA. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Las costas del trámite cumplido ante el Tribunal deben ser impuestas por su orden en razón de que la actitud procesal que adoptaron las partes se debió a la entrada en vigencia de la ley 2811, con posterioridad a la concesión de los recursos de inconstitucionalidad que dedujeron oportunamente. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 5994/08 - 11/3/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Asociación de Abogados de la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires interpuso recurso judicial directo en los términos del art. 96 y subsiguientes de la ley 1181 contra la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CASSABA), con el objeto de que se revocase la resol. del Directorio de CASSABA nº 026-D-05 de fecha 26/7/2005 que rechazó el recurso de reconsideración que presentara contra la resol. CASSABA nº 017-D-05, en tanto dispuso que los honorarios percibidos por los abogados de la Procuración General de la Ciudad se encuentran sujetos a los aportes establecidos por el art. 62, inc. 1º, de la ley 1181 (fs. 1/6 vta.).

2. La Sala ll de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, previo traslado a CASSABA (el que fue contestado a fs. 60/75), resolvió "...l. Hacer lugar a la pretensión de la actora con relación a la no exigencia de aportes prevista en el art. 62, inc. 1º, ley 1181, los términos que surgen del considerando 1. ll. Rechazar la acción respecto del pago del lex provisional del art. 62, inc. 4º de dicha norma. Lll. Imponer las costas en el orden causado..." (véanse fs. 131/139 vta. y aclaratoria de fs. 146).

3. Contra dicha decisión, ambas partes articularon sendos recursos de inconstitucionalidad (actora: fs. 147/153, demandada: fs. 154/171). Contestados los traslados pertinentes (la actora, fs. 178/189 y la demandada, fs. 195/209), la Cámara de Apelaciones los declaró admisibles (fs. 211 y vta.).

4. El señor fiscal general adjunto, en su dictamen, propició que se declarase la nulidad de todo lo actuado, se desestimase la demanda y se ordenase el archivo de las actuaciones, en atención a la falta de legitimación de la actora para promover esta acción y por considerar que el planteo no involucraba un debate jurídico admisible, por no desarrollarse en el marco de un "caso", "causa" o "controversia judicial" (fs. 219/226 vta.).

5. Con posterioridad al llamado de los autos al acuerdo —y en atención a la entrada en vigencia de la ley 2811, que dispuso la disolución e inicio del proceso de liquidación de la CASSABA (conf. *BOCBA*, nº 2988, del 7/8/2008)—, se requirió a los recurrentes que manifestasen si mantenían interés en los recursos planteados (fs. 233).

Frente a ello, la parte actora procedió a desistir del recurso de inconstitucionalidad que oportunamente articulara (fs. 238). La demandada, por su parte, solicitó que se declarase abstracta la cuestión y se la eximiese de las costas (fs. 237 y vta.). Ambas partes guardaron silencio ante el traslado conferido a fs. 239 de tales presentaciones (diligencias de fs. 246 vta. y 247 vta.), por lo que pasaron nuevamente los autos al acuerdo (fs. 249).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El desistimiento del recurso de inconstitucionalidad formulado por la parte actora (fs. 238) y la solicitud de CASSABA para que se declare abstracta la cuestión planteada (fs. 237 y vta.) —sumados a la falta de contestación de tales presentaciones al correr el traslado pertinente— expresan la falta de interés de ambas partes en un pronunciamiento del Tribunal en relación con las cuestiones vertidas en sus respectivos recursos de inconstitucionalidad.

Por ello, corresponde tener por desistido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Asociación de Abogados de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y desestimar el recurso de inconstitucionalidad deducido por la CASSABA, en atención a que las cuestiones allí debatidas han devenido abstractas a partir de la vigencia de la ley 2811, en tanto dispuso la disolución e inicio del proceso de liquidación de la CASSABA.

2. Respecto del pedido de exención de costas formulado por la demandada, cabe considerar que se refiere a las de esta instancia, ya que las del recurso directo ante la Cámara fueron impuestas en el orden causado y tal decisión no fue motivo de agravio.

En lo que a este punto respecta, cabe destacar que la actitud procesal que adoptaron las partes se debió a la entrada en vigencia de la ley 2811, con posterioridad a la concesión de los recursos de inconstitucionalidad que dedujeran oportunamente (art. 67, segundo párrafo CCAyT), en consecuencia, las costas de esta instancia deben ser impuestas en el orden causado.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

A fs. 238 la parte actora desistió del recurso de inconstitucionalidad que interpusiera a fs. 147/53, a lo que la demandada no se opuso. Por su parte, lo manifestado por la demandada a fs. 237 y vta. permite inferir su desinterés en la continuación del trámite del recurso de inconstitucionalidad que interpusiera a fs. 154/171.

En consecuencia, corresponde tener por desistido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Asociación de Abogados de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y desestimar el recurso de inconstitucionalidad deducido por la CASSABA.

En cuanto a la forma en la que deben distribuirse las costas, adhiero al apart. 2º del voto del juez de trámite José O. Casás.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Coincido básicamente con el voto del señor juez del trámite, incluso en el capítulo referido a la imposición de costas producidas por los recursos. Pero deseo aclarar que lo que produce el demandado, a requerimiento del Tribunal, es un desistimiento de su recurso, maguer las palabras utilizadas. Bien dice el voto del señor juez del trámite, que esa contestación expresa no tener más interés en el recurso. Las palabras utilizadas en el escrito responden —según creo— a cierto prejuicio respecto de la imposición de costas en caso de desistimiento. Como no existe la posibilidad de "declarar abstracta" una contienda, estimo que, formalmente, corresponde tener por desistidos ambos recursos e imponer las costas de esta instancia por el orden causado.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con el señor juez, Dr. Julio B. J. Maier, en cuanto a que corresponde tener por desistidas de sus recursos a ambas partes y, en relación al pedido de exención de costas efectuado por la demandada, adhiero al punto 2 del voto del señor juez de trámite, Dr. José O. Casás.

Por ello, emitido el dictamen por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener por desistido* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Asociación de Abogados de la Procuración General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y desestimar el recurso de inconstitucionalidad deducido por la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Imponer* las costas de esta instancia en el orden causado.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LI

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GCBA C/TOSCANA EMPRENDIMIENTOS S.A. S/EJECUCIÓN FISCAL – INGRESOS BRUTOS'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Juicio ejecutivo. Inexistencia de deuda. Cosa juzgada. Arbitrariedad de sentencia. Derecho de defensa. Cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional. Garantías constitucionales.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja se dirige contra la sentencia dictada por el tribunal superior de la causa en un juicio ejecutivo, lo que no obsta a la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad, pues por su contenido el pronunciamiento dispuso de modo irrevisable del derecho involucrado en el litigio cuando examinó la prueba producida, y concluyó en que la deuda reclamada por el Fisco es inexistente, lo que trae aparejado que lo decidido, de quedar firme, produzca los efectos de la cosa juzgada material, y por lo tanto no pueda ser discutido nuevamente en un proceso posterior. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás. En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

2. Si la decisión impugnada no constituye una derivación razonada del derecho aplicable a los hechos de la causa, resulta afectado directamente el derecho de defensa del recurrente. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás. En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

3. La sentencia impugnada brindó un tratamiento promiscuo a situaciones diversas relacionadas con la deuda fiscal que suscita el litigio, y en tanto la documental invocada por el *a quo* no brinda apoyo a la decisión que declaró inexistente la deuda reclamada corresponde hacer lugar al recurso y revocar el pronunciamiento en cuestión. *(Voto de señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

4. Si para resolver el pleito, es necesario analizar la expresión de agravios formulada contra la sentencia de primera instancia y su contestación, que comprometen la valoración de cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional, ajenas por regla a este Tribunal en la vía intentada, resulta procedente devolver la causa para que, quien corresponda emita un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás. En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

5. Los errores en la valoración de la documentación y de las actuaciones administrativas acompañadas, que se relacionan con la deuda determinada por el Fisco local y no abonada por la actora, descalifican la sentencia recurrida en cuanto acto jurisdiccional, motivo por el cual corresponde revocar la resolución cuestionada y reenviar las actuaciones a la Cámara para el dictado de una nueva sentencia con arreglo a derecho. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. La sentencia motivo del recurso no tiene carácter de definitiva en razón de que no existen ese tipo de decisiones en procesos ejecutivos, dada la posibilidad del juicio ordinario posterior, y la competencia del tribunal que dictó aquel fallo se agota con rechazar o admitir la ejecución coactiva del crédito. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. El recurso de queja resulta inadmisible cuando garantías como el principio de legalidad o reserva de ley, en la terminología tributaria, y derecho de defensa, son invocadas por el Gobierno de la Ciudad, porque no corresponden a seguridades jurídicas cuyo portador sea el Estado, sino antes bien, representan pertenencias de los contribuyentes, en el sentido de límites de la competencia o de la acción estatal establecidos a favor de los ciudadanos. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. La utilización de las garantías ciudadanas sin atender a su objeto o fin específico produce una ampliación ilegítima de la competencia que le corresponde a los tribunales del Estado, e involucra un fracaso de la función garantizadora de esas reglas para los súbditos, a quienes ellas pretenden amparar. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. El fundamento referido a la arbitrariedad en la interpretación de la legislación infraconstitucional y en la valoración probatoria tiende a lograr una tercera instancia no prevista en la legislación procesal para defender los puntos de vista del Estado, como el disfraz que pretende ocultar la aplicación irregular de cláusulas de garantía. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 6052/08 - 11/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) promovió ejecución fiscal contra Toscana Emprendimientos S.A. (en adelante TESA) tendiente al cobro de la suma de $ 46.041,09, en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos ("retenciones y/o percepciones descontadas y no exhibidas s/ art. 147 C.F. –t.o. 2005–"), originado en C.I. 55.538/06

correspondiente a los períodos 08/2000, 10/11 de 2002, 01/12 de 2003, 01/09 y 11 de 2004 y 05/08 y 10/12 de 2005 (fs. 1/3 vta.).

2. TESA opuso excepciones de pago parcial e inhabilidad de título (fs. 49/56 vta.).

En cuanto a la primera señaló que las sumas reclamadas corresponden a retenciones que oportunamente le fueran efectuadas, según se consignó en las declaraciones juradas, y que "todas las retenciones (...) fueron efectivamente practicadas, razón por la cual el reclamo vinculado a dichos períodos resulta en absoluto improcedente ya que deviene de una deuda *inexistente*" (fs. 51 vta.). Aclaró que si bien no se está "frente a un 'pago' en el sentido tradicional del término, la compensación antedicha sí ha tenido eficacia para producir el efecto cancelatorio a la que la excepción de pago se refiere" (fs. 52).

En relación a la inhabilidad de título, señaló que los montos consignados para las cuotas 3 y 12 del año 2003 y 1 a 5, 7, 9 y 11 del año 2004 en la boleta de deuda no son coincidentes con los montos que en concepto de retenciones y percepciones fueron declarados por TESA en las DDJJ que ella presentara. Admitió que el Fisco puede verificar las declaraciones juradas para comprobar su exactitud, pero en caso de detectar diferencias debía proceder a determinar de oficio la obligación tributaria, lo que no ocurrió en el caso. Además sostuvo que por no existir deuda exigible el título era nulo.

3. El GCBA contestó las excepciones (fs. 57/65 vta.). En su presentación, consideró que bajo la excepción de pago parcial la ejecutada pretende discutir la causa de la obligación mediante el examen en el juicio de la documentación referida a las retenciones y percepciones, que no fue exhibida por ella en el procedimiento administrativo en que se le intimó. El ejecutante sostuvo que TESA pretendió ordinarizar el proceso. Agregó que la excepción exige que el pago esté documentado y que la ejecutada no acompañó boletas de pago ni algún otro documento que acredite la extinción de la obligación reclamada.

En cuanto al planteo referido a la inhabilidad del título, el GCBA sostuvo que los pagos parciales que la ejecutada manifiesta haber efectuado (retenciones) son improcedentes dentro de este juicio, por la autonomía de la acción y del título ejecutivo. Destacó que los montos consignados en la constancia de deuda que dio base a la ejecución "surgen de la liquidación practicada en la Carpeta Interna 55.538/DGR/06 (...) en la cual se ha tenido presente las declaraciones formuladas por la contraria en concepto de retenciones y/o percepciones que han sido efectuadas al momento de presentar las declaraciones juradas..." (fs. 64).

4. El juez de primera instancia desestimó las excepciones opuestas por TESA y mandó continuar la ejecución por la suma que surge de la constancia de deuda, más sus intereses y costas (fs. 66/67 vta.).

Sostuvo que de las actuaciones administrativas acompañadas surgía que se llevaron a cabo dos inspecciones en la sede de la demandada donde se dejó constancia de la falta de presentación de los pagos por las retenciones o percepciones tomadas a cuenta del pago del impuesto sobre ingresos brutos, y que TESA fue intimada al pago de las sumas correspondientes a esos rubros en el plazo de quince días. Precisó que la ejecutada pretendió mediante la excepción de pago cuestionar la causa de la obligación para lo cual acompañó profusa documentación que no podía ser analizada en un juicio ejecutivo pues con las facturas acompañadas por TESA ella pretende demostrar que hubo un error en la determinación y no acreditar el pago de la obligación reclamada, como correspondía en una ejecución. En cuanto a la inhabilidad del título, el juez consideró que los montos consignados en el certificado de deuda son idénticos a los que se establecieron en la C.I. 55.538/06 que sirvió de base al título ejecutivo, por lo que quedó sin sustento la impugnación de TESA.

5. TESA apeló la sentencia. La ejecutada sostuvo (fs. 69/77 vta.) que la documentación probatoria demostró que las retenciones y percepciones reclamadas fueron efectivamente practicadas. Sostuvo que la compensación de las retenciones y percepciones tiene efecto cancelatorio. Agregó que la sentencia recurrida al omitir el análisis de los comprobantes aportados por ella desconoce la legislación vigente que la habilita a computar tales montos en sus declaraciones juradas. Afirmó que el dec. 672/95 impuso el régimen de agentes de percepción del impuesto sobre los ingresos brutos, y la resol. 533 el régimen general de retención para sujetos que desarrollen actividades en la Ciudad de Buenos Aires; que quienes deben retener o percibir son "responsables por deuda ajena", por lo que se constituyen en obligados directos frente al Fisco por tales créditos y, paralelamente, el contribuyente queda liberado de la obligación. Sostuvo que el único instrumento con el que cuenta el contribuyente para demostrar dichas retenciones o percepciones es el que emite el agente autorizado "quedando fuera de su alcance la obtención de un instrumento de parte del ejecutante dado que el pago a éste lo efectúa a través de un tercero".

6. El GCBA contestó el memorial de agravios (fs. 78/84). Sostuvo que el art. 147, C.F. (t.o. 2006) autoriza al GCBA a intimar fehacientemente al contribuyente el pago de los conceptos incorrectamente computados en la declaraciones juradas, cuando en ellas se hagan valer contra el impuesto declarado "conceptos o importes improcedentes, tales como retenciones..." sin que sea procedente la impugnación de las declaraciones juradas por el procedimiento de la determinación de oficio. Agregó que TESA fue intimada en sede administrativa y que no presentó allí la documentación que pretende que sea examinada en el juicio. Luego, el GCBA actuó conforme lo autoriza el CF. Además señaló que TESA no presentó en el juicio ninguno de los documentos autorizados por

el art. 451, inc. 5°, CCAyT, que regula la excepción de pago interpuesta. En cuanto a la apelación por el rechazo de la excepción de inhabilidad de título, señaló que la recurrente se remite a los planteos efectuados en relación al pago, destacando, por su parte, que el título se ajusta al procedimiento autorizado por el art. 147, C.F., y se corresponde con las actuaciones administrativas que le dan sustento.

7. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió: "Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, revocar la sentencia apelada y rechazar la ejecución intentada, con costas a la actora en ambas instancias (art. 62, CCAyT)" (fs. 82/84).

Para decidir en tal sentido la Sala consideró que la prueba documental, según el análisis que de ella realiza, demuestra que no existe la deuda reclamada por el GCBA, según el Fisco lo reconoce en las actuaciones administrativas. Por ello, afirmó que el GCBA "pretende continuar con la ejecución de una abultada suma de dinero, basándose en un título que instrumenta una deuda que sabe inexistente".

8. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 86/106). El actor sostuvo que la sentencia es arbitraria ya que prescindió de la normativa aplicable al caso, principalmente por confundir dos deudas diferentes de TESA: *a)* la que se le reclama en este juicio por no exhibir la documentación correspondiente a los conceptos hechos valer contra el monto del impuesto declarado en sus DDJJ, que no exige procedimiento de determinación; y *b)* la que resultó del procedimiento de verificación, por diferencias detectadas en los montos informados, que se habría cancelado durante el procedimiento administrativo. Señaló que se trata de deudas que no se excluyen entre sí. Consideró que el fallo vulneró los derechos de igualdad, de propiedad, de defensa en juicio, y los principios de legalidad, de razonabilidad y de jerarquía normativa; y que afectó la percepción de las rentas de la Ciudad de Buenos Aires.

9. TESA contestó el traslado del recurso (fs. 2111/2127, *sic* autos principales). Afirmó que el recurso no era admisible porque no se configura en el caso de autos una cuestión constitucional, ya que el tema debatido es de índole procesal.

10. La Sala II declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora, con costas. Consideró que si bien la sentencia cuestionada es definitiva pues decide una cuestión que no podrá ser revisada ulteriormente en un proceso ordinario, "no se verifica la concurrencia de un caso constitucional" ya que "los argumentos vertidos por la recurrente se limitaron a disentir con la interpretación que en el caso se efectuó de normas legales de naturaleza infraconstitucional, y de la interpretación que se efectuó de la

prueba, en especial las constancias del expediente administrativo aportado en la instancia de grado. Por lo tanto, los argumentos de la recurrente no llegan a la construcción de un efectivo caso constitucional que registre relación directa con lo impugnado o una específica vinculación entre lo decidido en la causa y los derechos invocadas en el caso". Descartó, además, la lesión a los derechos de propiedad y de defensa en juicio, pues en el juicio de ejecución fiscal las garantías constitucionales amparan, por regla, al contribuyente y no al Fisco. Desestimó también la tacha de arbitrariedad pues "más allá de la circunstancia de que el apelante discrepe con la solución adoptada, ella se presenta como debidamente fundada y constituye un acto jurisdiccional válido".

11. Contra la denegatoria, el GCBA interpuso la queja de fs. 112/133. Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto consideró que el fallo prescindió del marco regulatorio que el CCAyT establece para las ejecuciones fiscales, que la doctrina de la CSJN que admite las defensas sustentadas en la inexistencia de deuda establece que ella debe ser manifiesta y no exija mayores demostraciones y que los planteos de la ejecutada deben ventilarse forzosamente en un proceso de mayor amplitud de debate y prueba. Sobre tal base, propicia que el Tribunal "admita parcialmente la queja, haga lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, revoque la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara y ordene mandar llevar adelante la ejecución" (fs. 150/152 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja se dirige contra la sentencia dictada por el tribunal superior de la causa en un juicio ejecutivo, lo que no obsta a la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad —como bien lo señaló la Sala II de la Cámara de Apelaciones— pues, por su contenido, el pronunciamiento dispone de modo irrevisable del derecho involucrado en este litigio. En el caso, para resolver acerca del planteo de inexistencia de la obligación, el tribunal de alzada decidió examinar la prueba producida y concluyó que la deuda reclamada por el Fisco es inexistente. Ello trae aparejado que lo decidido —de quedar firme— produzca los efectos de la cosa juzgada material y, por lo tanto, que no pueda ser discutido nuevamente en un proceso posterior.

En cuanto al fondo, los recursos del GCBA demuestran, según se verá, que el pronunciamiento impugnado no constituye una derivación razonada del derecho aplicable a los hechos de la causa por lo que compromete de modo directo el derecho de defensa de quien recurre.

Ello así, corresponde hacer lugar a la queja en este aspecto, y considerar el recurso de inconstitucionalidad del GCBA.

2. La sentencia impugnada sostuvo que "De las pruebas agregadas se concluye que el título por el que se pretende llevar adelante la presente ejecución resulta inhábil, toda vez que se funda en un acto administrativo que fue dejado sin efecto por el propio fisco". En tal sentido, consideró que a partir del examen de la documental que cita (punto d, del pronunciamiento) la deuda reclamada —que el pronunciamiento identifica con la consignada a fs. 137 de la C.I. 76.720/06— se encontraba abonada. Esa circunstancia, a su vez, conforme estimo la Sala II, llevó a anular los títulos ejecutivos que identificó y a ordenar el archivo de las actuaciones. En definitiva, señaló que el accionante reclama en autos "una deuda que sabe inexistente" (fs. 2083 vta./2084, *sic* autos principales).

Adelanto, tal como sostiene el GCBA, que las afirmaciones que la Sala II buscó apoyar en la prueba citada no encuentran en ella sustento. Sin embargo, antes de abordar el punto, estimo necesario describir los antecedentes vinculados a la deuda fiscal que, en parte, suscita estas actuaciones.

La DGR analizó la situación fiscal de TESA, por un lado, en relación con el monto del ISIB que le correspondía tributar por los períodos alcanzados en el procedimiento de determinación de oficio registrado en la C.I. 26.969/03, cuyo resultado fue favorable (o en buena medida favorable) a la admisión de las sumas indicadas como impuesto en las DD.JJ. (fs. 137/145). Por otro, se ocupo de verificar los medios aplicados a la cancelación del impuesto adeudado, a cuyo respecto la Administración fiscal, al abrigo de lo que dispone el art. 147 del C.F., intimó a la contribuyente según lo dispone dicha norma. La intimación no fue satisfecha por la demandada, que no acompañó constancias documentales para respaldar la imputación de importes "percibidos y/o retenidos" en concepto de ISIB al pago de ese tributo, lo que llevó al libramiento de una constancia de deuda. El remanente reclamado surgía, en relación con esta parte de la deuda, del impuesto liquidado en la DD.JJ., sin computar los cuestionamientos hechos a su respecto por el Fisco, estimándola cancelada tan sólo parcialmente, debido a que la ejecutada imputó a ese fin conceptos que no le fueron reconocidos por el Fisco (C.I. 55.538/06). Para desechar estos conceptos, el Fisco procedió, como dije, a intimar fehacientemente conforme al art. 147 del C.F. y ante el incumplimiento del requerimiento destinado a que se aportara la documental de "las retenciones y/o percepciones no exhibidas" se libró boleta de deuda. Los hechos relatados, son los que tuvo por acreditados la Cámara, aunque entre ellos estableció una relación diversa a la descripta (véase relato y punto 8 del pronunciamiento de fs. 2082/2084, *sic* autos principales). Esa plataforma fáctica, además, tampoco viene controvertida por la recurrente.

Sin embargo, pese a la diferencia que registran las dos situaciones antes descriptas, originadas en la situación de TESA frente al ISIB, la sentencia impugnada les brindó un tratamiento promiscuo. En tal sentido, a partir de un

informe —relativo a diferencias en el pago del ISIB surgidas de una determinación de oficio— según el cual el contribuyente había abonado el mayor importe exigido y la multa, concluyó que no existía el saldo (o monto) impago que el fisco funda en la existencia de "retenciones y/o percepciones" no exhibidas pero que la demanda pretendió aplicar a la cancelación del impuesto declarado (véase anexo resolución 4922/06, fs. 143/145 de la C.I. 26.969/03 y fs. 8/9 de la C.I. 14.730 acumulada a la anterior).

En tanto la documental invocada por el *a quo* no brinda apoyo a la sentencia que declaró que la deuda reclamada en autos resulta inexistente, corresponde admitir en el punto los agravios del GCBA y revocar el pronunciamiento impugnado.

3. La solución a que se arriba impone, para resolver el pleito, analizar la expresión de agravios formulada contra la sentencia de primera instancia y su contestación en los aspectos pendientes de decisión (fs. 2064/2062 y 2075/2078, *sic* autos principales). Esas presentaciones comprometen la valoración de cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional ajenas, por regla, a este Tribunal en la vía intentada. Por ello, resulta necesario devolver la causa para que, por quien corresponda, se emita un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho.

En consecuencia, corresponde: admitir la queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad con el alcance que surge de este voto; revocar la sentencia de fs. 2082/2084 (*sic* autos principales); ordenar que se remitan estas actuaciones a la Cámara CAyT para que jueces distintos de los que intervinieron en autos dicten un nuevo pronunciamiento, e imponer las costas de esta instancia a la vencida.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Luis F. Lozano.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La queja es admisible ya que cumple los requisitos formales exigidos por el art. 33 de la ley 402, y contiene una crítica razonada, adecuada y acertada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

La Cámara declaró inadmisible el recurso extraordinario local por estimar que no se configuraba un efectivo caso constitucional (véanse fs. 2129 vta./2130 de los autos principales, consids. 5° a 8°). Sin embargo, y como se expondrá a continuación, la sentencia de la Cámara que decidió el rechazo de la presente ejecución incurre en clara arbitrariedad por interpretar erróneamente las constancias administrativas, y en base a dicha interpretación concluir que la deuda reclamada era inexistente, afectando el derecho al debido proceso y la garantía de la defensa en juicio de la ejecutante.

Asimismo, la sentencia de la Cámara que decidió el rechazo de esta acción, si bien dictada en el marco de un proceso ejecutivo, resulta equiparable a definitiva ya que postula la "inexistencia de la deuda", imposibilitando cualquier debate posterior al respecto.

Por lo tanto, considero que corresponde admitir la queja y tratar el subyacente recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la ejecutante.

2. Como acertadamente destaca el Dr. Lozano en su voto, el error en que incurrió la Cámara, que torna arbitraria su sentencia y justifica su revocación, reside en confundir dos deudas diferentes constatadas en el curso del mismo procedimiento de verificación de la situación fiscal de la ejecutada, en su carácter de contribuyente del impuesto a los ingresos brutos local.

En el marco de la C.I. 26.969/DGR/03 se procedió a realizar una inspección destinada a verificar el cumplimiento de las obligaciones tributarias de Toscana Emprendimientos S.A. respecto del impuesto sobre los ingresos brutos (véase notificación obrante a fs. 9 de la C.I. 26.969/DGR/03), que individualizó dos irregularidades.

a) Por un lado, fueron detectadas diferencias entre los ingresos declarados por la contribuyente y los verificados por la inspección interviniente respecto de los períodos fiscales 2000 (12° ant. mens.), 2001 (5° ant. mens.), 2004 (4° y 12° ant. mens.) y 2005 (1° a 3° ant. mens.), que motivaron la iniciación del procedimiento de determinación de oficio, dispuesta mediante la resol. 4327/DGR/05 (obrante a fs. 337 de la C.I. 26.969/DGR/03).

Corrido el correspondiente traslado, la empresa Toscana Emprendimientos S.A. efectuó su descargo (a fs. 1/2 de la C.I. 34.384/DGR/2005).

Luego de distintas actuaciones, el Subdirector General de la Subdirección General de Técnica Tributaria y Coordinación Jurídica de la Dirección General de Rentas dictó la resol. 4922/DGR/2006 (obrante a fs. 143/145 de la C.I. 76.720/DGR/05), en la que resolvió: *i)* impugnar las liquidaciones efectuadas por la contribuyente respecto al período fiscal 2005 (ant. mens. 1° y 2°); *ii)* determinar de oficio la materia imponible y el impuesto resultante sobre base cierta y con carácter parcial, por el período fiscal 2005 (1° y 2° ant. mens.), lo que arrojó una deuda total de $ 435,60 ($ 236,10 del período 1/2005 más $ 199,50 del período 2/2005); *iii)* aplicarle a la contribuyente una multa de $ 283,10, por considerarla incursa en la figura de omisión fiscal, equivalente al 65 % del impuesto omitido; y *iv)* concluir sin efectuar ajustes el procedimiento iniciado en relación a los períodos fiscales 2000 (12° ant. mens.), 2001 (5° ant. mens.), 2004 (4° y 12° ant. mens.) y 2005 (3° ant. mens.).

El contribuyente abonó la totalidad de la deuda determinada y la multa aplicada, y acompañó los respectivos comprobantes (véanse 1/4 de la C.I. 14.730/DGR/2007).

b) Por otro lado, el contribuyente no exhibió la totalidad de los comprobantes de las retenciones y percepciones declaradas a cuenta del pago del impuesto sobre los ingresos brutos de los períodos 2000 a 2005.

En la inspección del 17/3/2006 solamente presentó comprobantes de retenciones de los períodos fiscales 03 y 12/2003, y fue intimado al pago de las retenciones y/o percepciones no exhibidas correspondientes a los períodos no prescriptos, en un plazo de 15 días hábiles (véase acta de constatación obrante a fs. 2 de la C.I. 55.538/06).

La inspectora actuante volvió a presentarse en el domicilio de la ejecutada con fecha 7/04/2006, pero la contribuyente no presentó la totalidad de los comprobantes que le fueran exigidos en la mencionada intimación, sino tan solo algunos correspondientes a los períodos 01, 02, 03, 04, 05, 06 y 08/2004 (véase acta de constatación obrante a fs. 10 de la C.I. 76.720/DGR/05).

La inspectora realizó una nueva visita con fecha 11/4/2006, en la que la contribuyente volvió a incumplir la intimación, ya que presentó únicamente comprobantes de retenciones y percepciones de los períodos 09/2004, 02 y 03/2005 (véase acta de constatación obrante a fs. 21 de la C.I. 76.720/DGR/05).

La última de las intervenciones de la inspectora ocurrió el 27/4/2006, en la que la ejecutada presentó distintos comprobantes de retenciones de los períodos 03, 04, 06, 08, 09, 10 y 12/2003, y 01 a 12/2004 (véase acta de constatación obrante a fs. 58 de la C.I. 76.720/DGR/05).

Concluidas estas intervenciones, la Dirección de Inspecciones y Verificaciones elaboró un *detalle de las percepciones y retenciones no exhibidas por la contribuyente,* para lo cual tuvo en cuenta las retenciones y percepciones oportunamente declaradas y les descontó las retenciones y percepciones efectivamente verificadas (véase fs. 79 de la C.I. 76.720/DGR/05). En base a ello fue confeccionada una *boleta de deuda por retenciones y/o percepciones descontadas y no exhibidas,* que totaliza la suma de $ 46.041,09, correspondiente a distintos períodos fiscales del 2000 al 2005 (véanse fs. 80/81 de la C.I. 76.720/DGR/05).

3. La deuda reclamada por el GCBA mediante la presente ejecución fiscal, es la mencionada en segundo término: retenciones y percepciones computadas en las declaraciones juradas pero cuyos comprobantes no fueron presentados oportunamente por la contribuyente, y en consecuencia no pudieron ser debidamente constatados por la Dirección de Rentas, en el marco de la inspección ordenada (véase boleta de deuda de fs. 1/2 de los autos principales).

La constancia de deuda oportunamente elaborada por el Fisco local conserva plena vigencia, ya que no fue abonada por la actora ni dejada sin efecto por el propio fisco, como erróneamente manifiesta la Cámara en su sentencia

(véase consid. 9°, a fs. 2083 vta. de los autos principales). Por el contrario, la deuda que fue efectivamente cancelada por el pago del contribuyente es la correspondiente al período fiscal 2005 (ant. mens. 1° y 2°) y a la multa aplicada, fruto del procedimiento determinativo de oficio.

Estos errores en la valoración de la documentación y de las actuaciones administrativas acompañadas, descalifican la sentencia recurrida en cuanto acto jurisdiccional, motivo por el cual corresponde revocar la resolución cuestionada y reenviar las actuaciones a la Cámara para el dictado de una nueva sentencia con arreglo a derecho.

4. Por todo lo expuesto, voto por: *i)* admitir la queja; *ii)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA; *iii)* revocar la sentencia recurrida; *iv)* remitir estas actuaciones a la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que jueces distintos de los que intervinieron en autos dicten un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho; y *v)* imponer las costas a la ejecutada, por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Recurso de queja

1. La queja de fs.112/133 fue interpuesta en tiempo y forma y contiene una crítica suficiente del auto denegatorio que habilita el análisis del recurso de inconstitucionalidad.

Recurso de inconstitucionalidad

2. El recurso de inconstitucionalidad satisface las condiciones de admisibilidad. Ha sido interpuesto en tiempo y forma, ante el tribunal superior de la causa y quien recurre goza de legitimación y capacidad procesal.

En cuanto al recaudo de sentencia definitiva, acierta la recurrente al señalar (fs. 88 vta.) que "(...) se ha agotado la jurisdicción de la Excelentísima Cámara y no existe posibilidad alguna que este juicio vuelva a reeditarse en esta jurisdicción".

En efecto, el modo en que la Cámara resolvió el recurso de apelación interpuesto por la ejecutada le impide al GCBA volver a debatir el fondo de la cuestión en un juicio posterior. Así, la Sala II analizó la prueba y concluyó que la deuda que el Fisco pretende ejecutar es inexistente, lo que importa decir que éste no tiene lisa y llanamente ningún crédito a su favor.

Por lo tanto, pese a haberse dictado en el marco de una ejecución fiscal, el pronunciamiento atacado debe equipararse a definitivo.

3. El Gobierno manifiesta que la Cámara prescindió de aplicar los arts. 145 y 129, inc. 2º del C.F., t.o. 2007, disposiciones que ya habían sido incluidas

en años anteriores, y que dicha omisión, violatoria del principio de legalidad, fue producto de confundir dos deudas distintas de la misma contribuyente, no excluyentes entre sí pero con origen en distintos conceptos. De allí extrae (fs. 89 vta.) que ninguno de los argumentos ni pruebas obrantes en autos logran sustentar la conclusión a la que arriba el *a quo*, "quedando finiquitada la deuda por disposición pretoriana contraria a la realidad y a la ley aplicable". En base a estos señalamientos, califica de arbitraria la sentencia.

Por otra parte, el GCBA expresa que la Sala II dejó de lado las normas que rigen el proceso de ejecución fiscal y sus limitaciones, excediéndose sin fundamento del marco de conocimiento de dicho proceso ejecutivo. Ello, con afectación de su derecho de defensa en juicio.

4. Como indica el señor juez de Trámite en el punto 2 de su voto, asiste razón al actor en cuanto a que la Cámara meritúo erróneamente la documental acompañada en estos actuados. La Sala interviniente comenzó su análisis de la prueba refiriéndose a la inspección realizada a la contribuyente en el marco del expte. adm. nº 6969/DGR/2003, para terminar evaluando las constancias relativas a la determinación de oficio por diferencias detectadas en la declaración jurada de TESA, que no es la misma deuda que aquí se ejecuta (omisión de pago de retenciones y/o percepciones descontadas y no exhibidas de $ 46.027).

En efecto, los camaristas reseñaron los antecedentes del dictado de la resol. 4922-DGR-06. Dicho acto administrativo, en lo que resulta pertinente: *i)* determinó de oficio la materia imponible y el impuesto sobre base cierta y con carácter parcial, por el período 2005 (detectando una diferencia de $ 236,10 en relación con el primer anticipo y otra de $ 199,50 respecto del segundo anticipo), *ii)* impuso una multa de $ 283,10 por omisión fiscal, y *iii)* concluyó el procedimiento de determinación sin ajustes en relación con los períodos fiscales 2000 (12º anticipo mens.), 2001 (5º anticipo mens.), 2004 (4º y 12º ant. mens.) y 2005 (3º ant. mens.).

Luego, los sentenciantes indicaron que a fs. 8 de la C.I. 14.730, la Dra. Leonor Lois, jefa de Departamento de Gestión de Deuda, había informado que la deuda obrante a fs. 137 de la C.I. 76.720/2006 se encontraba abonada. Resaltaron que a fs. 9 de dicha carpeta interna se anularon los títulos ejecutivos de fs. 170/175, y que el 12/4/2007 se había ordenado el archivo de las actuaciones. A partir de estas premisas, los jueces entendieron que el título que diera base a la ejecución era inhábil, por fundarse en un acto administrativo que fuera dejado sin efecto por el propio Fisco y concluyeron que la deuda reclamada era inexistente.

Sin embargo, como dije más arriba, el cobro que en este proceso persigue el Gobierno no se corresponde con la determinación de oficio a que alude la Cámara. Ante la omisión de TESA de acompañar los comprobantes de las per-

cepciones y/o retenciones por ella declaradas, el Fisco procedió a intimar a la empresa al pago de dichos conceptos tomados a cuenta del pago del impuesto sobre los ingresos brutos, de conformidad con lo dispuesto en el art. 147 del C.F. texto ordenado en 2005. Dicha norma (concordante con el art. 145 del C.F. texto ordenado en 2007) establece que cuando en su declaración jurada el contribuyente computa conceptos o importes improcedentes tales como retenciones (entre otros), no procede el procedimiento de determinación de oficio sino que basta la intimación fehaciente de pago de los conceptos incorrectamente computados o de la diferencia generada en el resultado de tal declaración jurada. Al no cumplir la demandada con la mencionada intimación, el GCBA libró la correspondiente boleta de deuda e inició la presente ejecución.

Consecuentemente, debe hacerse lugar al planteo del ejecutante en cuanto al erróneo examen de la prueba efectuado por la Sala II y revocar, con los fundamentos y alcances expuestos en el punto 3 del voto del señor juez de trámite, el fallo recurrido.

5. Por lo expuesto, voto por: *i)* admitir la queja de fs.112/133; *ii)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA; *iii)* revocar la sentencia recurrida; *iv)* remitir las actuaciones a la Cámara para que, por intermedio de jueces distintos de los que dictaron la sentencia revocada, se emita un nuevo pronunciamiento; y *v)* imponer las costas del recurso de inconstitucionalidad a la parte vencida (art. 62, CCAyT).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

A mi juicio, el recurso resulta inadmisible.

1. En primer lugar, las garantías constitucionales invocadas por el Estado para fundar el recurso (principio de legalidad o reserva de ley, en la terminología tributaria, y derecho de defensa), no corresponden a seguridades jurídicas cuyo portador sea el Estado —en este caso titular de la obligación tributaria—, sino, antes bien, representan pertenencias de los contribuyentes, en el sentido de límites de la competencia o de la acción estatal establecidos en favor de los ciudadanos o, en su caso, contribuyentes (en igual sentido, conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mindar S.A. c/GCBA s/acción meramente declarativa [art. 277, CCAyT]'", expte. n° 2425/03, sentencia del 17/12/2003; y "Moreno, Gustavo Daniel y otros c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 2902/04, resolución del 12/8/2004).

La utilización de esas garantías ciudadanas sin atender a su objeto o fin específico da por resultado no sólo una ampliación ilegítima de la competencia que le corresponde a los tribunales superiores como custodio de la Constitución del Estado, sino que, también, involucra un fracaso de la función garantiza-

dora de esas reglas para los súbditos, a quienes ellas pretenden amparar. Esas reglas no pueden hacerse valer en perjuicio del garantizado, sino que, antes bien, tan sólo pueden ser aplicadas *en su favor*. Con un ejemplo burdo: una sentencia absolutoria no puede ser anulada sobre la base de la comprobación de la coacción (tortura) del imputado durante su declaración, para obligarlo a decir o hacer algo que no quiere (por ejemplo: retractar una confesión para dar con el verdadero culpable); en todo caso podrá perseguirse al funcionario por la acción ilícita desarrollada, pero nunca eliminarse la absolución como resultado del juicio. Por ende, ningún recurso procede contra esa sentencia sobre la base de la infracción mencionada y su admisión representa tanto una ampliación de la competencia del tribunal constitucional examinador, como un despropósito frente a la finalidad de la regla de garantía. Con palabras de Sebastián Soler (*Aspectos civiles de la reforma penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1963, p. 44): "...sospecho que entonces el interesado clamaría que lo amáramos un poco menos".

El recurrir a la *arbitrariedad* —fundamento que campea durante toda la exposición del recurso, referido a la interpretación de la legislación común (infraconstitucional) y a la valoración probatoria, ambas acciones que no surten la competencia del TSJ— explica mejor que yo el modo de lograr una tercera instancia no prevista por la ley procesal, para defender los puntos de vista del Estado, como el disfraz que pretende ocultar la aplicación irregular de cláusulas de garantía. Los enjundiosos votos de mis colegas, que anteceden, son el mejor ejemplo de ello: exponen, si no en el resultado del dispositivo, sí en los fundamentos que los avalan, la preocupación por interpretar derecho común y valorar prueba. Recuerdo aquí, para no extender mi voto, la idea mía sobre el papel político que cumple la tan mentada *arbitrariedad* como motivo de los recursos extraordinarios, tanto para los litigantes, como para las decisiones de los tribunales: donde la ley procesal sólo admite dos o más instancias de mérito, la *arbitrariedad*, salvo casos excepcionalísimos, le agrega otra; en verdad, ella significa, de hecho, aquello que es consustancial a todos los recursos, ordinarios y extraordinarios, para resultar admisibles, el agravio, la decisión contraría a un interés representado en un proceso judicial (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. n° 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005).

2. Por lo demás, lo recurrido no es una *sentencia definitiva*. No sólo explica esta decisión la jurisprudencia general acerca de que, por regla, no existen este tipo de decisiones en procesos ejecutivos, dada la posibilidad del juicio ordinario

posterior (conf. jurisprudencia del TSJ: "Fundación Navarro Viola c/GCBA s/demanda contra aut. adm. otros s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 1467/02, resolución del 17/4/2002), sino, antes bien, el hecho de que, cualesquiera que sean los términos empleados por la decisión, sus palabras, por malos o buenos que sean estimados sus fundamentos, la competencia del tribunal de ejecución —en el caso, del juez de primera instancia y de la Cámara revisora, tribunales del mérito— se agota, como lo expresa el dispositivo de la decisión recurrida en el caso, con rechazar o admitir la ejecución coactiva del crédito. Por tanto, no son los fundamentos, sino el dispositivo de la decisión (véase fs. 84), el objeto que queda fuera de un juzgamiento posterior, esto es, dentro del ámbito estricto de la cosa juzgada; no es, entonces, el hecho de que el tribunal de mérito haya estimado la inexistencia de la deuda como motivo para no admitir su ejecución —errónea o justamente—, aquello que hace *cosa juzgada*, sino la decisión misma de cancelar la ejecución coactiva sobre la base de un procedimiento administrativo y la libranza de un certificado de deuda, aquello que la representa como objeto que no merece un *bis in idem*, hasta tanto la obligación no sea declarada en juicio de conocimiento.

3. Ambas razones confluyen para no admitir el recurso interpuesto, la queja, y tener por bien adjudicadas las costas del recurso de inconstitucionalidad que ella pretende sostener.

Por ello, emitido el dictamen por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir la queja* y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Revocar* la sentencia de fs. 2082/2084, autos principales.

3º. *Remitir* estas actuaciones a la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que jueces distintos de los que intervinieron en autos dicten un nuevo pronunciamiento.

4º. *Imponer* las costas de esta instancia a la vencida.

5º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva a la Cámara como está dispuesto en el punto 3.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LII

"PLANA, LAURA MARIANA C/GCBA Y OTROS S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMPLEADOS PÚBLICOS S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Arbitrariedad de la sentencia.

SUMARIOS:

1. Corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad cuando las materias objeto de debate no constituyen un genuino caso constitucional que habilite su tratamiento en esta instancia de excepción, tal como lo requiere el art. 27 de la ley 402, pues centran su eje en cuestiones de hecho y de prueba, ajenas por regla, al remedio procesal intentado. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás y Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. La referencia ritual a derechos o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido de ordinario en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás y Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. La causal de arbitrariedad de la sentencia no puede prosperar cuando se funda en una apreciación puramente genérica de quien interpone el recurso, que intenta por ese medio obtener una revocación de lo decidido en la anterior instancia sin que exista una argumentación constitucional suficiente para ello. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás y Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6137/08 - 11/3/2009

VISTO:

el expediente indicado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Laura Mariana Plana inició una demanda de revisión de cesantía contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Director del

Hospital de Agudos Ramos Mejía y el Director de la Secretaria de Salud del GCBA, con el fin de que se la restituya en su puesto y se le abonen los salarios caídos e indemnizaciones que correspondan. Asimismo, impugna y desconoce el dictamen administrativo —informe 8129— del cual se desprendería su cesantía. Sostuvo que se encuentran vulnerados su derecho de defensa, su derecho a trabajar, la garantía de estabilidad del empleo público y su derecho de propiedad (fs. 1/7).

2. La Sala II de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario resolvió rechazar la demanda incoada por la Sra. Plana, imponiendo las costas a la actora vencida (fs. 410/413).

Consideró que —según consta en la resol. 259/SSySHyF/02— la Dra. Plana se desempeñaba como médica suplente, desarrollando tareas en la guardia de 24 hs., por el término de dos años, por lo que si bien la actora poseía una relación de empleo público con la Administración local, no gozaba de estabilidad en el empleo. Asimismo, sostuvo que la documental y las testimoniales obrantes "no hacen más que corroborar la existencia de un abandono de tareas por parte de la Dra. Plana, inasistencias que no pudo comprobar que poseían justificativo y que habían sido previamente notificadas a sus superiores jerárquicos" (fs. 412).

3. Contra ese pronunciamiento, la Sra. Plana interpuso recurso de inconstitucionalidad, por entender que la sentencia es arbitraria y afecta los derechos y garantías constitucionales establecidos en los arts. 10, 11 y 13 de la Constitución de la Ciudad y arts. 14, 16, 17 y 18 de la C.N. (fs. 418/426).

El GCBA contestó el recurso de inconstitucionalidad, solicitando el rechazo del mismo, con costas (fs. 430/433).

4. La Cámara decidió conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, por considerar que se encuentra en juego el derecho constitucional de trabajar, lo que implica necesariamente la posible afectación del derecho de propiedad (fs. 446).

5. El fiscal general adjunto, en su dictamen, propicia se declare mal concedido el recurso (fs. 453/454).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora fue concedido por la Cámara, quien entendió que su decisión en la causa podría afectar el derecho constitucional a trabajar y el derecho constitucional a la propiedad, toda vez que ella clausura la posibilidad de que la accionante reingrese a la administración y perciba los salarios caídos que reclama.

No obstante, el recurso de inconstitucionalidad no debe prosperar en tanto estas argumentaciones de índole constitucional no se encuentran, en este caso, relacionadas en forma directa, clara y precisa con la naturaleza de la decisión de la Cámara.

2. La actora —médica de guardia suplente en el Hospital General de Agudos Ramos Mejía— solicitó, mediante una demanda un poco confusa, que se revea la medida adoptada por las autoridades del Hospital y se la restituya en su cargo, abonándole los salarios caídos y otras indemnizaciones correspondientes. La sentencia de Cámara, que ahora se cuestiona, desbroza esencialmente aspectos de hecho relativos a la relación laboral de la accionante y de la extinción de esta situación de trabajo en el citado Hospital: si existió o no acto de cesantía, si existió o no abandono de tareas por parte de Plana, si le fue impedido el ingreso a sus tareas en determinadas fechas, si pudo o no pudo firmar la planilla de guardia, si la firma en la planilla es o no de su autoría, las relaciones con sus colegas y superiores, si avisó o no de su ausencia, si pidió el reemplazo correspondiente, entre otras de igual tenor destinadas a esclarecer la concreta situación laboral de la actora y las circunstancias en que tal situación llegó a su fin. En su parte resolutiva, la Sala II, por mayoría, decidió rechazar la demanda incoada por Laura Mariana Plana.

3. La sentencia impugnada se sustenta, básicamente, en la falta de prueba, por parte de la actora Plana, del hecho principal en el que asienta su derecho al reclamo; esto es que no le fue permitido continuar prestando servicio normalmente, tal como se encontraba establecido previamente y como lo venía haciendo desde su nombramiento (sentencia de Cámara, fs. 410/413). A tal punto ello es así, que es la misma actora quien, al fundar su recurso, sostiene como argumento "…la equivocada valoración de la prueba…" y que la sentencia "no ha considerado en extenso y en su real dimensión las pruebas presentadas y producidas por esta parte, que eran decisivas para la solución del litigio, o se ha hecho de manera caprichosa" (fs. 420).

No cabe duda, entonces, tal como lo sostiene en su dictamen el señor fiscal general adjunto (fs. 453/454), que en este supuesto, no se configura un verdadero caso constitucional pues no se encuentra controvertida la interpretación o aplicación de normas contenidas en las constituciones nacional o local, ni la validez de una norma o acto que se pretenda contrario a tales constituciones, siempre que la decisión recaiga sobre esos temas. En suma, la cuestión a debatir no constituye un genuino caso constitucional que habilite su tratamiento y análisis en esta instancia de excepción, tal como lo requiere el art. 27 de la ley 402, pues centra su eje en cuestiones de neto corte fáctico y de prueba, ajenas, por regla, al recurso que se intenta.

Cabe recordar que la referencia ritual a derechos o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. el Tribunal *in re* "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000). En este sentido, cabe remarcar que los invocados derechos a trabajar, a la propiedad y el derecho al debido proceso legal no se vinculan en forma directa con las cuestiones que han sido debatidas en la causa.

4. En cuanto a la causal de arbitrariedad de la sentencia— que corresponde analizar ya que se proyecta indisolublemente sobre la totalidad de la impugnación deducida y concedida por la Cámara—, tampoco puede prosperar ya que, en este caso, se trata de una apreciación puramente genérica de la recurrente, que intenta por este medio obtener una revocación de lo decidido en la anterior instancia sin que exista una fundamentación constitucional suficiente para ello.

Que la parte que recurre discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss., en: "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas), pues "si el fallo apelado, dictado por los jueces de la causa, es fundado y serio, aun cuando pueda discutirse con base legal la doctrina que consagra o sus consecuencias prácticas, no resulta aplicable la jurisprudencia excepcional establecida en materia de arbitrariedad" (*Fallos,* 237:69).

En este caso, la sentencia de Cámara rechazó la demanda iniciada para que se revea la medida tomada por la administración (recurso de revisión) por entender que la actora no había aportado elementos probatorios que sustentaran la alegada imposibilidad de prestar sus tareas habituales. Esta decisión se encuentra adecuadamente fundada y las cuestiones de hecho y prueba que la sustentan han sido detalladas y ponderadas en forma razonable, más allá del distinto parecer de la recurrente.

5. En suma, la actora no ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional más allá de efectuar alusiones genéricas a la violación de diversos principios y garantías de índole constitucional que sólo constituyen un fundamento aparente, por lo que corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad.

Por las consideraciones expuestas y las que en forma concordante surgen del dictamen del fiscal general adjunto, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora, con costas.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Adhiero al voto de mi colega, la jueza Ana María Conde.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Basta leer tan sólo el recurso de inconstitucionalidad ofrecido por la actora para adherirse sin reservas al voto de la señora jueza del trámite. El recurso abunda en diferencias con la sentencia de la Cámara respecto de la manera de valorar la prueba y de la realidad judicial verificada y, como lo expresa el voto al cual me adhiero, no hace sino mencionar principios, derechos y garantías constitucionales, sin explicar el papel que cumplen en el fallo atacado. Si, para agotar la instancia, se lee la sentencia de la Cámara, entonces se tendrá la exacta medida de que el recurso sólo discute las realidades que ha fijado el tribunal de mérito, sin duda con sobrado fundamento tanto fáctico, como jurídico.

Párrafo aparte merece el cuestionamiento por apelación de los honorarios fijados en la sentencia para el profesional que abogó por la demandada, pues el recurso, aparte de no ser competencia de este Tribunal como tal, carece de toda objeción constitucional y sólo resulta fundado en la expresión "harto elevados", por su condición de trabajadora de la salud y por las tareas realizadas, sin que la recurrente vincule estas expresiones con elementos concretos y reales del caso.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso de inconstitucionalidad fue interpuesto en tiempo y forma. Sin embargo, y en coincidencia con el dictamen del fiscal general adjunto, debo expresar que los agravios del recurrente versan sobre cuestiones de hecho y prueba propias de la valoración de las instancias ordinarias, sin que se observe —más allá de las discrepancias que agita el impugnante— ningún elemento que se traduzca en una cuestión constitucional ni, mucho menos, que permitan inferir que el fallo atacado resulte arbitrario. En particular, las críticas que la actora formula en cuanto a cómo valoró el tribunal superior de la causa la prueba pericial caligráfica y de testigos, se neutralizan con la lectura de la sentencia definitiva que, a mi entender, pondera esos elementos en el marco del principio hermenéutico de rango legal —no cuestionado— establecido en el art. 310 del CCAyT.

Por lo expuesto, voto por declarar improcedente el recurso de inconstitucionalidad, con costas.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde, y a las consideraciones que en sentido concordante expresa el señor fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 453/454 vta.).

Sólo resta añadir que la mera discrepancia en punto a la regulación de honorarios practicada a favor de la representación letrada de la parte demandada

—por considerarla infundada— tampoco permite tener por configurado un caso constitucional en los términos del art. 113, inc. 3º, de la CCBA. Es que, más allá del acierto o error de la decisión adoptada, la recurrente pretende que este Tribunal se adentre en la revisión de una materia —por regla— propia de los jueces de la causa, sin haber esgrimido fundamentación alguna para poner en crisis aquel punto del pronunciamiento impugnado.

Por ello, corresponde declarar mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la Sra. Laura Mariana Plana a fs. 418/426.

Así lo voto.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de inconstitucionalidad planteado por Laura Mariana Plana, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LIII

"WAINGARTEN, SEBASTIÁN C/GCBA Y OTROS S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 6199/08 "GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'WAINGARTEN, SEBASTIÁN C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Caso constitucional. AMPARO: Naturaleza. Caracteres. Idoneidad. CONCURSOS: Designación de funcionario. Omisión de la Administración. Atribución del Poder Ejecutivo. Principio de división de poderes. Tutela judicial efectiva. AMPARO POR MORA DE LA ADMINISTRACIÓN: Procedencia. Caracteres. DERECHO ADQUIRIDO: Derecho de propiedad.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe ser admitido si expresa suficientemente razones de índole constitucional al cuestionar la interpretación del art. 14, CCBA y

vincular el fundamento del planteo con cuestiones relacionadas con el debido proceso legal y el derecho de defensa en juicio. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. El análisis de la vía procesal del amparo, elegida por la actora para encauzar su pretensión, resulta indiferente, ya que su objeto, que consiste en obtener judicialmente el nombramiento en el cargo concursado, no es susceptible de ser ordenado a la Administración por el Poder Judicial, por lo que corresponde rechazar el amparo interpuesto*. (Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

3. Si bien no ha quedado demostrado que le asista a la amparista un derecho que permita ordenar judicialmente a la Administración para que dicte en su favor el acto de nombramiento en el cargo, sí posee un derecho a que la Administración le asigne el cargo por el que ha concursado, en caso de que resuelva efectivamente cubrirlo y el procedimiento de selección apuntado mantenga su vigencia. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

4. La posibilidad de que los jueces efectúen la designación de una agente del Poder Ejecutivo, o, de forma oblicua, impongan el contenido del acto administrativo que ordenan dictar, vulnera las atribuciones constitucionales del Poder Ejecutivo en esta materia (art. 104, CCBA), cuando no se trata de una omisión material de la Administración en satisfacer una prestación legal o reglamentaria establecida que los jueces puedan ordenar cumplir en un sentido determinado, sino de un supuesto de omisión formal (no dictar el acto administrativo) en un procedimiento administrativo. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. Cuando en un procedimiento administrativo la Administración incurre en la omisión formal de no dictar el acto correspondiente, la conciliación del principio de la división de poderes con el derecho a la tutela judicial efectiva se resuelve mediante el amparo por mora, para que la Administración se expida expresamente, y por la técnica del silencio negativo, para que el particular pueda considerar denegado su derecho y reclamar judicialmente su resguardo. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. La situación de quienes superan las pruebas selectivas y no pueden ser nombrados funcionarios por falta de vacantes presupuestarias, confiere a los vencedores una expectativa de ingreso o de nombramiento cuya consecuencia directa es que, en principio, no puede designarse a otra persona en ese cargo sobre la base de ese concurso, mientras el postulante mantenga su interés en el nombramiento y el cargo exista en la estructura administrativa. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. Superadas las pruebas selectivas en el proceso interno de selección para el cargo, no existe un derecho a ser designado que los jueces puedan, válidamente, resguardar mediante el amparo, ni resulta manifiesta una conducta ilegítima de la administración que no sea su propia mora en resolver la expectativa. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. La vía del amparo no es idónea para resolver la omisión del Gobierno de la Ciudad de dictar el acto administrativo de quien quedó en el primer lugar en el orden de mérito establecido en el proceso interno de selección y ha limitado tanto la actividad probatoria de las partes en relación con la cobertura presupuestaria para efectuar la designación solicitada, como la posibilidad de decisión del Tribunal. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. El amparo no constituye un procedimiento judicial genérico y electivo, a gusto del actor, que suplante o reemplace los procedimientos específicos reglados; sino que la evidencia inicial de la ilegitimidad del acto u omisión y el daño grave e inminente a un derecho constitucional o legal que deba ser restablecido de inmediato. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. La petición de la actora, canónicamente calificada como "amparo por mora", que puede ser tramitada en la jurisdicción local por la vía reglada en el art. 14, CCBA, ante la falta de regulación específica de ese instituto en la legislación procesal de la Ciudad (LPA, CCAyT, LA) y el reconocimiento por parte del GCBA del vencimiento de los plazos para dictar el acto administrativo correspondiente al proceso de selección del cargo concursado, habilita a los jueces ordenar a la Administración que se expida, sin más, a través del dictado del acto pertinente en el plazo de quince días, que debe notificarse a la actora en el plazo y forma establecidos por la LPA. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. Si bien ha quedado acreditada la mora de la Administración en el dictado del acto administrativo vinculado con el proceso de selección interna del cargo público concursado, el contenido de ese acto no puede ser fijado por el Poder Judicial, porque el inc. 9º del art. 104, CCBA dispone que es el Jefe de Gobierno quien nombra a los funcionarios y agentes de la administración. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. La única posición jurídica consolidada de quien concursó un cargo público en un proceso de selección interna se identifica exclusivamente con su derecho a la conclusión del procedimiento y, por consiguiente, al dictado del acto administrativo que disponga el cierre del trámite de selección, sin que de ello derive ningún otro derecho a su designación que, en el contexto de caso, es de resorte exclusivo de la Administración. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

13. La designación de una persona como agente de la administración constituye una función propia de ella y, por ende, ajena a la justicia. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

14. La vía procesal del amparo no es idónea para el estudio y discusión sobre preceptos legales dirimentes para resolver la pretensión de que se dicte un acto administrativo para el cierre del proceso de selección de un cargo público, porque se necesita un debate del que surja cuál es la extensión del

derecho que el régimen legal aplicable acuerda en la situación planteada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

15. Por regla, las decisiones de los jueces se expiden sobre la existencia y alcance de derechos protegidos por el ordenamiento, esto es, de aquellos medios que el sistema pone en manos de los particulares, y no imponiendo directamente el ejercicio de competencias atribuidas a los órganos que ejercen el poder público en nombre de toda la comunidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

16. La emisión de una orden judicial de pronto despacho dirigida a la Administración exige determinados recaudos entre los que se encuentra la existencia de un debate en que las partes hayan tenido ocasión de ejercer su derecho de defensa y la posibilidad de expedirse en relación con los antecedentes indispensables para el análisis de un amparo por mora. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

17. En el seno del proceso de amparo coexisten la necesidad de restablecer con celeridad garantías que el actor dice conculcadas y la de respetar el derecho de defensa de la parte demandada. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6219/08 - 11/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Sebastián Waingarten promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante: GCBA) tendiente a que se le ordene dictar un acto administrativo que lo designe en carácter interino en el cargo de Profesional Asistente Adjunto Psicólogo —Adultos— de Planta, con treinta horas semanales, en el Área programática Cesac N° 40 del Hospital General de Agudos "Parmenio Piñero". Fundó su pretensión en el hecho de haber resultado calificado en primer lugar en el orden de mérito establecido en el proceso interno de selección convocado por la Dirección del Hospital. El actor sostuvo que sobre la base del orden de mérito del concurso, en el mes de octubre de 2006, la Dirección del Hospital solicitó al Director General de Desarrollo de Recursos Humanos de Salud su designación en el cargo. El actor afirma que, luego de ello se sucedieron distintos informes y actuaciones para obtener el nombramiento con resultado negativo y que, finalmente, en septiembre de 2007 presentó una nota solicitando su designación con carácter de "Pronto Despacho". Sostiene, en definitiva, que la última actuación que impulsó el procedimiento de designación fue la solicitud de nombramiento

elevada por la Dirección del Hospital, razón por la cual se encontraría vencido el plazo de 90 días establecido por la reglamentación (ordenanza 41.455/86, art. 10.6) para efectuar la designación correspondiente (fs. 1/5).

El GCBA contestó la demanda y se opuso a su admisibilidad y procedencia. Consideró que la vía procesal del amparo no era procedente en razón de no existir una urgencia objetiva y que existen otras vías más idóneas para dilucidar la cuestión planteada, que el plazo establecido en la ordenanza 41.455 no es perentorio, que de su incumplimiento no se derivan derechos para la actora, que vencer en un concurso sólo da una expectativa y no un derecho a obtener la designación, que la demora en el pronunciamiento administrativo se fundó en la necesidad de obtener información sobre la existencia de partida presupuestaria vigente, que no existió una conducta u omisión arbitraria o manifiestamente ilegal de la Administración, y que la admisión de la demanda vulneraría el principio republicano de división de poderes (art. 104, CCBA), pues conduciría a la creación judicial del cargo (fs. 43/45).

El magistrado de primera instancia hizo lugar a la acción de amparo interpuesta, ordenando al GCBA (Ministerio de Salud y Ministerio de Hacienda y Finanzas) que: "…en el plazo de diez días hábiles dicten el acto administrativo de designación del agente Sebastián Waingarten en el cargo de Psicólogo Interino de Planta, con 30 horas semanales para CESAC N° 40…". Impuso las costas a la demandada vencida (fs. 156 vta.)

2. El GCBA interpuso recurso de apelación contra la sentencia (fs. 163/167).

La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso-administrativo y Tributario, con el voto en mayoría de los jueces Eduardo Russo y Mabel Daniele, confirmó la sentencia de grado. El tribunal sostuvo que "…se observa un comportamiento arbitrario de la demandada al haber llevado adelante un proceso de selección que desde su convocatoria contaba con reflejo presupuestario suficiente, para luego paralizar toda designación por la posterior ausencia de las partidas de rigor" y que se "…afecta el derecho del actor, quien se sometió a un proceso selectivo que en modo alguno difirió la aprobación presupuestaria para el momento en que el orden de mérito se hallara establecido, sino que, al contrario, declaró su existencia al propio tiempo que expresaba la necesidad para el servicio de salud de ampliar la planta del Hospital Parmenio Piñero" (fs. 176 y 176 vta.). Puntualizó que en similar sentido se había expedido el Tribunal, por mayoría, en los autos "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", sentencia de fecha 28/11/2007.

3. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 180/192), que fue concedido por la Sala II, excepto en lo que se refiere a la invocación de la

doctrina de la arbitrariedad (fs. 200/201), lo que motivó la interposición del recurso de queja que fue acumulado a este expediente (fs. 207/288).

4. Requerido el dictamen del Ministerio Público Fiscal, el señor fiscal general adjunto propició que el Tribunal admita la queja, haga lugar al recurso de inconstitucionalidad impetrado por la parte demandada, revoque la sentencia de Cámara y rechace el amparo. En los fundamentos de su dictamen sostuvo que "la interpretación efectuada en autos, por la Cámara, no se ajusta —en el criterio del suscripto— a la legalidad vigente (...) La conducta de la Administración, que se denuncia en la demanda, no aparece —tal como resulta de lo expuesto— manifiestamente ilegítima o arbitraria, requisito básico para la procedencia del amparo (arts. 43 de la C.N.; 14 de la Constitución local, y 1º y 2°, ley 2145).// (...) Es decir, no toda pretensión debe necesariamente ser tramitada, sino sólo aquellas que cumplan dichos requisitos, porque de lo contrario, como ocurre en el *sub examine*, se incurre en un dispendio jurisdiccional innecesario, que conduce a un resultado que debió ser conocido desde el inicio —el rechazo de la acción— por un doble orden de razones: la improponibilidad de su objeto y la inexistencia de arbitrariedad o ilegalidad manifiestas de la conducta de la Administración. (...)// Por lo demás, tampoco advierto que la situación apremiante de 'daño actual o inminente' que exigen los arts. 43 de la C.N. y 14 de la Constitución local, se encuentre verificada en el *sub examine*./ La condena impuesta al Gobierno de la Ciudad conlleva, a mi entender, el agravante de que coloca al Poder Judicial en situación de sustituirse en las competencias y atribuciones de otro poder del Estado. Dicho de otro modo: compromete el principio de división de poderes por invasión judicial sobre prerrogativas propias cuya competencia está reservada a la Administración" (fs. 292/297).

FUNDAMENTOS:

Los jueces Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

La cuestión planteada en estos autos resulta sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal *in re*: "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 5860/08 y su acumulado expte. n° 5854/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/ amparo (art. 14, CCBA)'", sentencia del 7/7/2008.

En consecuencia, por remisión a los fundamentos pertinentes expresados en aquella oportunidad, que resultan aplicables al caso en examen, corresponde admitir el recurso de queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA, revocar la sentencia de fs. 175/176 vta. y rechazar el amparo deducido por el Sr. Sebastián Waingarten, imponiendo las costas del

proceso por su orden (art. 14, CCBA). Por Secretaría deberá agregarse a este expediente copia del precedente citado en el párrafo anterior.

Así lo votamos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

La cuestión de autos resulta análoga a la resuelta por este Tribunal *in re* "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 5860/08 y su acumulado expte. n° 5854/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'", sentencia del 7/7/2008.

En consecuencia, por los argumentos que desarrollé al expedirme en el precedente aludido, a los que remito y que serán agregados en copia para formar parte de este pronunciamiento, voto por hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y rechazar el amparo, sin que ello implique expedirse en relación con el derecho de fondo que podrá, cumplidos los recaudos pertinentes, reclamarse en la vía ordinaria. Costas por su orden en todas las instancias (art. 14 de la CCBA). El modo en que se resuelve torna innecesario expedirse sobre la queja deducida a fs. 273/288.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La cuestión traída a conocimiento del Tribunal mediante el recurso de inconstitucionalidad cuyo rechazo motivó la queja de fs. 207/288, resulta —con más o menos argumentaciones— sustancialmente análoga a la resuelta *in re* "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 5860/08 y su acumulado expte. n° 5854/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'", sentencia del 7/7/2008.

2. Debido a ello, y por los mismos fundamentos, corresponde decidir de la misma manera, a saber:

a) hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA;

b) revocar el fallo de fs. 175/176 vta., en cuanto confirma el de primera instancia, que condena al Gobierno a dictar el acto de designación de la actora;

c) hacer lugar, en los términos expresados en los puntos 6 y 7 de mi voto como juez del trámite en "Pelacoff", ya citado, a la demanda de amparo planteada por el Sr. Sebastián Waingarten y ordenar al GCBA que, en el plazo de quince (15) días, dicte el acto administrativo que decida finalmente el procedimiento de selección convocado por la Dirección

del Hospital "Parmenio Piñeiro", para cubrir interinamente el cargo de Profesional Asistente Adjunto Psicólogo —Adultos— de Planta, en el Área Programática Cesac N° 40, del establecimiento hospitalario antes nombrado;

d) imponer las costas de todo el proceso en el orden causado, en atención a las circunstancias particulares del caso, explicadas en la sentencia, y que dan lugar a la solución que propugno;

e) agregar a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 5860/08), resolución del 7/7/2008.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

El recurso de queja ha sido interpuesto en legal tiempo, forma y dirige una crítica al auto denegatorio. A su turno, el recurso de inconstitucionalidad fue concedido parcialmente por el tribunal superior de la causa. Así las cosas, este Tribunal Superior de Justicia se encuentra en condiciones de examinar la totalidad de los agravios vertidos oportunamente en la impugnación mencionada en último término.

La cuestión planteada en estos autos resulta sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal *in re*: "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 5860/08 y su acumulado expte. n° 5854/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA)'", sentencia del 7/7/2008.

En consecuencia, por remisión a los fundamentos pertinentes expresados en aquella oportunidad, los que resultan aplicables al caso ahora en examen, voto por: *a)* Declarar admisible la queja y hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad. *b)* Revocar el fallo del tribunal superior de la causa. *c)* Hacer lugar, en los términos expresados a fs. 4 vta. de la demanda de amparo planteada —con los alcances aquí establecidos— por Sebastián Waingarten y ordenar al GCBA que, en el plazo de quince (15) días, dicte el acto administrativo que decida finalmente el procedimiento de selección iniciado en el año 2006 para cubrir interinamente el cargo de Profesional Asistente Adjunto Psicólogo —Adultos— de Planta, con treinta horas semanales, en el Área programática Cesac N° 40 del Hospital General de Agudos "Parmenio Piñero". *d)* Agregar a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 5860/08), de fecha 7/7/2008 y, *e)* Imponer las costas del proceso a la demandada en atención a que, en de-

finitiva, progresa parcialmente la acción y ha sido el GCBA el responsable de la mora en el dictado del correspondiente acto administrativo.

Por ello, oído lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir la queja* interpuesta, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, revocar la sentencia de fs. 175/176 y rechazar el amparo deducido por el Sr. Sebastián Waingarten.

2º. *Imponer* las costas en el orden causado.

3º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos "Pelacoff, Lisa Paola c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 5860/08), de fecha 7/7/2008.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LIV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BENTOLILA, JORGE DAVID C/GCBA S/ACCIÓN MERAMENTE DECLARATIVA (ART. 277, CCAYT)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. Arbitrariedad de sentencia. Gravedad institucional.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja sino satisface la carga de realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, ni rebate argumentalmente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo, omisión que obsta a su procedencia. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde.*

En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).

2. No es admisible el recurso de queja cuando sus argumentos son consideraciones sobre la valoración de la prueba, la fijación de los hechos y disposiciones de naturaleza infraconstitucional; cuestiones todas ellas ajenas por completo a la competencia del Tribunal por la vía del recurso de inconstitucionalidad, y que pretenden tan sólo fundar una nueva instancia de mérito inexistente en la ley procesal. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).*

3. La interpretación dada por la Cámara a los hechos, a las prueba y a las normas aplicables, no afecta principios constitucionales ni transforma sin más en infundada a la sentencia recurrida, que aparece con fundamentos suficientes y coherentes que descartan la tacha de arbitrariedad enunciada en el recurso. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).*

4. El recurso de inconstitucionalidad, por regla, no debe ser concedido por la tacha de arbitrariedad, ya que los pronunciamientos judiciales no se presumen, *prima facie,* arbitrarios, y la doctrina relacionada con esa causal no tiene por objeto convertir a este estrado en una tercera instancia ordinaria, sino atender casos excepcionales en los que por deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a la que se refieren los arts. 17 y 18 de la C.N. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La impugnación fundada en la gravedad institucional no es atendible si en el recurso no se logra explicar por qué la controversia excedería el mero interés de las partes lo que llevaría a enmarcarla dentro de ese instituto. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. n° 6063/08 - 11/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Jorge David Bentolila promovió demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA), con el objeto de que se declarase que la deuda por alumbrado, barrido y limpieza (en adelante ABL) anterior al 7/3/1996 no correspondía a su parte, ni a quien resultase ulterior titular del inmueble, sito en la calle Cerviño 3572, piso 1º (designado como Unidad Funcional número uno, partida municipal número 1.783.149). Solicitó,

también, que se condenase al GCBA a confeccionar una nueva constancia de deuda imputándola nominativa y exclusivamente al titular anterior, el Sr. Gabriel Diego Salem (fs. 31/35).

Adujo que el 7/3/1996 adquirió el inmueble individualizado precedentemente con la intervención del escribano Oscar Cesaretti (matrícula nº 3464) quien, previo diligenciamiento de los certificados respectivos, dejó constancia en el acto escriturario que la propiedad se transfería libre de deuda, en virtud de que en el momento de la firma de la escritura había retenido la suma informada como pendiente de pago en ese entonces ($ 15.512), en relación a la contribución de ABL. Agregó que con fecha 29/1/1997 fue intimado —por la Dirección General de Rentas (en adelante DGR)— al pago de una deuda por períodos anteriores a la fecha de escrituración del inmueble que no había constado en el certificado antes apuntado. Señaló que con motivo del requerimiento formulado, se efectuó una presentación ante la DGR, que dio origen a la carpeta 38.637/DGRyEI/97, en la que se dispuso el desglose de las constancias de deuda para proseguir la acción contra los propietarios anteriores al 7/3/1996. Consideró, por tanto, que su situación había quedado regularizada. Sin embargo, en oportunidad de realizar una operación de venta del inmueble, la DGR emitió un nuevo certificado informando sobre la existencia de sumas impagas en concepto de ABL correspondientes a los períodos 01/1991, 03-04/1992, 20/1993 y 01-02/1993 que —a la fecha de interposición de la demanda— ascendían a $ 16.526,73, con más la de $ 1.988,07 en concepto de honorarios.

Por último, puntualizó que las deudas por ABL no revisten el carácter de obligaciones *propter rem* y que, en el hipotético caso de que se lo considerase responsable de dicha deuda, ella no podría serle reclamada por encontrarse prescripta.

2. Al contestar la demanda, el GCBA solicitó su rechazo, con costas (fs. 42/46 vta.).

Sostuvo que de la prueba aportada por el actor no surgía que éste hubiera sido liberado de la deuda, ni que se configurase alguno de los supuestos que permitieran liberarlo del pago de los gravámenes existentes a la fecha de adquisición del bien. Apuntó, también, que la deuda no era real sino personal y que resultaba de aplicación la solidaridad establecida en el art. 13 del C.F. Consideró improcedente la prescripción opuesta por el actor, atento la ejecución fiscal que promovió su parte por la deuda en cuestión.

3. El juez de primera instancia —en lo que aquí interesa— hizo lugar a la demanda interpuesta por el actor "…declarando que las deudas por contribución de alumbrado, barrido y limpieza territorial y de pavimentos y aceras y ley 23.514 que pudieran existir con anterioridad al día 7/3/1996, no le son imputables al actor D. Jorge David Bentolila. *2)* Ordenar la devolución de las sumas

depositadas por la escribana Celia Ester Martínez (fs. 34) en cumplimiento de lo dispuesto por este Tribunal en autos 'Bentolila, Jorge David c/GCBA s/medida cautelar' (expte. nº 13.611/1) a fs. 23/24" (fs. 47/48).

Para así decidir, tuvo en cuenta lo dispuesto en los arts. 16, inc. 1º del C.F. (t.o. 2004, dec. 882/GCABA/04) y 5º de la ley 22.427, así como las probanzas producidas en autos. En este sentido, señaló que "...la parte actora al momento de adquirir el inmueble de referencia lo hizo libre de deuda, no sólo por considerar que en ese acto no hubo asunción de deudas en los términos del art. 5º de la referida ley sino también teniendo en cuenta que el escribano interviniente en la escritura traslativa de dominio obtuvo, a través del Colegio de Escribanos, el certificado nº 190.890 (fs. 57) el cual arrojaba al 3/4/1996 una deuda únicamente por los períodos 3/93, 4/93, 1 al 6/94, 1 al 6/95 y 1, 2/96, los que fueron cancelados conforme da cuenta al pie el referido certificado. Por ello, no resulta razonable ni entendible que ocho años después, con fecha 21/9/2004 el certificado nº 806.227 (obrante a fs. 27 de la medida cautelar) refleje respecto del mismo inmueble una deuda ahora por los períodos 1/91, 3/92, 4/92, 20/93, 1/93 y 2/93, los cuales no fueron detallados en el certificado utilizado (fs. 57) por el escribano Oscar D. Cesaretti al momento de retener la deuda que pudiera corresponder por el impuesto de alumbrado, barrido y limpieza en virtud de la operatoria comercial que regía sobre éste". Concluyó en que "...habiendo quedado palmariamente demostrado que la constancia de deuda nº 190.890 fue confeccionada sin relevar la totalidad de los períodos adeudados, cuyo error es sólo imputable a la Dirección General de Rentas y, resultando que la expresa voluntad plasmada por ambas partes al realizar la escritura traslativa de dominio fue que la parte vendedora se hiciera cargo de toda aquella deuda que tuviera origen anterior a la fecha de escrituración (conf. escritura dominial acomp. como prueba doc.), cabe establecer que para el caso no correrá la extensión de la responsabilidad por el cumplimiento de la deuda ajena establecida en el Código Fiscal". Finalmente puntualizó que al haber quedado establecido "...que toda deuda anterior al 7/3/1996 y, en el caso particular la deuda por los períodos 1/91, 3/92, 4/92, 20/93, 1/93 y 2/93, sólo podrá ser exigida a quien era titular dominial al vencimiento de las cuotas reclamadas...", no correspondía emitir pronunciamiento respecto de la prescripción opuesta en relación a tales períodos.

4. Contra dicho pronunciamiento se alzó el GCBA (fs. 59/62 vta.). Se agravió de que la sentencia no hubiera considerado que: *a)* el certificado de deuda que tramitó bajo el número de solicitud 190890 fue pedido con fecha 3/4/1996; es decir con posterioridad a la celebración de la escritura traslativa de dominio de fecha 7/3/1996, por lo que la actora al momento de adquirir el inmueble no lo hizo libre de deuda, pues no existía ningún certificado; *b)* si

el actor permitió que la escritura fuera otorgada previo a la obtención de los certificados de deuda en concepto de impuestos, el eventual desconocimiento de lo adeudado, resulta inoponible al GCBA; *c)* al adquirir el actor el inmueble sin la obtención previa del correspondiente certificado, la deuda quedó consentida, independientemente de que hubiera sido informada o no en el certificado nº 190.890; *d)* la asunción de deuda por parte del vendedor, volcada en la escritura de venta, reviste un acuerdo entre partes que no resulta oponible a su parte atento la solidaridad prevista en el art. 13 del C.F.; *e)* fue glosada a las actuaciones una *hard copy* de cuenta corriente marcada con código 06, esto es, pago ilícito, por lo que su parte fue inducida a efectuar una anotación registral con un pago que luego resultó ilícito; no se trató de un error, sino de una maniobra que vició la anotación registral. También se agravió en relación a la imposición de costas.

5. Luego de contestado el traslado por el actor de la apelación deducida por el GCBA (fs. 50/51 vta.), la Sala l de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario rechazó el recurso interpuesto, confirmó la sentencia apelada e impuso las costas de ambas instancias al GCBA (fs. 1/3).

En este sentido, señaló que "...el escribano interviniente dejó asentado que 'con los demás certificados solicitados, una vez despachados por los organismos pertinentes y debidamente liberados, se acreditará que no se adeudan impuestos municipales'..." y que del informe de deuda municipal agregado a los autos —no cuestionado por la demandada— surgía una deuda pendiente en concepto de contribución por ABL correspondiente a los períodos 3 y 4 de 1993; 1 a 6 de 1994; 1 a 6 de 1995 y 1 y 2 de 1996, que dicha deuda había sido cancelada y, además, "...que 'cualquier importe que por diferencias, reajustes, deudas pendientes de liquidación u otros conceptos, pudieran corresponder y no estuvieran informados en el presente, estarán a cargo de quien en la fecha respectiva haya estado en posesión del bien'". Esta circunstancia, agregó la alzada, "...fue reconocida por el mandatario de la Sección 8 quien —ante la presentación efectuada por el actor como consecuencia de la intimación al pago efectuada en el año 1997— dispuso el desglose de las constancias de deudas 'para proseguir la acción judicial contra los propietarios anteriores al 7/3/1996'". Tal reconocimiento —sostuvo el *a quo*— impedía que se reclamase al actor los períodos anteriores a la transferencia del dominio, pues implicaba para la demandada volver sobre sus propios actos, lo que no podía hacer en virtud de la teoría de los actos propios. De ello y de lo expresado por el escribano interviniente, en tanto asentó en la correspondiente escritura traslativa de dominio que "'conforme lo convenido la venta se realiza libre de toda deuda, por lo que la parte vendedora responde por toda aquella que tenga origen anterior al día de la fecha'", concluyó que el actor no asumió deuda alguna en los términos del art. 5º de la ley 22.427

por los conceptos reclamados, en atención a haber solicitado la correspondiente constancia de deuda y haber abonado la que surgía de ella.

En cuanto a las costas, al no encontrarse elementos para apartarse del principio objetivo de la derrota, procedió a confirmar las impuestas al GCBA por el juez de primera instancia.

6. Ante lo decidido por la Cámara de Apelaciones, el GCBA articuló el correspondiente recurso de inconstitucionalidad (fs. 4/9 vta.).

En él, tachó de arbitraria la sentencia dictada por el *a quo* en tanto: *a)* se apartó de la normativa vigente prevista para el caso, desde que al momento de celebrarse la escritura traslativa de dominio, el actor no contaba con el certificado de libre deuda ni había asumido la responsabilidad por la deuda que pudiere resultar conforme la excepción establecida por la normativa; *b)* vulneró los arts. 18 (defensa en juicio) y 19 (principio de legalidad y seguridad jurídica) de la C.N.; *c)* afectó el régimen rentístico municipal establecido en los arts. 9º, 10, 12, 13 y 51 de la CCBA, la ley 19.987 y las ordenanzas fiscales y códigos dictados en consecuencia, ocasionando gravedad institucional; conculcó, además, la autonomía y la división de poderes; *d)* resultó contradictoria y con fundamento aparente, pues pese a "...reconocer la norma que rige el caso y que no se cumplen las excepciones para eximir a la actora de la carga de pago, aún así resuelve en contrario..."; también contradijo precedentes de ese tribunal de similares características; *e)* creó excepciones no consagradas por la ley, lo que generó una invasión de poderes al irrogarse facultades legislativas; *f)* soslayó que el certificado fuera posterior a la celebración de la escritura y que al momento de su firma no existía; y *g)* lo expresado por el actor en relación a las manifestaciones del mandatario de la Sección 8 constituyen un hecho alegado y no probado; no obstante lo cual fue tenido en cuenta al momento del dictado de la sentencia. En resumidas cuentas, sostuvo que "...el actor para liberarse de la responsabilidad debía solicitar el certificado de libre deuda o manifestar expresamente que asumía la misma, y conforme se desprende de las constancias de autos no ha cumplido con ninguna de las exigencias de la ley, es decir que no ha obtenido certificado ni ha hecho uso de la opción del art. 5º de la ley 22.427.// Con lo expuesto se concluye que la sentencia recaída en autos resulta arbitraria y contradictoria...".

7. La Sala 1 de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario, previo traslado del recurso de inconstitucionalidad intentado por el GCBA (el que fue contestado a fs. 52/55), resolvió no concederlo e impuso las costas a la demandada vencida (fs. 11/12).

Sustentó el rechazo en que: *a)* el recurrente "...no logra fundamentar con claridad y precisión debidas el agravio constitucional..."; *b)* los agravios referidos "...a la valoración de las circunstancias realizada durante la tramitación

de la causa y a los problemas vinculados con la interpretación de las reglas aplicables al caso, tienden a controvertir el fundamento jurídico de derecho infraconstitucional contenido en la sentencia recurrida, sin incluir razones de índole constitucional..."; *c)* "...de la lectura del escrito se desprenden sólo discrepancias con respecto a cuestiones de hecho y prueba, aspectos que son ajenos al ámbito del recurso extraordinario de inconstitucionalidad..."; *d)* no se reunía, en el caso, ninguno de los extremos que permitiese tener por configurada la causal de arbitrariedad, ya que la sentencia podía ser pasible de críticas jurídicas, pero —contrariamente a lo alegado por el recurrente— no podía ser descalificada como dogmática, carente de lógica o de insuficiente fundamentación; *e)* de la gravedad institucional alegada, además de ser escueta su fundamentación y ser una construcción de la Corte Federal específicamente relativa al recurso extraordinario federal, el recurrente no había efectuado una justificación que avalase su traslación al ámbito del recurso de inconstitucionalidad local, ni había expuesto realmente un agravio autónomo sobre el punto.

8. El GCBA, frente al rechazo, dedujo ante este Tribunal la queja respectiva (fs. 15/26).

Sostiene en este sentido, que: *a)* la alzada carece de aptitud para rechazar el recurso de inconstitucionalidad a mérito de la causal de arbitrariedad, pues "...No se puede ser 'juez' y 'parte' y es que la interposición del recurso de inconstitucionalidad por arbitrariedad, con las tachas que involucra el proceder del sentenciante, convierte a ese en alguna medida en parte interesada en defender el pronunciamiento..."; *b*) la cuestión constitucional es haber dejado de lado la ley que rige el caso, generando con ello un perjuicio al fisco local; dado que la sentencia reconoce que la norma aplicable al caso es el art. 13, inc. "a" de la O.F. vigente para el año 1996, sin embargo, hace caso omiso de ella, decide no seguirla; *c)* la decisión se funda básicamente en la voluntad de los jueces, crea excepciones no consagradas en la propia norma, violándose de este modo el principio de división de poderes; deja de lado la prueba que habría llevado a la Cámara de Apelaciones a una convicción opuesta a la que arribó; lo que viola el debido proceso; *d)* el *a quo* toma en cuenta hechos alegados por el actor, no reconocidos por su parte y no probados en autos; *e)* es aplicable la doctrina de la gravedad institucional, en tanto lo decidido trasciende el mero interés de las partes y constituye una clara intromisión del poder jurisdiccional en el ámbito inherente a la autodeterminación, autoorganización y autoformación de la Ciudad; y *f)* la resolución del Tribunal, desnaturaliza lisa y llanamente el contenido del 'derecho al debido proceso' (...), privando a mi representada de un derecho incorporado a su patrimonio, cuya inviolabilidad está asegurada por disposiciones expresas de la Constitución Nacional..." (el destacado pertenece al original).

9. El fiscal general adjunto, al contestar la vista, se pronunció por el rechazo de la queja (fs. 66/68 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja fue interpuesta en tiempo oportuno y en forma idónea; sin embargo no puede prosperar.

2. Liminarmente conviene recordar que el Tribunal, al poco tiempo de entrar en vigencia la ley 402, señaló: "El juicio de admisibilidad que compete a la Cámara efectuar debe constatar el cumplimiento de los recaudos de impugnabilidad subjetiva y objetiva y valorar si los agravios articulados constituyen motivos que, según la ley constitucional y procesal habilitan la jurisdicción del Tribunal Superior (art. 113, inc. 3º, CCBA y art. 27, ley 402). Es decir, los extremos de admisibilidad reglados, que deben ser verificados por el *a quo*, no sólo atienden al cumplimiento de los recaudos de oportunidad y forma previstos en las normas adjetivas, sino que condicionan el contenido del debate a resolver por este Tribunal al admitir o inadmitir la posibilidad de revisión de la sentencia sobre la base de alguno o todos los agravios planteados al articularse el recurso. Se exige pues al *a quo* considerar si los agravios versan sobre la interpretación o aplicación de normas contenidas en la Constitución Nacional o en la Constitución local y según sea la ponderación de la naturaleza de cada motivo recursivo deberá, conceder (total o parcialmente) o rechazar la concesión del recurso.// Ahora bien, el juicio de admisibilidad que debe efectuar la Cámara no le permite rechazar la concesión del recurso con razones que refuten o controviertan los agravios expresados por la parte, fundándose en la falta de acierto, veracidad, validez o justicia de la crítica que el recurrente efectúa. No se puede, por ello, denegar la concesión aduciendo la razón o la justicia de la sentencia atacada, o en virtud de argumentos tendientes a demostrar la validez formal o la corrección sustancial de la sentencia" (*in re*: "Araldi, Liliana Angélica c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —Legislatura— y otros s/amparo - s/recurso de queja", expte. nº 606/00, sentencia del 29/12/2000; del voto conjunto de los jueces José O. Casás, Ana María Conde y Julio B. J. Maier y Guillermo A. Muñoz).

De esta manera, los agravios del recurrente relativos a que "el recurso por arbitrariedad no debería ser nunca denegado por el tribunal apelado..." (fs. 16 vta., segundo párrafo) no se ajustan a la interpretación que el Tribunal ha efectuado del juicio de admisibilidad que la Cámara debe realizar, y las razones expresadas por el GCBA no conmueven dicho criterio interpretativo.

3. En cuanto a los restantes agravios vertidos en la queja planteada por el GCBA, el recurso tal como ha sido planteado no satisface la carga de realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (*in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001), ni rebate argumentalmente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo —básicamente: la ausencia de un caso constitucional—, omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrar esa exigencia (*Fallos*, 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338).

4. La reseña de la causa que antecede a este voto pone de manifiesto que —en definitiva— el GCBA pretende someter a decisión del Tribunal las siguientes cuestiones: *a)* la interpretación dada por el *a quo* al art. 13, inc. "a" de la O.F. vigente para el año 1996 y al art. 5º de la ley 22.427; y *b)* el alcance otorgado por la alzada a la prueba rendida en las actuaciones (en especial, a los términos de la escritura traslativa de dominio de fs. 36/40, al certificado nº 190.890 emitido por la DGR y a manifestaciones que habría vertido un representante municipal con fecha 30/9/1998 dando lugar a que se procediese al desglose de las constancias de deuda objeto aquí de cuestionamiento).

Es fácil advertir que la solución de esas cuestiones no requiere del Tribunal que efectué la interpretación de ninguna disposición constitucional. Más aún, de la simple lectura del texto del recurso se observa que sus argumentos son consideraciones sobre valoración de la prueba, la fijación de los hechos y la consideración de actos y disposiciones de naturaleza infraconstitucional; cuestiones, todas ellas, ajenas por completo a la competencia del Tribunal por vía del recurso de inconstitucionalidad, y que pretenden tan sólo fundar una nueva instancia de mérito, inexistente en la ley procesal.

5. Aunque en el escrito de fs. 15/26 el GCBA afirma que "...la cuestión constitucional es haber dejado de lado la ley que rige el caso generando con ello un perjuicio al fisco local..." (fs. 19 vta., cuarto párrafo) para justificar —entre otros— la afectación de su derecho de defensa, de la garantía del debido proceso (y como corolario de ello, la lesión del derecho de propiedad, del sistema rentístico del Estado local, etc.), en parte alguna de la queja (o del recurso de inconstitucionalidad) señala cuál o cuáles son, concretamente, las disposiciones legales o reglamentarias omitidas por la Sala, cuya valoración hubiera modificado la suerte del juicio.

No puede tenerse por tales a los arts. 13, inc. "a" de la O.F. vigente para el año 1996 y 5º de la ley 22.427, pues ellas —contrariamente a lo afirmado por el recurrente— no fueron omitidas por el *a quo*, quien realizó

una interpretación de esas disposiciones y tuvo por cumplido el requisito del certificado de deuda previo exigido por el art. 13, inc. "a" de la O.F. vigente para el año 1996, con el certificado nº 190.890 y por suficientes los términos de la escritura agregada a fs. 36/40. Y los agravios del recurrente sólo dejan entrever su desacuerdo con tales fundamentos.

6. En verdad, la queja no hace más que reiterar los defectos que ya contenía, por cierto, el recurso de inconstitucionalidad. Éste sostiene, de modo genérico, la violación de los derechos de raigambre constitucional ya mencionados, pero no logra establecer la adecuada correspondencia entre la afectación que invoca y el contenido de la sentencia recurrida. Ello equivale a decir que el recurso no alcanza a exponer una cuestión constitucional, sino tan sólo su discrepancia con la sentencia de la Cámara en cuanto a la valoración que el tribunal de mérito hizo de los hechos, la prueba y las normas infraconstitucionales (en el caso, art. 13, inc. "a" de la O.F. para el año 1996, art. 5º de la ley 22.427), que consideró aplicables para fundar su decisión.

La interpretación dada por la Cámara de Apelaciones a los hechos, a las pruebas aportadas y a las normas aplicables, que difiere de la pretendida por el GCBA, no transforma sin más en infundada la sentencia objeto del recurso, ni importa la afectación de principios constitucionales (*in re* "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas: *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, t. I, pp. 282 y ss.). Por lo contrario, la sentencia recurrida aparece con fundamentos suficientes y coherentes, que descartan la tacha de arbitrariedad señalada por el recurrente, quien, con marcada ligereza se desentiende de los efectos jurídicos que corresponde asignar a los certificados de libre deuda tributaria por ella emitidos.

Téngase en cuenta que, como sostiene de manera constante el Tribunal ("Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabio s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. n° 726/00, sentencia del 24/5/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 240 y ss.; entre muchos otros), la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estrictamente (*Fallos,* 312:246, 389, 608, entre otros), pues, según lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la 'sentencia fundada en ley' a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N.".

7. Por último, el GCBA no ha efectuado en el caso justificación alguna que avale la traslación del supuesto de gravedad institucional al ámbito del presente recurso de inconstitucionalidad, ni en el desarrollo de dicho agravio ha señalado de manera adecuada —tal como lo exige la doctrina de la Corte (*Fallos,* 311:120)— de qué forma concreta la decisión del *a quo* comprometería principios institucionales básicos. Así, entonces, la referencia a la presencia de gravedad institucional en el caso se plantea como una invocación puramente genérica y reitera, una vez más, la discrepancia del recurrente con la sentencia de Cámara. Es que, debe descartarse la existencia de gravedad institucional si no se ha acreditado que lo decidido se proyecte más allá del interés individual de las partes en este juicio o incida de modo directo en la comunidad. Teniendo en cuenta el monto involucrado en el proceso, tampoco se ha logrado demostrar que lo resuelto afecte la normal percepción de la renta pública con la consiguiente incidencia en la prestación de los servicios a cargo del Gobierno local.

Por las razones expuestas, la queja debe ser rechazada.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja de fs. 15/26 cumple con los correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, coincido con el señor Juez de trámite en que no puede prosperar.

2. En primer término, cabe tener presente, tal como sostuve en numerosas oportunidades, que "es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad" (conf. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa nº 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

La Sala I denegó el acceso a esta instancia por las razones que se detallan en el punto 7 de los Resulta. En el recurso en análisis, la quejosa no va más allá de afirmar que interpone recurso directo contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, y de mencionar los fundamentos de la resolución que cuestiona (fs. 16). Por lo demás, su escrito ingresa directamente en el desarrollo de los agravios del recurso de inconstitucionalidad, sin formular ninguna crítica a la resolución indicada.

En síntesis, los defectos de fundamentación del recurso directo definen su rechazo.

3. Por lo expuesto, voto por no hacer lugar a la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con el juez de trámite, Dr. José O. Casás, en que la queja debe ser rechazada.

2. Con carácter previo, corresponde tratar el planteo del recurrente según el cual la Cámara carecería de la facultad de poder "rechazar el recurso de inconstitucionalidad a mérito de la causal de arbitrariedad.// Ello, toda vez que cierra la posibilidad de revisión de la sentencia [tachada] de arbitraria [...] y el Tribunal que resuelve es precisamente el que dicta dicha resolución" (fs. 16). Concluye su razonamiento afirmando que "[e]l recurso por arbitrariedad no debería ser nunca denegado por el tribunal apelado, ni por 'ápices procesales' [...], ni por la valoraciones de fondo. Salvo el caso de la interposición extemporánea, el juzgador apelado debería conceder el recurso y elevar el expediente al TSJ sin que ello sea óbice para que, al concederlo, exprese su opinión acerca de la validez del pronunciamiento y controvierta las razones seguidas por el apelante" (fs. 16 vta.).

Ese planteo no puede prosperar, principalmente, porque la regla con relación a esa causal de revisión es la contraria a la que esboza el GCBA: el recurso de inconstitucionalidad, por regla, no debe ser concedido por la tacha de arbitrariedad. Los pronunciamientos judiciales no se presumen, *prima facie*, arbitrarios, como parece proponer el recurrente. En efecto, tal como lo ha dicho este Tribunal en numerosas ocasiones y hoy recuerda el Dr. Casás en el punto 6 de su voto: la doctrina de la arbitrariedad no tiene por fin transformar a este Tribunal en una tercera instancia ordinaria, consecuencia que generaría la tesis del GCBA, sino atender casos excepcionales en los que por deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la 'sentencia fundada en ley' a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N. Por lo demás, y tal como lo he señalado en otras oportunidades, no corresponde a los tribunales al tratar la admisibilidad de un recurso expedirse acerca de la arbitrariedad de sus propios argumentos vertidos en la sentencia recurrida.

3. Coincido también con el Dr. Casás en que el recurrente intenta someter a consideración de este Tribunal el análisis de cuestiones de hecho —como lo es la forma en que fue llevada a cabo la escrituración de la operatoria de compraventa del inmueble sito en calle Cerviño 3572, piso 1°, dpto. 1 entre el Sr. Bentolila y el anterior dueño de la mencionada finca, el día 7/3/1996— y la interpretación de normas infraconstitucionales —el Código Fiscal, t.o., en 1996, y la ley 22.427—, ambas cuestiones ajenas, por regla, a la competencia de este Tribunal; sin que el recurrente haya demostrado que corresponda hacer excepción a esa regla. Máxime, cuando, a diferencia de lo que él sostiene, el *a quo* no omitió aplicar la normas mencionadas, sino que lo hizo con un alcance

distinto del que él pretende darles. Por lo demás, y si bien esa circunstancia basta por sí sola para rechazar la queja intentada, cabe agregar lo siguiente. La Cámara para resolver en la forma que lo hizo también tuvo en cuenta, por un lado, que del informe de deuda municipal en concepto de ABL que solicitase el notario que realizó la mencionada escrituración en el año 1996 no surgía deuda alguna para los períodos que la Administración hoy pretende cobrarle al Sr. Bentolila y, por el otro, que en dicha documentación se informaba que "'[c]ualquier importe que por diferencia, reajustes, deudas pendientes de liquidación u otros conceptos, pudieran corresponder y no estuvieran informados en el presente, estarán a cargo de quien en la fecha respectiva haya estado en posesión del bien'" (fs. 2), argumentos de los que el recurrente no se hizo cargo y por sí solos resultaban suficientes para mantener la decisión que se viene recurriendo.

4. Finalmente, tampoco puede prosperar el planteo fundado en el instituto de la gravedad institucional, porque el recurrente no explica por qué la presente controversia excedería, a su juicio, el mero interés de las partes lo que llevaría a enmarcarla dentro de ese instituto.

Por lo expuesto, y lo concordantemente dictaminado por el fiscal general adjunto, voto por, rechazar la queja.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Tal como elabora la sentencia el señor juez del trámite, como los demás jueces preopinantes, a cuyos argumentos adhiero, la queja fracasa por las siguientes razones:

a) No existe o es inadecuada la crítica a la resolución de la Cámara que rechaza el recurso (en esta última categoría, particularmente, la afirmación de que los recursos por motivo de arbitrariedad deben ser siempre concedidos, despropósito que convierte en exageración evidente al ya exagerado motivo de arbitrariedad).

b) En la base del recurso, sólo se advierte cuestiones de derecho local común (reglas del Código Fiscal, a quien el recurrente concede otro valor) y cuestiones de hecho o valoración probatoria, ambas cuestiones excluidas de la competencia del TSJ por la vía del recurso interpuesto.

c) Afirmar una catástrofe política por la vía de otro invento jurídico, la gravedad institucional, sobre la base de un impuesto menor dejado de pagar por un ciudadano, no sólo significa aquello que el señor juez Lozano ha afirmado elegantemente, sino que, antes bien, involucra una broma de mal gusto, dada la vía por la cual ella se expresa.

Por todo ello, voto en el sentido del rechazo de la queja.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1. *Rechazar* la queja planteada por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, mediante oficio, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LV

"MENA, UBALDO ALBERTO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MENA, UBALDO ALBERTO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14 CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Sentencia definitiva. Tribunal superior de la causa. Cuestiones de hecho y prueba. Derecho común. Tutela judicial efectiva. Ocupación del espacio público.

SUMARIOS:

1. La decisión que declara desierto el recurso de apelación no es la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa pasible de ser cuestionada ante este Tribunal mediante los recursos previstos por la ley 402 (arts. 27 y 33). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Sentencia definitiva es aquella que dirime la controversia poniendo fin al pleito o haciendo imposible su continuación (al igual que, *mutatis mutandi*, la del recurso extraordinario federal*). (Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. En nuestra Ciudad, el propósito del requisito de superior tribunal de la causa es que ella no sea extraída de los tribunales de mérito hasta tanto los remedios que el orden jurídico prevé para obtener pronunciamiento de dichos tribunales quede agotado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. El concepto de tribunal superior de la causa impone al recurrente el deber haber articulado diligentemente todos los remedios que el ordenamiento pone a su disposición para llegar a la decisión del tribunal de mayor jerarquía,

distinto del superior o supremo ante el cual se deduce el recurso extraordinario o de inconstitucionalidad, según el caso. (*Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Corresponde rechazar el recurso de queja si los planteos del accionante no acreditan que los derechos constitucionales invocados (arts. 10 y 14 CCBA y 14, 14 bis, 17, 18, 28 y 43 de la C.N.) guarden relación con la pretensión articulada y que, por tanto, quede frustrada la intervención del Tribunal en desmedro de lo previsto por el art. 113. inc. 3º de la CCBA. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. No puede admitirse que bajo la cobertura formal de atacar la decisión de la Cámara que declaró desierto el recurso de apelación —y que por esta razón no ingresó al tratamiento de los argumentos que sustentan la pretensión de fondo—, el recurrente aproveche la oportunidad para controvertir la sentencia de primera instancia que rechazó in limine el amparo, desde que ello acarrea para el caso una confusión sobre el objeto del recurso, pues los distintos fundamentos que sustentaron el rechazo *in limine* de la acción, en realidad, no llegaron a ser tratados por el tribunal superior de la causa (la Cámara). *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

7. Las cuestiones referidas a la debida fundamentación de los recursos de apelación son de índole procesal, se vinculan con cuestiones de hecho, prueba y derecho común propias de los jueces de mérito, que no habilitan, en principio, la admisión del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

8. El rechazo *in limine* la acción por considerar que no se cumplían los presupuestos de la vía del amparo no implica ningún tipo de pronunciamiento sobre la cuestión de fondo planteada por el accionante, ni mucho menos impedirle el acceso a la justicia en defensa de sus derechos siempre y cuando se encuentren reunidos los pertinentes requisitos de admisibilidad de la acción elegida, lo que priva de sustento al supuesto de "denegación de justicia" alegado. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

9. La ocupación del espacio público para la venta de cualquier tipo de bienes o productos en la Ciudad, según la ley vigente, requiere previamente del otorgamiento por parte de la Administración de una habilitación especial (permiso de uso) en favor del interesado. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

10. Si bien la decisión que declaró desierto un recurso de apelación no es la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa pasible de ser cuestionada por el recurso de inconstitucionalidad y su correspondiente queja (art. 27, ley 402), sucede lo contrario cuando la resolución de la Cámara que desestima la apelación por defectos del memorial de agravios deja firme la sentencia de primera instancia que rechazó in limine el amparo. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. Se ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva (o al derecho a peticionar ante las autoridades) con el archivo del anterior amparo sin que

se dictara una sentencia de mérito sobre su pretensión, circunstancia que le permite al actor reintroducir la cuestión en un nuevo proceso, ya que le asiste el derecho a que el órgano judicial competente se pronuncie sobre ese planteo material. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6217/08 - 12/3/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Del relato efectuado por el recurrente y de las copias acompañadas a la queja surge que el Sr. Ubaldo Alberto Mena promovió el 11/4/2005 una acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA), tendiente al cese de la actividad persecutoria que éste realiza: la venta de baratijas en la vía pública. El recurrente expuso que, desde hace tiempo, desarrolla como única actividad comercial la venta ambulante de tales baratijas en Plaza Once, sobre la calle Pueyrredón, entre Tte. Gral. Perón y Sarmiento y que esa actividad le permite subsistir en forma digna, pues su producido es el medio para la manutención de él y de su esposa. Sostuvo que se le labró un acta contravencional y que los procedimientos que lleva a cabo la Policía Federal, por orden del GCBA, son flagrantemente violatorios de sus garantías constitucionales y cercenan su derecho a trabajar, causándole un daño irreversible: no poder acceder a la obtención del sustento diario de su familia a través del trabajo. Consideró que su actividad no puede ser perseguida, pues es admitida por el art. 83 del CC, que excluye de las contravenciones la venta ambulatoria de bagatelas. Conjuntamente con la demanda solicitó una medida cautelar de no innovar a fin de que se suspendan los procedimientos policiales o de cualquier otra fuerza de seguridad a llevarse a cabo sobre el actor en la calle Pueyrredón, entre las calles Tte. Gral. Perón y Sarmiento (Plaza Once), se ordene al Gobierno y a la Policía Federal la cesación de dicho hostigamiento por medio de decomisos y se permita la continuidad laboral de los actores (fs. 15/16, corresponde a expte. 14.826/0).

La demanda fue recibida por el Juzgado Contencioso Administrativo y Tributario Nº 1, cuyo titular dictó una medida cautelar y se declaró incompetente por considerar que la causa debía tramitar ante el fuero en lo contravencional y de faltas (fs. 19/21).

Apelada sólo la decisión cautelar por el GCBA (fs. 23/27), la Sala I, por mayoría, revocó la medida cautelar (véanse 62/63). Por resolución de fs. 80

el tribunal expresó que la declaración de incompetencia estaba firme, pues no fue apelada.

El 16/12/2006, el juez en lo Contravencional y de Faltas N° 19 asumió su competencia y ordenó el archivo del expediente "atento al estado de autos" (fs. 91), librándose la cédula de notificación correspondiente (fs. 92).

2. El Sr. Mena interpuso el 7/5/2007 una nueva demanda de amparo contra el GCBA, ante el fuero contencioso administrativo y tributario, "con el fin que se le ordene [al GCBA] abstenerse de decretar clausuras o tomar otras medidas que afecten mi labor comercial y tenga base en la inexistencia de habilitación para venta ambulante de baratijas de escaso labor que realizo sobre la Av. Pueyrredón altura 210..." (fs. 109/112 vta.). Relató las vicisitudes del amparo anterior y expresó que pretende "por este nuevo expediente una sentencia definitiva de amparo" (fs. 110).

El juez de grado (JCAyT n° 11) el 30/5/2007 resolvió rechazar *in limine* la acción de amparo (fs. 97/98). Él sostuvo que la acción de amparo tenía idéntico objeto a la acción de amparo que tramitaba ante el fuero contravencional y de faltas, cuya declaración de competencia había quedado firme. Consideró, además, que resolver esta acción de amparo "importaría expedirse sobre una cuestión cuya dilucidación debe ser resuelta por la justicia Contravencional y de Faltas". Agregó que los hechos que motivaban el amparo llevaban "al menos más de dos años" lo que restaba urgencia al planteo. También señaló que el amparo era inadmisible pues para su decisión debería "controlar la actividad de jueces de otro proceso".

3. El actor apeló la sentencia (fs. 1 y vta.). En sus agravios afirmó que "lo que tramitó en el Contravencional fue una medida cautelar autónoma" que "ya es cosa juzgada". Sostuvo que "[e]l planteo que por aquí se discute es independiente, es otro expediente, pese a tener el mismo objeto" y que no "se pide a V.S. que obligue al juez contravencional a fallar sobre el fondo del amparo". Afirmó que en el tiempo transcurrido no se reguló "la venta de baratijas y mi situación de desamparo sigue siendo vigente y llena de actualidad". Sostuvo que la omisión de la Administración en regular la venta independiente en la vía pública afecta su derecho a la igualdad ante la ley y su derecho a trabajar.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones declaró desierto el recurso (fs. 3/4). El tribunal consideró que el recurso no efectuaba una refutación de los fundamentos contenidos en la decisión apelada, como lo exige el art. 236 CCAyT, ya que "el apelante se ha limitado a efectuar meras manifestaciones que no revisten otra entidad más que la expresión subjetiva de disconformidad con lo decidido en la instancia de grado, afirmando en forma dogmática su criterio sin señalar en qué radica la falencia, error u omisión del decisorio, y el agravio que ello motiva al recurrente. En efecto, la recurrente sólo se limitó a

disentir con el tribunal, mas no desarrolló una crítica concreta y razonada de lo decidido".

4. Contra esa sentencia el amparista interpuso recurso de inconstitucionalidad y denunció la existencia de denegación de justicia (fs. 5/12). En su expresión de agravios sostuvo diversas cuestiones: *a)* que en la causa están en juego sus derechos "a peticionar ante las autoridades, legítima defensa en juicio y [su] derecho a trabajar y ejercer industria lícita" y que "se ha controvertido la interpretación o aplicación de los arts. 10 y 14, CCBA y arts. 14, 14 bis, 17, 18, 28 y 43, C.N." (fs. 5); *b)* que existe una contienda negativa de competencia "que le ocasiona un perjuicio irreparable y da lugar a una denegación de justicia" (fs. 6), ya que el juzgado contravencional archiva su amparo y el juzgado contencioso administrativo y tributario expresa que "no está para revisar ni hacer lo que debe resolver el contravencional" (fs. 6 vta.), mas no declina su competencia, razón por la cual "nadie considera el amparo para que se suspenda la acción dañosa que se lleva adelante en mi perjuicio"; *c)* que todos los jueces que intervinieron violaron el principio de congruencia pues no se expidieron sobre su pretensión (fs. 10); *d)* que la competencia del juez contravencional y de faltas no ha quedado firme y no hay una doble iniciación del proceso pues ningún juez dictó sentencia definitiva sobre el amparo (fs. 10); y *e)* que la causa corresponde a la competencia del fuero en lo contencioso administrativo y tributario, de acuerdo con los arts. 2º del CCAyT y 7º de la Ley de Amparo (fs. 10 y vta.).

La Sala I no concedió el recurso (fs. 14 y vta.). El tribunal sostuvo que el recurrente "no ha logrado exponer, con la fundamentación, claridad y precisión debidas, un caso constitucional" y que "las exposiciones de la recurrente no explicitan una crítica concreta y pormenorizada de los argumentos jurídicos que contiene la sentencia, sino sólo traducen una mera discrepancia con la valoración efectuada por este Tribunal para resolver". Además, la Sala expresó que "el pronunciamiento impugnado no se encuentra entre los supuestos que habilitan la intervención del Superior Tribunal por vía del recurso de inconstitucionalidad, en tanto no reúne la condición de definitivo con relación a ninguna cuestión constitucional. En efecto, la decisión apelada se limitó a declarar desierto el recurso de apelación de la actora por intermedio del cual se cuestionó la sentencia que rechazó la acción interpuesta. Al respecto, resulta oportuno recordar que las cuestiones de índole procesal resultan ajenas, en principio, al remedio procesal intentado".

5. El actor planteó ante el Tribunal el recurso de queja agregado a fs. 100/105 vta. En primer término dijo que en el procedimiento recursivo la Sala no dio traslado de su memorial a la contraparte, pese a su petición expresa y a lo dispuesto por el art. 28 de la ley 402. Expresó también que el recurso de incons-

titucionalidad "contiene agravios constitucionales suficientes, reales, claros y precisos, poniendo de manifiesto un caso constitucional" (fs. 100 vta.). En ese sentido señaló: *a)* que "el derecho a un empleo INFORMAL estable, es hoy un derecho humano fundamental indiscutible (...) siendo imperiosa la necesidad de implementar una regulación de origen legal para la venta de baratijas en la vía pública" (fs. 100 vta.); *b)* que las normas internacionales que tutelan el derecho al trabajo desplazan a las normas locales (ley 1166 y Código de Habilitaciones y Permisos) por ser más favorables al trabajador (fs. 101 vta.); *c)* que la regulación local de alguna forma de venta ambulante y no de otras, como la que desarrolla el actor, afecta la igualdad ante la ley y el derecho al trabajo (fs. 101 vta.); *d)* que existe denegación de justicia por la forma en que decidieron tanto el juez en lo contravencional y de faltas como el juez en lo contencioso administrativo y tributario, pues, en definitiva, nadie dictó sentencia en el amparo (fs. 102 vta./104 vta.).

El fiscal general adjunto propició que se rechace la queja ya que al declarar la Cámara desierto el recurso de apelación que interpusiera el Sr. Mena las razones para rechazar la pretensión amparista no provienen del superior tribunal de la causa (fs. 116/117).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El señor fiscal general adjunto considera que la decisión de la Sala que declaró desierto el recurso de apelación no es la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa pasible de ser cuestionada por el recurso de inconstitucionalidad y su correspondiente queja.

En una sentencia reciente del Tribunal (*in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ocharán Márquez, Olimpia Zoila c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'", expte. n° 6024/08, resolución del 17/12/2008) señalé que aunque, en principio, decisiones de tal índole no satisfacen el recaudo objetivo de impugnación señalado por el Señor Fiscal (véase art. 27, ley 402), sucede lo contrario cuando la resolución de la Cámara que desestima la apelación por defectos del memorial de agravios deja firme la sentencia de primera instancia que, como ocurre en este caso, rechazó *in limine* el amparo. En tal sentido, la CSJN ha señalado que "el hecho de no haberse sustanciado la segunda instancia, en virtud de haberse declarado la deserción del recurso de apelación, no priva a la respectiva Cámara de su carácter de superior tribunal de la causa en los términos del art. 14 de la ley 48" (*in re*: "Carlos A. Palacio v. Augusto C. Trouillet" —*Fallos,* 261:420—, sentencia del 17/5/1965, entre muchos otros), opinión que, si bien fue establecida para el recurso extraordinario federal, equivale en el caso al rechazo del recurso de apelación y a la confirmación de

la sentencia de primera instancia, final para el litigio, razón por la cual yo la estimo igualmente aplicable al recurso de inconstitucionalidad local, a tenor de lo dispuesto por el art. 27, LPTSJ (ley local 402).

2. La reseña de los antecedentes da cuenta de que el Sr. Mena en dos oportunidades ha requerido al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que decida, por vía de amparo, que la venta de baratijas en la vía pública sin contar con una habilitación, autorización o permiso del GCBA, con la que él procura su propio sustento y el de su esposa, no debe dar lugar a la persecución de las autoridades, ya que su actividad está tutelada por el derecho constitucional a trabajar y ejercer industria lícita y no existe prohibición o reglamentación legal de ese derecho.

El juez contravencional ante quien se radicó el primer amparo no se expidió al respecto. Sin dar otra razón que "el estado de autos" dispuso el archivo de las actuaciones. El juez contencioso administrativo ante quien se inició el segundo amparo no dio curso a la demanda con argumentos de variada índole (que el asunto correspondía a la competencia del fuero contravencional y de faltas, que la demanda tenía idéntico objeto a la acción de amparo que tramitaba ante el fuero contravencional y de faltas, cuya competencia había quedado firme, que no existía urgencia, que se le requería que controle la actuación de otro magistrado). Pero ninguno de los dos magistrados se ha expedido en relación con el planteo de fondo.

3. El recurso de apelación del actor contra esa sentencia dista de contener una fundamentación acabada. Sin embargo permite observar una crítica mínima, pero suficiente, de los argumentos expresados por el juez de primera instancia y una reiteración de su argumento constitucional.

Al ser declarada desierta su apelación, el amparista planteó en el recurso de inconstitucionalidad que en el caso se plantea una situación de denegación de justicia, que culmina cuando la Cámara "DECLARÓ DESIERTO EL RECURSO, LO CUAL ES UNA FORMA DE NO 'JUGARSE' Y ELEGANTEMENTE MANTENER LO QUE DIJO PRIMERA INSTANCIA" (fs. 9, las mayúsculas corresponden al original), dejando así sin decisión alguna su planteo referido a que no ha tenido sentencia —satisfacción material, cualquiera que sea su símbolo— en ninguno de los dos fueros del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que ponderaron su pretensión. La cuestión ha sido reiterada y ampliada en el recurso de queja.

4. Le asiste razón al recurrente en cuanto a que las decisiones adoptadas en este proceso de amparo, y en el que le precediera, no tomaron a su cargo la tarea de considerar la cuestión constitucional planteada. Ella, por lo demás, todavía parece subsistir con la misma situación de base y, por ello, resulta

actual, cualquiera que sea el proceder que demande para su solución y la solución misma.

El actor afirma que la situación fáctica que dio origen al primigenio amparo y la incertidumbre sobre sus derechos subsiste. Si ello es o no cierto es algo que deberá ventilarse *durante* la tramitación de un juicio. El archivo del anterior amparo sin que se dictara una sentencia de mérito sobre su pretensión le permite reintroducir la cuestión en un nuevo proceso, ya que le asiste el derecho a que el órgano judicial competente se pronuncie sobre ese planteo material. La existencia de lesión a su derecho a la tutela judicial efectiva (o al derecho a peticionar ante las autoridades, como lo denomina el recurrente) se puede constatar con sencillez y corresponde que un tribunal disponga lo necesario para abocarse al caso. Se debe, entonces, revocar la decisión de la Cámara que declaró desierto el recurso de apelación del accionante y produjo, así, la confirmación de la jueza de primera instancia que rechazó *in limine* el amparo.

5. Pero debe quedar claro que reconozco al actor su derecho a que se dé curso al amparo, mas esto de manera alguna implica pronunciamiento sobre el fondo, ni sobre quién debe ser el juez competente para conocer y decidir en él. En principio, esa cuestión deberá ser resuelta por aplicación de las reglas infraconstitucionales referidas a la distribución de las causas locales entre los distintos fueros por los jueces de mérito, y por los procedimientos habituales. Advierto que el juez de primera instancia en lo contencioso administrativo expuso en la decisión de fs. 97/98 las razones por las que considera que el asunto corresponde a la competencia del fuero en lo contravencional y de faltas. Quizás la decisión correspondiente no condice con el rechazo *in limine* de la demanda.

6. Admito, entonces, que debe habilitarse la tramitación del amparo ante el magistrado que finalmente resulte competente. El recurrente tiene derecho a un pronunciamiento judicial sobre el valor de su reclamo —incluso mediante el procedimiento judicial que se estime necesario—, cuestión que urge procesalmente, más allá del nombre que pueda adjudicarse a su recurso contra la situación en la que se lo ha colocado y más allá de la solución material que corresponda conforme a derecho.

7. Por las razones expuestas voto por: *a)* hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad planteados por el Sr. Ubaldo Alberto Mena; y, en consecuencia*, b)* revocar el fallo de la Sala I que declaró desierto el recurso de apelación del actor y, pretendidamente, confirmó aquella de primera instancia que rechazó *in limine* el amparo.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención a los fundamentos expresados por el juez de trámite Julio B. J. Maier adhiero a la solución que propone.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Asiste razón al señor fiscal general adjunto cuando afirma que la decisión que declaró desierto el recurso de apelación no es la sentencia definitiva del tribunal superior de la causa pasible de ser cuestionada ante este Tribunal mediante los recursos previstos por la ley 402 (arts. 27 y 33).

En tal sentido, al pronunciarme *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ocharán Márquez, Olimpia Zoila c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6024/08, resol. del 17/12/2008 sostuve que:

"(...) Sentencia definitiva es aquella que dirime la controversia poniendo fin al pleito o haciendo imposible su continuación (al igual que, *mutatis mutandi*, la del recurso extraordinario federal).

Mediante el recurso de inconstitucionalidad, cuya admisibilidad defiende la queja ahora en estudio, el GCBA ataca la sentencia de Cámara que declaró desierto, por insuficiencia de fundamentación, el recurso de apelación intentado. Esa no es una sentencia definitiva ni —como principio— una equiparable que permita esta impugnación extraordinaria. En este caso, la sentencia definitiva es la de primera instancia que hizo lugar al amparo iniciado por la Sra. Ocharán Márquez y condenó al GCBA. Sin embargo, esa tampoco hubiera sido pasible de ser recurrida por esta vía debido a que no fue dictada por el tribunal superior de la causa (conf. art. 27, ley 402).

La noción de superior tribunal de la causa viene también tomada de nuestro derecho federal. En el caso, de la ley nacional 48 que lo emplea para obligar a los litigantes a agotar las instancias locales, cosa que no ocurría con la ley nacional 27. En nuestra Ciudad, el propósito del requisito es que la causa no sea extraída de los tribunales de mérito hasta tanto los remedios que el orden jurídico prevé para obtener pronunciamiento de dichos tribunales quede agotado. El texto de la ley nacional 48 fue tomado, a su vez, de la Federal Judiciary Act de 1789 de los EE.UU. En ella, el concepto quedaba descrito como el tribunal de mayor jerarquía en el que un pronunciamiento pudiera ser rendido o del que se lo pudiere obtener.[6]

Esta exigencia impone un deber al recurrente: haber articulado diligentemente todos los remedios que el ordenamiento pone a su disposición para llegar a la decisión del tribunal de mayor jerarquía, distinto del superior o supremo ante el cual se deduce el recurso extraordinario o de inconstitucionalidad, según el caso.

Retomando el examen del *sub lite*, la resolución de Cámara se limita a resolver una cuestión de índole procesal, la admisibilidad de un recurso de

[6] "…SEC. 25. […] the highest court of law or equity of a State in which a decision in the suit could be had…".

apelación ante ella, cuya solución es privativa de los jueces de mérito. Esa solución consistió en establecer que el hoy recurrente había fallado en articular un recurso admisible. No establece, en cambio, que ese recurso fuera imposible, independientemente de la diligencia que el recurrente hubiera aplicado a obtener el pronunciamiento de la Cámara.

Como quedó dicho, es una carga del recurrente lograr que la sentencia definitiva emane del tribunal superior para tener habilitada esta vía, si se encuentran presentes el resto de los requisitos. En nuestro caso, hay sentencia definitiva, pero no proviene del superior tribunal, mientras que hay auto del superior tribunal, pero interlocutorio".

Las consideraciones transcriptas aplicadas al supuesto que nos ocupa, muestran por un lado, que la decisión cuestionada remite exclusivamente al análisis de una cuestión procesal ajena a esta instancia (admisibilidad de un recurso de apelación ante la Cámara) en tanto no constituye la sentencia definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402. Por otro, que el pronunciamiento a cuya revisión realmente se aspira (rechazo *in limine* del amparo) no proviene del superior tribunal de la causa, porque al haber fracasado la apelación articulada contra la decisión de primera instancia, la Cámara no se expidió sobre el mérito de la pretensión articulada en autos.

2. Sin embargo, en el precedente ya citado, también aclaré que "Existe un supuesto en el que una resolución que, como la impugnada, declara mal articulado un recurso ordinario podría ser atacada mediante recurso de inconstitucionalidad. Es el caso en que se demuestra que la declaración de inadmisibilidad del recurso con que se buscaba obtener el pronunciamiento del superior tribunal constituye un obstáculo que frustra arbitrariamente la revisión por el Tribunal Superior de Justicia, prevista en el art. 113, inc. 3º de la CCBA, por la vía de eludir el superior tribunal de la causa la emisión del fallo que pone fin al pleito. En estos supuestos, incumbe al recurrente mostrar, por una parte, que la oposición del superior tribunal de la causa al emitir la sentencia definitiva es contraria a derecho y, por la otra, que los contenidos de la sentencia definitiva del inferior, que se convertiría en firme, son susceptibles de revisión por medio del recurso de inconstitucionalidad. Es que, dadas las condiciones apuntadas, el auto que declara inadmisible el recurso aparece como uno que impide la continuación del pleito y, por ello, es sentencia definitiva sumado a que emana del superior tribunal de la causa.// Desde antiguo, la CSJN se ha manifestado en este sentido al analizar esta misma cuestión desde la óptica del recurso extraordinario federal. En *Fallos*, 35:230 declaró procedente un recurso extraordinario deducido contra una sentencia que había declarado desierto un recurso de apelación local, argumentando que, en ese caso, esa resolución tenía fuerza de definitiva. Para así resolver sostuvo que "...el objeto constitucional

del recurso ante la Corte Suprema, en protección de la validez de esas leyes, derechos, autoridades o comisiones, quedaría frustrado si no fuera aplicable a la sentencia que, aunque sin resolver el fondo del asunto, pone fin al pleito en que se ha decidido contra su validez y tal decisión queda subsistente: lo que determina la competencia de la Corte para conocer del recurso, es la naturaleza del caso, no la sentencia misma apelada, respecto de la cual sólo exige la ley que tenga el carácter de definitiva". A considerando seguido, agregó que, por las razones expuestas, no puede oponerse a la procedencia del remedio federal el hecho de que las cuestiones resueltas por la anterior instancia "...solo hayan resuelto una cuestión de procedimiento, aplicando leyes de la provincia..." y que "...no es exacto que los tribunales locales sean los únicos intérpretes de sus propias leyes, estando como está establecido el art. veintiuno de la ley sobre jurisdicción y competencia de los Tribunales nacionales, que estos procederán aplicando las leyes particulares de las provincias según lo exijan los casos que se sometan á su conocimiento.//Actualmente, esta jurisprudencia encuentra su reflejo cuando la Corte Suprema sostiene que las resoluciones que declaran desierto un recurso ante el tribunal de alzada, no son, debido a su naturaleza fáctica y procesal, impugnables por la vía del art. 14 de la ley nacional 48 salvo que lo resuelto revele una un exceso ritual notorio susceptible de frustrar la garantía de defensa en juicio que asiste a las partes (*Fallos,* 326:1382, 2414; 327:3166; entre muchos otros). Sin perjuicio de que para lograr la revisión de la Corte Suprema en esos casos se debe probar que se encuentra en juego, en la sentencia que resuelve la controversia una cuestión capaz de habilitar su intervención. Esto último, debido a que "[l]a doble instancia judicial no es, por si misma, requisito constitucional de la defensa en juicio" (*Fallos,* 330:1036; entre muchos otros).// La doctrina que vengo reseñando tiene como uno de sus supuestos de aplicación el precedente de *Fallos,* 261:420 (cuyos dos sumarios reproducen los dos considerandos que integran el fallo). Sostuvo allí la CSJN que la declaración de deserción de una apelación no modifica el carácter de superior tribunal. Ello en razón de que lo que confiere ese carácter a una Cámara es la posibilidad jurídica de recurrir ante ella y no la efectiva articulación de un recurso. En las condiciones del precedente citado, la sentencia definitiva del juez de primera instancia no sería recurrible ante la Corte Suprema, por no provenir del superior tribunal de la causa, a menos que el recurrente mostrase que el ordenamiento jurídico no lo dota con el remedio de apelar ante la Cámara, en cuyo caso el juez de primera instancia pasa a ser quien el legislador convirtió en superior tribunal de la causa.[7] Esto no ocurrió en dicho precedente, toda vez

[7] Hoy día la doctrina sentada *in re* "Di Mascio" (*Fallos*: 311:2478) torna imposible que un juez de primera instancia sea el superior tribunal para el recurso del art. 14 de la ley 48.

que, como en él se señala, el recurrente ni siquiera afirmó que el fallo final, que sigue siendo el de primera instancia, no hubiera podido ser recurrido ante la Cámara. Por esas razones, la Corte Suprema rechazó el recurso extraordinario federal deducido, en ese caso, contra la sentencia de primera instancia".

El recurrente, sin embargo no muestra que el pronunciamiento que declaró desierto el recurso contra la sentencia que rechazó *in limine* el amparo sea contrario a derecho, ni que los contenidos de la sentencia definitiva del inferior, que se convertiría en firme, fueran susceptibles de revisión por medio del recurso de inconstitucionalidad.

3. En efecto, los planteos del accionante no acreditan que los derechos constitucionales invocados (arts. 10 y 14 CCBA y 14, 14 bis, 17, 18, 28 y 43 de la C.N.) guarden relación con la pretensión articulada y que, por tanto, quede frustrada la intervención del Tribunal en desmedro de lo previsto por el art. 113, inc. 3º de la CCBA.

A este respecto, cabe recordar que el actor inició el amparo a fin de que cese la actividad persecutoria que el GCBA despliega en relación con la venta de baratijas que él desarrolla en la vía pública como medio de sustento. Esgrimió que la mencionada actividad estaría admitida porque el art. 83 del CC excluye la venta de bagatelas de las conductas reprimidas en ese cuerpo normativo. También señaló que ante la reglamentación de la venta ambulante exclusivamente para alimentos, la omisión de una regulación cuando se trata de baratijas, vulnera la igualdad.

En tal contexto, las consideraciones emitidas por este Tribunal, votos de mayoría, en la sentencia recaída *in re* "Esquivel Pizarro Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo" (expte. nº 6162/08, sentencia del 6/3/2009) cuya copia se agregará para formar parte de este pronunciamiento, son suficientes para demostrar que el rechazo del amparo no compromete la interpretación de los derechos constitucionales invocados por el recurrente.

Por las razones dadas, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por rechazar la queja articulada a fs. 100/105.

Los jueces Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

1. El recurso de queja deducido no puede prosperar, toda vez que los agravios que despliega el actor no logran rebatir los argumentos en que se basó la Cámara para declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad, particularmente lo referido a la falta de acreditación de un genuino caso constitucional (exigencia establecida por el art. 113, inc. 3º, de la CCBA para el andamiento del recurso extraordinario local).

2. A pesar de las citas de diversas disposiciones de jerarquía constitucional que contiene el remedio intentado (arts. 10 y 14 de la CCBA y 14, 14 *bis*, 17, 18, 28 y 43 de la C.N.), los planteos propuestos sólo traducen una discrepancia

con la sentencia de la Sala I que *declaró desierto* su recurso de apelación, por considerar que la mencionada pieza recursiva no contenía una crítica concreta y razonada de lo decidido por el señor juez de grado —rechazo *in limine* del amparo interpuesto.

Por lo demás, bajo la cobertura formal de atacar la decisión de la Cámara que *declaró desierto* el recurso de apelación —y que por esta razón no ingresó al tratamiento de los argumentos que sustentan la pretensión de fondo—, el recurrente aprovecha la oportunidad para controvertir la sentencia de primera instancia que, como se dijo, había rechazado *in limine* el amparo. Ello acarrea para el caso una confusión sobre el objeto del recurso, pues los distintos fundamentos que sustentaron el rechazo *in limine* de la acción, en realidad, no llegaron a ser tratados por el tribunal superior de la causa (la Cámara).

3. Así las cosas, cabe recordar que las cuestiones referidas a la debida fundamentación de los recursos de apelación son de *índole procesal*, se vinculan con cuestiones de hecho, prueba y derecho común propias de los jueces de mérito, que no habilitan, en principio, la admisión del recurso de inconstitucionalidad. Además téngase en cuenta que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en igual sentido, ha dejado sentado en numerosos precedentes que: "Lo atinente a establecer la insuficiencia de los escritos de expresión de agravios y la consiguiente deserción del recurso, remite al estudio de una cuestión de hecho y derecho procesal, propia de los jueces de la causa y ajena al recurso extraordinario (conf. *in re*: "Jorge R. Moras Mom v. Nación Argentina —Poder Judicial de la Nación—", sentencia del 7/12/1988, *Fallos,* 311:2629; véase idéntica doctrina en *Fallos,* 314:800; 319:682, 323:1699, entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

Desde esta perspectiva, más allá de su acierto o error, el decisorio de la Cámara no excede el límite de las facultades que le son propias y exhibe fundamentos de orden procesal que bastan para sustentarlo; y si bien el recurrente discrepa con lo resuelto, no rebate puntualmente los desarrollos expresados por el tribunal *a quo* ni logra demostrar que el pronunciamiento de la Sala I haya incurrido en arbitrariedad o en un injustificado rigor formal incompatible con su derecho de defensa.

En suma, la queja no logra conectar el agravio que —afirma— le provoca la sentencia de Cámara, con un motivo de impugnación de carácter constitucional, esto es, con la aplicación de una norma que lesione una garantía constitucional referida directamente al caso (conf. este Tribunal *in re* "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 3264/04, resolución del 23/2/2005).

Como este Tribunal ha dicho con anterioridad, la referencia ritual a derechos constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente ya que, si bastara la simple invocación de un derecho

o garantía de raigambre constitucional, este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad" (conf. este Tribunal *in re*: "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. nº 131/99, sentencia del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, t. II, pp. 20 y ss.).

4. A mayor abundamiento, cabe agregar algunas reflexiones adicionales.

El señor juez de primera instancia rechazó *in limine* la presente acción por considerar que no se cumplían los presupuestos de la vía del amparo (véanse considerandos V y VI, a fs. 97 vta./98). Ello no implica ningún tipo de pronunciamiento sobre la cuestión de fondo planteada por el accionante, ni mucho menos impedirle el acceso a la justicia en defensa de sus derechos siempre y cuando se encuentren reunidos los pertinentes requisitos de admisibilidad de la acción elegida, lo que priva de sustento al supuesto de "denegación de justicia" que alega.

Por otra parte, en atención a que el recurrente ha resaltado en su presentación determinados antecedentes fácticos y decisiones jurisdiccionales previas —recaídas en éste y en otro expediente anterior aparentemente archivado— que, en su opinión, derivarían en un menoscabo de su derecho al trabajo y de la garantía a la igualdad, corresponde señalar que, en fecha reciente, este Tribunal, por mayoría, ha señalado, entre otras cosas, que la ocupación del espacio público para la venta de cualquier tipo de bienes o productos en la Ciudad, según la ley vigente, requiere previamente del otorgamiento por parte de la Administración de una habilitación especial (permiso de uso) en favor del interesado (conf. *in re:* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Esquivel Pizarro, Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 6162/08, sentencia del 5/3/2009).

Por ello, concordantemente con lo expresado en el voto del juez Luis F. Lozano, el rechazo del presente amparo no comprometería la interpretación de los derechos constitucionales invocados por el recurrente.

En virtud de las consideraciones expuestas la presente queja debe ser rechazada.

Así lo votamos.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja planteada por Ubaldo Alberto Mena.

2º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en:

'Esquivel Pizarro, Lademir de la Cruz c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", de fecha 6/3/2009, como parte integrante del voto del juez Luis F. Lozano.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se remita este expediente, mediante oficio, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LVI

"MINISTERIO PÚBLICO – ASESORA GENERAL TUTELAR C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA
DE INCONSTITUCIONALIDAD: Ampliación de demanda. Traslado.

Expte. n° 6153/08 - 16/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 26/9/2008 la Asesora General Tutelar de la Ciudad de Buenos Aires planteó demanda de inconstitucionalidad en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA, contra diversas normas del dec. 960/08 que modificó el programa de "Atención para Familias en Situación de Calle" aprobado por el dec. 690/06 (fs. 1/19).

2. Al evacuar la vista conferida a fs. 22 el señor Fiscal General propició declarar formalmente admisible la demanda (fs. 23/26).

3. Por decisión del 3/12/2008 (fs. 28/41) el Tribunal, por mayoría, dispuso declarar parcialmente admisible la acción de inconstitucionalidad interpuesta contra los arts. 1º, 2º, 4º y 5º del dec. 960/08 de acuerdo al alcance propiciado por el señor juez de trámite (punto 3 del voto, fs. 30/31 y punto 1 parte resolutiva, fs. 41) y "correr traslado de la demanda mediante oficio dirigido al señor Jefe de Gobierno, en el domicilio de la Procuración General de la Ciudad, por el plazo y con los alcances señalados en el art. 21 de la ley 402".

4. La Procuración General de la Ciudad contestó la demanda el día 27/2/2009 (fs. 47/64).

5. El 3/3/2009, la actora presenta escrito en el cual manifiesta que, "con posterioridad al inicio de esta acción, el Ministerio de Desarrollo Social dictó la resol. 1554/GCBA/MDSGC/08 que, junto a su Anexo I, reglamenta el dec. 690/06, modificado por el dec. 960/08". Alude que dicha resolución, "reglamentó los artículos cuestionados en esta acción" y que "la declaración de inconstitucionalidad de las normas cuestionadas en esta acción acarrea la pérdida de vigencia de la reglamentación dictada en consecuencia" (fs. 65/68).

Subsidiariamente plantea la inconstitucionalidad sobreviviente de la norma reglamentaria.

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

En atención al estado procesal de la causa y teniendo muy especialmente en cuenta la conexidad del planteo de inconstitucionalidad sobreviviente formulado por la señora Asesora General contra los arts. 3º, 4º, 10 y 11 del Anexo I, resol. 1554/GCBA/MDSGC/08 (véase punto II. Normas cuestionadas y punto IV. Petitorio, fs. 67/68 y fs. 68 vta., respectivamente), en tanto y en cuanto reglamentan, en su opinión, los arts. 1º, 2º, 4º y 5º del dec. 960/08 con los mismos reparos constitucionales que los invocados en el escrito inicial; considero que corresponde, más allá del carácter "accesorio" o "subsidiario" del planteo y por resultar formalmente admisible en los mismos términos de lo resuelto por el Tribunal a fs. 28/41, correr traslado del escrito de fs. 65/68 al Señor Jefe de Gobierno, en el domicilio de la Procuración General de la Ciudad, por el plazo de treinta (30) días, para que lo conteste, acompañe la prueba documental que haga a su pretensión y ofrezca la restante que considere necesario producir en la audiencia que oportunamente será fijada.

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

No me parece necesario conceder traslado de la nueva presentación de la señora asesora tutelar, porque, a más de que la existencia de la reglamentación ya fue denunciada por el propio demandado en la ocasión —al responder por escrito a la demanda—, cualquier tipo de argumentación o ampliación del objeto puede exponerse en la audiencia oral y pública que resume y concentra el trámite del caso para ser decidido, más aún si partimos de la base de la conexidad expuesta por el señor juez del trámite. Pero advierto que el exceso de tramitación, si prescindimos de parámetros temporales, no afecta la validez de los actos posteriores, esto es, de la audiencia y de la decisión, razón por la

cual mal puedo oponerme a la necesidad que invocan mis colegas: el traslado no es necesario, pero no está prohibido.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La presentación de la actora a fs. 65/68 vta., en la que amplia el objeto de la acción satisface los requisitos del art. 113, inc. 2º, CCBA y los arts. 17, 19, inc. 2º y 21 de la ley 402.

Coincido con el señor juez de trámite en que "los términos en que se formula la petición y razones de economía procesal justifican su incorporación a la causa".

En consecuencia, voto por declarar formalmente admisible la ampliación propuesta y correr los traslados pertinentes, como lo propone mi colega el juez José O. Casás.

La jueza Ana María Conde dijo:

El traslado de la presentación ampliatoria de la demanda que efectúa la señora Asesora General Tutelar no resulta necesario. En efecto, la reglamentación a la cual hace extensiva la impugnación constitucional, se vincula tan estrechamente con la cuestión motivo de la acción, que integra un mismo debate, y, por otra parte, el Gobierno demandado ya ha denunciado su existencia en el momento de contestar demanda. Estos motivos indican que no existe razón para que no fuera posible extender el alcance de la pretensión inicial en la oportunidad de celebrarse la audiencia pública.

Sin perjuicio de ello, aun cuando lo considero superfluo, no me opongo a conferir el traslado propuesto si es que mis colegas, por mayoría, lo entienden pertinente.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Me adhiero al voto del Dr. José O. Casás.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Correr traslado* a la Procuración General de la Ciudad del escrito de fs. 65/68, en los términos indicados en el voto del Dr. José O. Casás.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se cumpla.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LVII

"MONTENEGRO, FANDOR LUCIO Y OTROS C/GCBA S/AMPARO"

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES: Competencia electoral. ELECCIONES: Juntas comunales.

SUMARIOS:

1. El Tribunal es competente para conocer, de conformidad con lo establecido por el art. 113, inc. 6º, de la CCBA, la pretensión de los amparistas que requieren que se ordene a la Legislatura local que fije una fecha para la realización de la elección de autoridades de las juntas comunales de la Ciudad antes del fin del corriente año y al Poder Ejecutivo que la convoque. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Julio B. J. Maier).*

2. Si bien el Tribunal es competente para conocer la pretensión dirigida a que se ordene a la Legislatura local realizar la elección de autoridades de las juntas comunales, la cuestión objeto de la demanda es compleja y va más allá, por sus implicancias, de los derechos que menciona el accionante, pues involucra temas directamente vinculados con la participación ciudadana, junto con otros de naturaleza presupuestaria, de gestión administrativa y, en definitiva, compromete de manera insoslayable la agenda política de la Ciudad, y de todos los actores políticos y sociales porteños en el más alto nivel, de modo que la acción instaurada debe reconducirse en los términos del art. 6º de la ley 2145 (conf. arts. 27 y 29, CCAyT y art. 2º, ley 402). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. La pretensión dirigida a que se ordene a la Legislatura local realizar la elección de autoridades de las juntas comunales, configura un caso en el que el proceso de amparo no es la vía idónea, dado que no abastece ni garantiza el abordaje de una cuestión que requiere un debate amplio y tal vez, la producción de prueba, de modo que el camino procesal adecuado es el del juicio ordinario, pues junto a las partes y a través de institutos como lo son, entre otros, las audiencias y la incorporación de *amicus curiae*, podría participar toda la comunidad interesada en el debate y en el control del juicio. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. Las peticiones formuladas por los amparistas dirigidas a que se ordene a la Legislatura local realizar la elección de autoridades de las juntas comunales no suscitan, por sus características, las competencias de este Tribunal ni las de los órganos judiciales de esta Ciudad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. n° 6425/09 - 16/3/2009

VISTO:

El expediente citado en el epígrafe,

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Los Sres. Fandor Lucio Montenegro, Ricardo Luis Cuneo, Ismael Reaño Alaña y Gerardo Ángel Codina y promueven acción de amparo contra el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por considerar que las autoridades mencionadas han incurrido en una *omisión arbitraria*, al no haber dado cumplimiento a los recaudos formales y materiales necesarios para la celebración de la elección de autoridades de las juntas comunales de la Ciudad (art. 130, CCBA).

Los actores —que invocan entre otras calidades ser habitantes de esta ciudad, con domicilio electoral en ella— hacen alusión a los vencimientos de los plazos y fechas establecidos en la cláusula 17ma., CCBA, en el art. 47, inc. c, ley 1777, y art. 1°, ley 2405, y a lo resuelto el 6/5/2008 por el Tribunal en el expte. n° 5894, caratulado "Montenegro, Fandor Lucio y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/Electoral – Otros"; y afirman que desde la fecha de la resolución del TSJ mencionada, "los distintos actores institucionales involucrados han desarrollado las tareas materiales que permitieran la confección del padrón ausente en aquella fecha".

Sostienen, en esencia, que "la omisión denunciada no sólo avasalla los derechos políticos, entre otros, de carácter electoral (activo y pasivo), sino también participativos de los suscriptos, privándolos, en consecuencia, de la posibilidad de elegir y ser elegidos y de participar (Democracia Participativa, consagrada ya desde el art. 1° de la CCBA), proponiendo y controlando (a través de los Consejos consultivos Comunales, art. 131 de la CCBA y 33 de la Ley Orgánica de Comunas), en abierta violación de los arts. 1°, el referido 33, 37 y concordantes de la C.N. de la cláusula transitoria decimoséptima, de los arts. 1°, 62, 130, 131 y concs. de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires...".

Concretamente, los amparistas requieren que se ordene a la Legislatura local que fije una fecha para la realización de la apuntada elección antes del fin del corriente año y al Poder Ejecutivo que la convoque.

2. El Tribunal es competente para conocer en el caso de conformidad con lo establecido por el art. 113, inc. 6º, de la CCBA.

3. Por lo expuesto, corresponde correr traslado de la acción interpuesta a las autoridades públicas demandadas, por el término de diez (10) días (art. 11, ley 2145).

4. En cuanto a la solicitud que contiene el escrito de inicio para que se dicte "una medida cautelar urgente a efectos de garantizar la efectividad de la

resolución judicial" (fs. 9), cabe agregar que la misma no puede ser atendida en estas condiciones, dado que el escueto pedido no cuenta con la fundamentación exigible para estos supuestos, debiéndose recalcar además que los interesados ni siquiera han precisado el contenido y alcance de la tutela precautoria que reclaman.

Los jueces José O. Casás y Julio B. J. Maier dijeron:

Nos adherimos al voto de la jueza Ana María Conde.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Las peticiones formuladas por los amparistas no suscitan, por sus características, las competencias de este Tribunal ni las de los órganos judiciales de esta Ciudad —conf. arts. 106 y 113 de la CCBA y la doctrina de mi votos *in re* "Cortina, Robert Vincent c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 5820 y "Tórtora, Carlos Alfredo c/GCBA y otra s/amparo", expte. nº 5912, ambas, sentencias de este Tribunal del 9/5/2008

Por ello, voto por rechazar *in limine* la acción planteada a fs. 9 a 14.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Entiendo que el Tribunal es competente y que la pretensión deducida es formalmente admisible.

Sin embargo, debo señalar que la cuestión objeto de la demanda es compleja y va más allá, por sus implicancias, de los derechos que menciona el accionante. Involucra temas directamente vinculados con la participación ciudadana, junto con otros de naturaleza presupuestaria, de gestión administrativa y, en definitiva, compromete de manera insoslayable la agenda política de la Ciudad, la agenda de todos los actores políticos y sociales porteños en el más alto nivel.

Es este encuadramiento de la presentación en análisis el que me convence de que la acción instaurada debe reconducirse en los términos del art. 6º de la ley 2145 (conf. arts. 27 y 29, CCAyT y art. 2º, ley 402).

Y subrayo en el mismo sentido, que por su trascendencia la consecuencia jurídica que se pide en la demanda —una sentencia que condene a dos poderes del Estado local a llevar adelante un proceso electoral— exige un tratamiento judicial que asegure a todos los involucrados (que no están limitados al actor y a los demandados) la posibilidad de una intervención útil para exponer y defender sus posiciones y fundar los derechos y facultades que invoquen para pretender u oponerse.

El caso traído a decisión es uno de aquellos en los cuales el proceso de amparo no es la vía idónea dado que no abastece ni garantiza el abordaje de la cuestión propuesta que requiere, aquí sí, un debate amplio y tal vez, la producción de prueba.

El camino procesal adecuado dada las características del tema traído ante el Tribunal es, en mi opinión, el del juicio ordinario. Así, junto a las partes y a

través de institutos como los son, entre otros, las audiencias y la incorporación de *amicus curiae*, podría participar toda la comunidad interesada en el debate y en el control del juicio.

En razón de lo expuesto, coincido con los jueces Conde, Casás y Maier en que el Tribunal es competente. En lo demás, y a fin de ordinarizar el trámite deberá intimarse a la parte actora para que en el plazo de diez días adecue la demanda, aclare o complete si lo considerara necesario y, en el mismo acto, ofrezca la prueba correspondiente, bajo apercibimiento de ordenar el archivo de las actuaciones, en caso de incumplimiento. Asi voto.

Por ello, oído el señor fiscal general, y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* la competencia del Tribunal para conocer en el planteo formulado a fs. 9/14.

2º. *Correr traslado* de la demanda por el término de diez (10) días al señor Jefe de Gobierno, en el domicilio de la Procuración General de la Ciudad, y a la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3º. *Rechazar* el pedido de medida cautelar formulado por los actores.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y se cumpla.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'VILLAR, VALERIA Y ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO S/INFR. ARTS. 116, 117 Y 118 ORGANIZAR Y EXPLOTAR JUEGO'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL:
Cuestión federal. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas,

en principio, a la instancia extraordinaria. *(Voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano).*

2. Las afirmaciones contenidas en el recurso extraordinario no son suficientes para acreditar la arbitrariedad y sólo exponen el desacuerdo con la resolución que denegó el acceso a esta instancia por inexistencia de cuestión constitucional. *(Voto de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano).*

Expte. n° 5905/08 - 18/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Defensora General Adjunta interpuso recurso extraordinario federal (fs. 123/142) contra la decisión de fs. 105/108, emitida el 10/12/2008, mediante la cual el Tribunal rechazó la queja agregada a fs. 63/77.

2. La recurrente sostiene que la decisión que impugna afecta los principios de legalidad, de inocencia y de lesividad, en razón del modo en que los jueces interpretaron el art. 116 del CC en el caso y la garantía de debido proceso porque se habría recolectado prueba a través de un secuestro practicado inválidamente. A su vez, agregó que el Tribunal había dictado una sentencia arbitraria por falta de fundamentación suficiente.

3. El fiscal general adjunto, al contestar el traslado conferido (fs. 145/147), expresó que el Tribunal debía declarar inadmisible el recurso porque no presentaba un caso federal. Señaló que el escrito contenía supuestos agravios —vinculados al derecho al recurso y al principio de proporcionalidad de las penas— que, además de estar mínimamente señalados, no habían sido introducidos ni en la apelación ni en el recurso de inconstitucionalidad y, por lo tanto, no podían ser considerados en esta etapa del proceso. Por último, descartó la aplicación en este caso de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia.

FUNDAMENTOS:

Los jueces Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y Luis F. Lozano dijeron:

1. El recurso extraordinario federal deducido fue interpuesto en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impues-

tos por la acordada 4/07 de la CSJN. Sin embargo, tal como lo expresó el señor fiscal general adjunto, la vía recursiva pretendida debe ser denegada.

2. El Tribunal rechazó la queja porque el recurrente no logró rebatir con éxito la argumentación que la Cámara expuso en el auto denegatorio.

3. A fin de resolver la admisibilidad del recurso articulado, cabe recordar que resulta aplicable la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que el examen de las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos es ajeno, en principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

4. Por lo demás, en cuanto a la arbitrariedad alegada, las afirmaciones contenidas en el recurso (respecto al supuesto carácter federal de los agravios expuestos, reseñados en el punto 2 de las resultas) no son suficientes para acreditarla y sólo exponen su desacuerdo con la resolución que denegó el acceso a esta instancia por inexistencia de cuestión constitucional. En este sentido, la admisibilidad del recurso extraordinario por esa causal es estricta, pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246 entre otros) y atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 294:376).

Por las razones expuestas, sólo resta denegar el recurso extraordinario federal agregado a fs. 123/142.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 123/142.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 108, punto 2.

El juez José O. Casás no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.*: Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier.*

LIX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MIRCI, HILDA MARTHA C/GCBA S/EXPROPIACIÓN INVERSA-RETROCESIÓN'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos.
Sentencia definitiva. Honorarios profesionales.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de queja frente a la inexistencia de sentencia definitiva pues sólo cuando se fije la cuantía del estipendio profesional, se presenta una decisión judicial que resuelve la pretensión del letrado, y de esa decisión dependerá, en definitiva, la consideración de la existencia del agravio por parte del condenado en costas. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

2. No hay sentencia definitiva cuando la definición de la base económica no es el único criterio que deben ponderar los jueces para establecer el valor de los honorarios profesionales; sino que además rigen los diversos criterios de la ley arancelaria. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde).*

3. El recurso de queja no puede admitirse si no cumple la carga de fundamentación prescripta por el art. 33 de la ley 402. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6122/08 - 18/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Surge de las actuaciones agregadas a la queja que el abogado Horacio Bidner, letrado apoderado de la parte actora, solicitó que para la regulación de sus honorarios se estimara el monto del proceso "en el valor venal actual del inmueble, es decir, en u$s 265.100,00", y que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA), condenado en costas en la primera instancia, sostuvo "que el monto que debe tenerse en cuenta es aquel que fuera fijado por el juez de grado como resarcimiento, es decir, $ 50.000" (véase relato de la decisión de primera instancia, fs. 35).

El juez de primera instancia resolvió que "de conformidad por lo resuelto por el Tribunal Superior, corresponde considerar que el monto del proceso se vincula con el abandono de la expropiación y por tanto resulta ser el valor actual del inmueble" (fs. 35).

2. El GCBA apeló la decisión. Fundó su recurso en la opinión anterior: la base para la regulación debió ser $ 50.000, importe de la condena al pago de daños y perjuicios reconocido en primera instancia. Subsidiariamente, el condenado en costas consideró que el importe a considerar debió ser el valor del inmueble establecido en el dictamen del Tribunal de Tasaciones de la Nación, del 9/10/2000 ($ 265.100), ya que esa hubiera sido la suma que hubieran recibido los actores si hubiera prosperado su demanda por expropiación (fs. 1/3 vta.).

El letrado Horacio Bidner contestó el recurso y se opuso a los planteos del GCBA (fs. 4/5 vta.): sostuvo que debía tomarse de base el valor actual del inmueble.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió "*1)* Rechazar el recurso de apelación deducido por la demandada a fs. 659 contra la resolución de fs. 653. *2)* Imponer las costas de la Alzada al GCBA...". Sostuvo el tribunal, al fundar su decisión, que "de acuerdo con lo previsto en el art. 28 de la ley de arancel 21.839, en los procesos de expropiación el monto a los fines regulatorios, será el de la indemnización que fijare la sentencia o transacción. Si debido a un hecho extintivo —abandono de la demandada de su derecho a expropiar según lo dispuesto por el Tribunal Superior de Justicia en su sentencia de fs. 609/614— se da por concluido el proceso y, por ende, no está determinado el monto indemnizatorio, es la solución más adecuada a los fines regulatorios aplicar lo dispuesto por el art. 32 de la referida ley, el cual establece que el monto del proceso será el valor de los bienes objeto de la demanda, justipreciado de acuerdo a lo dispuesto por el art. 23 (dictamen de un perito tasador designado de oficio)" (fs. 7 y vta.)

3. El GCBA interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 8/12), por entender que la sentencia incurre en una errónea interpretación de la ley de aranceles profesionales, que afecta sus derechos constitucionales de igualdad, propiedad y debido proceso (arts. 16, 17 y 18 de la C.N.).

Previo traslado al letrado peticionante, que fue contestado a fs. 13/15 vta.), la Sala I declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad por considerar que pese a cuestionarse "una sentencia emanada del Tribunal Superior de la causa, invocando la violación de normas constitucionales, no ha logrado exponer, con la fundamentación, claridad y precisión debidas, un caso constitucional que justifique la intervención del Tribunal Superior en los términos del art. 27 de la ley 402". Agregó que: "En el caso, las exposiciones de la recurrente no explicitan una crítica concreta y pormenorizada de los argumentos jurídicos que contiene la sentencia, sino sólo devienen una mera discrepancia con la valoración efectuada por este Tribunal para resolver" y que la sentencia cuestionada "sólo resuelve una cuestión de índole procesal (monto del proceso a los efectos regulatorios) ajena al remedio intentado" (fs. 17/18).

4. Frente al rechazo, el GCBA interpuso el recurso de queja agregado a fs. 20/30. Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto, consideró que la cuestión era ajena "a las competencias propias de este Ministerio Público" (fs. 58/59 vta.)

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La queja debe ser rechazada pues la decisión de la Cámara que el GCBA pretende que el Tribunal revise por medio del recurso de inconstitucionalidad no es una sentencia definitiva, categoría o concepto sobre cuyo significado sostengo un criterio que, desarrollado en varios fallos, resulta particularmente estricto (véase , por ejemplo, mis votos en "Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo c/GCBA s/ amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 2778/04, resolución del 16/6/2004; "Ministerio Público —Defensoría Contravencional y de Faltas N° 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ruiz, Pablo Roberto o Ruiz, Félix Gastón s/infracción art. 189 bis CPN'", exptes. n° 3070 y n° 3071, resolución del 2/7/2004; "Propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/propietario Figueroa Alcorta 3590/05/03 s/ejecución fiscal'", expte. nº 3965/05, sentencia del 9/11/2005; "Jockey Club Argentino s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Jockey Club Argentino s/ejecución fiscal – otros'", expte. n° 4590/06, resolución del 13/9/2006; y "J. Walter Thompson Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'J. Walter Thompson Argentina S.A. c/GCBA s/medida cautelar'", expte. n° 4629/06, sentencia del 20/9/2006, entre otros casos).

Empero, me parece suficiente la opinión de la mayoría del TSJ, adecuada a la doctrina de la CSJN sobre sentencias equiparables a las definitivas, para rechazar por la misma razón el recurso de hecho. Paso a explicarlo.

2. La determinación del importe que presidirá la fijación de los honorarios que corresponden a la intervención del abogado Horacio Bidner constituye, en relación con su pedido de regulación, una suerte de sentencia incompleta. Sólo cuando se fije la cuantía del estipendio profesional, se presentará una decisión judicial que resuelva la pretensión del letrado, y de esa decisión dependerá, en definitiva, la consideración de la existencia del agravio por parte del condenado en costas.

Para advertir con facilidad que la sentencia no es definitiva debe tenerse presente que la definición de la base económica no es el único criterio que deben

ponderar los jueces para establecer el valor de los honorarios profesionales; por ejemplo, para ello rige, además de los diversos criterios de la ley arancelaria, el art. 13 de la ley 24.432 (complementaria del Código Civil) que autoriza a los jueces a regular por debajo de los mínimos arancelarios "cuando la naturaleza, alcance, tiempo, calidad o resultado de la tarea realizada o el valor de los bienes que se consideren, indicaren razonablemente que la aplicación estricta, lisa y llana de esos aranceles ocasionaría una evidente e injustificada desproporción entre la importancia del trabajo efectivamente cumplido y la retribución que en virtud de aquellas normas arancelarias habría de corresponder... ".

3. De tal forma, y sin pronunciarme sobre la pertinencia o impertinencia de los agravios que ahora plantea el GCBA a los fines del recurso de inconstitucionalidad, ellos deberán ser medidos y, en su caso, formulados eventualmente contra la decisión que, finalmente, establezca cuál será la regulación correspondiente a los profesionales intervinientes, en tanto tales agravios subsistan.

4. Voto, en consecuencia, por rechazar la queja planteada por el GCBA.

Los jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez Julio B. J. Maier.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La presentación directa de fs. 20/30, deducida oportunamente por el GCBA, no puede ser admitida toda vez que no cumple la carga de fundamentación prescripta por el art. 33 de la ley 402.

En múltiples expedientes sostuve que la queja debe contener una crítica concreta y pormenorizada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad ("Fantuzzi, José Roberto y otro s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fantuzzi, Jose Roberto y otro s/art. 57 bis causa 665-CC-2000'", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, entre otros). El escrito de fs. 20/30, donde la quejosa solo expuso su postura sobre las normas infraconstitucionales que considera aplicables en autos, no satisface las condiciones indicadas.

Las manifestaciones vertidas en el apartado III de la presentación en análisis (fs. 21 vta./ 23 vta.) son insuficientes para desvirtuar las razones por las que la Cámara consideró que el recurso de fs. 8/12 no podía ser concedido. Es decir, el GCBA no logra demostrar que la hermenéutica de la Sala, por arbitraria, hubiese afectado su derecho de defensa en juicio sin que la mera expresión de una opinión contraria a la expresada en la sentencia de fs. 7 alcance para rebatir los argumentos que fundan la resolución denegatoria en el marco excepcional del recurso intentado.

Voto, pues, por rechazar la queja interpuesta por el GCBA a fs. 20/30.

Por ello, emitido el dictamen por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

El juez José O. Casás no suscribe la resolución por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier.*

LX

"GURRIERI, MÓNICA BEATRIZ S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GURRIERI, MÓNICA BEATRIZ C/OSCBA S/REVISIÓN CESANTÍAS O EXONERACIONES DE EMP. PÚBL.'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Arbitrariedad de sentencia. Gravamen concreto y actual. Indemnización de daños y perjuicios. Derecho de defensa.

SUMARIOS:

1. La exigencia de que las pretensiones sean planteadas en la demanda —o reconvención— en términos claros y positivos (conf. art. 269, inc. 8º, CCAyT) apunta a evitar posteriores confusiones y posibilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de la contraparte, que se vería vulnerado si no supiera con precisión qué es lo que reclama la actora. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Si la Cámara no estaba en condiciones de pronunciarse sobre un planteo que no fue introducido en la demanda, o bien fue deducido en forma tan imprecisa que no puede ser considerado técnicamente como una "pretensión", no existe omisión alguna ni violación del principio de congruencia, lo que permite descartar la existencia del caso constitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. El recurso de inconstitucionalidad sólo puede ser interpuesto por quien ha sufrido un perjuicio o gravamen cierto, concreto y actual como consecuencia de la decisión atacada. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La presunta omisión en que habría incurrido la Cámara al no pronunciarse sobre el pedido de reincorporación de la agente no causa gravamen alguno al recurrente, ya que la reinstalación de la actora en su puesto de trabajo es una consecuencia lógica y directa de la declaración judicial de nulidad del acto administrativo que dispuso la cesantía, decisión que retrotrae la situación laboral de la actora al mismo estado en que se encontraban antes del acto anulado (conf. art. 1050, Cód. Civil), motivo por el cual resulta innecesario que exista un pronunciamiento expreso al respecto. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Si la actora introdujo concretamente en la demanda la pretensión resarcitoria y el pago de salarios caídos, y la Cámara, al dictar la sentencia definitiva, consideró erróneamente que este planteo no había sido realizado, lo que impidió el análisis de la procedencia o improcedencia del reclamo indemnizatorio, la sentencia es arbitraria y lesiona el derecho de defensa en juicio de la accionante, cuestión que no puede ser desconocida en esta instancia, ya que lo contrario implicaría un excesivo rigor formal incompatible con el adecuado servicio de justicia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de los señores jueces Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

6. No es arbitraria la sentencia por el hecho de que deja de decidir sobre un capítulo de la demanda —los daños y perjuicios sufridos por la actora—, sino porque tal omisión lesiona el derecho de defensa de un interés jurídicamente aceptado (C.N., arts. 18 y 14), petición en todo caso legítima a la que la autoridad judicial debe darle una respuesta, positiva o negativa. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 5979/08 - 18/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 276/295 la señora Mónica Gurrieri inició una acción contra la Obra Social de la Ciudad de Buenos Aires (OBSBA), a los efectos que *i)* se declare la nulidad absoluta y manifiesta de los actos jurídicos administrativos cumplidos por la demandada, particularmente la resolución del 25/3/2004 (que la colocó en disponibilidad) y la resol. 194-OBSBA-04 (que dispuso su cesantía), y *ii)* se determine una indemnización por los daños materiales, biológicos, morales, psicológicos y a su proyecto de vida.

Solicitó como indemnización de daños materiales que se le abonen las sumas correspondientes a la totalidad de sus haberes mensuales, sueldos complementarios, vacaciones, según liquidación que se practique hasta la sentencia definitiva; y en cuanto a la fundamentación de los restantes daños, se remitió

a los estudios doctrinarios, trabajos científicos y publicaciones acompañados con la demanda (véanse 295).

Si bien inicialmente calificó su acción como "amparo", solicitando subsidiariamente su conversión en juicio ordinario en caso de declararse improcedente la vía del amparo por estimar necesaria la producción de mayor prueba, luego peticiona que se sustancie este proceso en los términos de los arts. 464 y 465, CCAyT, que consagran el recurso de revisión de cesantías o exoneraciones a empleados públicos.

En cuanto a los hechos en que funda su pretensión, manifiesta que desde el 1°/12/1993 se desempeñó como instrumentadora quirúrgica en el Sanatorio Julio A. Méndez perteneciente a la OBSBA, al principio en carácter de contratada, y a partir del año 1997 como personal de planta permanente.

A raíz de la remodelación en los quirófanos del Sanatorio, se adaptaron dos habitaciones de internación para cumplir esa función, que no reunían las condiciones de salubridad y seguridad para el personal que allí desempeñaba tareas laborales.

En abril de 2003 perdió su primer embarazo, y al buscar las posibles causas de dicho aborto individualizó a los gases residuales anestésicos, manejados en forma inadecuada y en ambientes inadecuados, que también favorecen el desarrollo de otras múltiples patologías.

Habiendo comenzado una nueva búsqueda de embarazo, con el visto bueno de su jefatura a partir de junio de 2003 no ingresó a quirófanos, pero continuó desarrollando tareas afines a su función (armado, reacondicionamiento y control de cajas de instrumental quirúrgico, preparación de quirófanos de partos, entrega de material a laboratorio y anatomía patológica, etc.). A partir de entonces comenzaron las presiones por parte de la Coordinadora General de la Planta Quirúrgica, Sra. Bestard, para que ingresara a quirófanos.

En noviembre de 2003 quedó nuevamente embarazada, y a las pocas semanas sufrió un nuevo aborto. Desde su reincorporación luego de este suceso, el 2/2/2004, continuó siendo perseguida por la Sra. Bestard, quien inició el 11/2/2004 una carpeta pidiendo su pase fuera del área para desarrollar tareas administrativas.

El 3/3/2004, el Director General del Sanatorio, Dr. Mabilia, en nota dirigida directamente a la Dirección General de Personal, "para salvaguardarla de cualquier agente que pudiera afectarle en su problemática de salud, decide el pase a disponibilidad de esa Dirección, para cumplir funciones administrativas". Y el 25 de marzo del mismo año, el Presidente de la OBSBA Sr. Datarmini dispuso que "la agente, Mónica Gurrieri, F.M. 358.603 quede a disponibilidad de la Dirección General de Personal hasta tanto se le asigne un destino para cumplir funciones". Dicha resolución le fue notificada personalmente a la actora con fecha 26 de marzo, quien firmó en disconformidad.

Afirma que ella nunca solicitó el pase a otro sector, ni mucho menos a la OBSBA Central, y que los certificados médicos que acompañó, expedidos por su médico tratante Dr. Dal Verme, determinan que por razones médicas no debe ingresar a los quirófanos (áreas de cirugía), pudiendo continuar con las actividades de preparación y reacondicionamiento de instrumental quirúrgico, para lo cual no existe contraindicación alguna. Destaca que sus compañeras embarazadas continúan desarrollando sin ningún tipo de objeciones tareas similares a las mencionadas. Y sostiene que su título habilitante, nombramiento y capacitación es el de instrumentadora quirúrgica, no el de empleada administrativa.

El 27/3/2004 le envió al presidente de la OBSBA una carta documento ratificando su disconformidad con su pase a disponibilidad e informándole que a partir del 29 de marzo concurriría a continuar prestando servicios que le fueran asignados como instrumentadora quirúrgica, sin presencia en quirófanos. Al concurrir al nosocomio el 29 de marzo, acompañada por una escribana, se le negó el acceso.

Posteriormente recibió dos cartas documento en la que se la intimó a presentarse en su lugar de trabajo, bajo apercibimiento de quedar incursa su conducta en las previsiones del art. 48, incs. a y b de la ley 471, que prevé la cesantía de los empleados públicos porteños ante abandono de servicio cuando medien 5 o más inasistencias injustificadas consecutivas del trabajador, previa intimación fehaciente a fin que retome el servicio (inc. a), y ante inasistencias injustificadas que excedan los 15 días en el lapso de 12 meses inmediatos anteriores (inc. b).

Ambas cartas documentos fueron contestadas por la misma vía por la accionante, rechazando la intimación y las imputaciones vertidas. Asimismo, en la primera de ellas denunció estar cursando un nuevo embarazo —que perdió poco tiempo después—, y en la segunda consideró disuelto el vínculo laboral por culpa del empleador, ante las injurias que consideró haber sufrido.

El 13/5/2004 recibió una nueva carta documento de OBSBA comunicándole que había sido dejada cesante por hallarse incursa en los alcances de lo establecido en el art. 48 inc. b) de la ley 471, a partir del 29/4/2004.

2. La jueza de primera instancia, por remisión al dictamen fiscal, consideró que se trataba de un recurso de revisión contra el acto que dispuso la cesantía de la actora, en los términos de los arts. 464 y 465 CCAyT, y declaró su incompetencia (fs. 300).

La actora desistió de la vía procesal del amparo y solicitó se le imprima a la acción el trámite previsto en el art. 464 CCAyT (fs. 310/311).

La Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario declaró su competencia para intervenir en los presentes actuados (fs. 313), y posteriormente tuvo por habilitada la instancia judicial (fs. 405/407).

3. A fs. 425/433 se presentó la OBSBA y contestó demanda, solicitando su rechazo.

Negó cualquier tipo de hostigación o injuria contra la actora, manifestó que el cambio de tareas y lugar de trabajo obedece al propio pedido de la actora y fue resuelto en protección de su salud física y psíquica, sin modificar ni el sueldo ni el horario de trabajo, y defendió la legitimidad de la resol. 194-OBSBA-04.

4. A fs. 466/470 dictó sentencia la Sala I de la Cámara, en la que resolvió hacer lugar al recurso de revisión interpuesto contra la resol. 194/04 y, en consecuencia, revocar la sanción de cesantía impuesta, con costas a la parte vencida.

Para arribar a tal decisión, analizó el acto administrativo impugnado y concluyó que presentaba vicios en los elementos causa, motivación y procedimiento; y no estableció ninguna indemnización por daños por considerar que la actora no había deducido oportunamente la pretensión resarcitoria.

5. Ambas partes cuestionaron la sentencia mediante sendos recursos de inconstitucionalidad.

El recurso de la parte actora fue interpuesto a fs. 473/478, y contestado por la contraparte a fs. 499/500, mientras que el recurso de inconstitucionalidad de la demandada fue deducido a fs. 479/492, y respondido por la accionante a fs. 496/497.

La Sala I resolvió no conceder los recursos de inconstitucionalidad interpuestos, con costas por su orden (fs. 502/503).

6. A fs. 36/41 (de los autos "Gurrieri s/queja"), la parte actora interpuso queja contra el rechazo de su recurso de inconstitucionalidad.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en legal tiempo y forma (conf. art. ley 402), y debe ser admitido, ya que —como veremos— contiene una crítica suficiente del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

2. Previo a todo, resulta conveniente realizar un breve relato de las presentes actuaciones.

En su escrito de demanda la Sra. Gurrieri planteó dos pretensiones (véanse 276, ap. I): *i)* se declare la nulidad absoluta y manifiesta de los actos jurídicos administrativos cumplidos por la demandada, particularmente la resolución del 25/3/2004 (que la colocó en disponibilidad) y la resol. 194-OBSBA-04 (que dispuso su cesantía); y *ii)* se determine una indemnización por los daños materiales, biológicos, morales, psicológicos y a su proyecto de vida. En cuanto a la pretensión resarcitoria, solicitó como indemnización de daños materiales que

se le abonen las sumas correspondientes a la totalidad de sus haberes mensuales, sueldos complementarios, vacaciones, según liquidación que se practique hasta la sentencia definitiva; y en cuanto a la fundamentación de los restantes daños, se remitió a los estudios doctrinarios, trabajos científicos y publicaciones acompañados con la demanda (véanse 295).

La Cámara, al dictar la sentencia definitiva (a fs. 466/470), analizó el acto administrativo que dispuso la cesantía de la actora para concluir que era nulo por contener vicios en los elementos causa, motivación y procedimiento (considerandos VI a X del voto del Dr. Balbín, al que adhirieron, en lo sustancial, los Dres. Centanaro y Corti). Asimismo, sostuvo que "...atento que la actora no efectuó como pretensión accesoria a su pedido de declaración de nulidad de la resolución 194/04, el reconocimiento de los daños y perjuicios el análisis de su eventual pertinencia se encuentra vedado al tribunal, por aplicación del principio de congruencia —arts. 145, 147 y 242 del CCAyT— ..." (considerando XI del voto del Dr. Balbín). Y en la parte resolutiva, la sentencia dispuso hacer lugar al recurso de revisión y revocar la sanción de cesantía impuesta, con costas a la parte vencida.

La accionante interpuso recurso de inconstitucionalidad mediante el cual cuestionó la sentencia definitiva de la Cámara porque, en su parte resolutiva, no se había pronunciado sobre la petición de reincorporación, pago de retribuciones, indemnización por daños y perjuicios materiales y morales (fs. 473/478). Y menciona una serie de cláusulas constitucionales presuntamente vulneradas por la omisión en que habría incurrido la Cámara, referidas a la protección de la salud, el ambiente, el trabajo, la seguridad (arts. 10, 20, 22, 26, 27, 28, 34, 35, 43, 44 y 45, CCBA, citadas a fs. 477 vta.).

La Cámara resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad por considerar que no se ha logrado exponer debidamente un genuino caso constitucional, e impuso las costas en el orden causado (fs. 502/503).

A raíz de ello, la actora interpuso una queja en la que cuestiona la desestimación del recurso de inconstitucionalidad, y menciona por primera vez la presunta vulneración de la garantía de defensa en juicio, a raíz de las omisiones cometidas por la Cámara. Se agravia también de la imposición de costas (fs. 36/41 de la queja).

3. Por cuestiones de orden metodológico, es posible agrupar los cuestionamientos de la actora en tres agravios: *i)* la omisión en que habría incurrido la Cámara al no pronunciarse sobre la condena a reincorporar a la actora a su puesto de trabajo; *ii)* la omisión en que habría incurrido la Cámara al no expedirse sobre el pedido de indemnización por los daños sufridos, que comprende el pago de salarios caídos; *iii)* la imposición de las costas de los recursos de inconstitucionalidad en el orden causado.

4. La crítica individualizada en primer término no puede prosperar en virtud de las siguientes consideraciones.

a) En primer lugar, de la lectura del farragoso escrito de demanda no puede concluirse que la actora haya interpuesto, con la claridad y precisión requeridas, la pretensión de ser reincorporada a su puesto de trabajo.

En el punto I de fs. 276, en el que describió el objeto de la demanda (véase, especialmente, el párrafo segundo de dicho apartado), la actora solicitó la declaración de nulidad de los actos administrativos dictados por la demandada, y la determinación de una indemnización por los daños sufridos. En los apartados posteriores de la demanda relató la sucesión de hechos y consideraciones fácticas y jurídicas en que fundaba la acción, y en la última parte del escrito, luego del ofrecimiento de prueba, aclaró en qué fundaba su pretensión indemnizatoria, "...Sin perjuicio de la consecuencia lógica de la condena a la restitución de las funciones que desempeñaba de las cuales fui despojada por actos jurídicos nulos..." (fs. 295).

La frase precedentemente transcripta, que es la única referida a la reincorporación en la demanda, no puede válidamente interpretarse como introducción de una pretensión de reinstalación en su puesto de trabajo, sino como una reflexión sobre el efecto que tendría una sentencia estimatoria sobre su situación laboral.

Las pretensiones deben ser planteadas en la demanda —o reconvención— en términos claros y positivos (conf. art. 269, inc. 8º, CCAyT). Tal exigencia apunta a evitar posteriores confusiones y posibilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de la contraparte, que se vería vulnerado si no supiera con precisión qué es lo que reclama la actora. Por lo tanto, la Cámara no estaba en condiciones de pronunciarse sobre un planteo que no fue introducido en la demanda, o bien fue deducido en forma tan imprecisa que no puede ser considerado técnicamente como una "pretensión".

En conclusión, la omisión atribuida no es tal, y no existe violación alguna del principio de congruencia por parte de la Cámara, lo que permite descartar la existencia del caso constitucional invocado por el recurrente, al menos respecto de este planteo.

b) Por otro lado, y al igual que ocurre con cualquier recurso, el de inconstitucionalidad sólo puede ser interpuesto por quien ha sufrido un perjuicio o gravamen cierto, concreto y actual como consecuencia de la decisión atacada.

El recurrente debe acreditar la existencia de un interés personal y jurídico que justifique la intervención de este Tribunal, porque de lo contrario se estaría en presencia de una cuestión abstracta o promovida en el solo interés de la ley, que es por esencia ajena al normal cometido de los jueces (conf. Palacio, Lino Enrique, *El recurso extraordinario federal. Teoría y técnica*, Abeledo-Perrot,

Buenos Aires, 1992, p. 42). La existencia de este requisito debe ser ponderado con carácter previo e ineludible.

Sin embargo, en el caso de autos la presunta omisión en que habría incurrido la Cámara al no pronunciarse sobre el pedido de reincorporación no causa gravamen alguno al recurrente, ya que la reinstalación de la actora en su puesto de trabajo es una consecuencia lógica y directa de la declaración judicial de nulidad del acto administrativo que dispuso la cesantía, decisión que retrotrae la situación laboral de la actora al mismo estado en que se encontraban antes del acto anulado (conf. art. 1050, Cód. Civil), motivo por el cual resulta innecesario que exista un pronunciamiento expreso al respecto.

En el hipotético supuesto que la OBSBA se negase a reincorporar a la actora a su puesto de trabajo, ello podría ser cuestionado por las vías procesales pertinentes, pero dicha posibilidad es una mera hipótesis, conjetural, y no una situación cierta y concreta que requiera ser tratada en esta instancia.

En consecuencia, al no derivar perjuicio alguno de la omisión en pronunciarse expresamente sobre el pedido de reincorporación, ya que ella constituye una consecuencia lógica de la anulación de la cesantía, el recurso de inconstitucionalidad en lo que refiere a este planteo no puede prosperar.

5. Con respecto a la omisión en pronunciarse sobre el pedido de indemnización por los daños sufridos, que comprende el pago de salarios caídos, en su recurso de inconstitucionalidad la actora especifica con claridad dónde habría planteado la pretensión indemnizatoria, a cuyos efectos transcribe fragmentos de su demanda —y de escritos posteriores— (véanse fs. 473 vta./474 vta.). Asimismo, individualiza el error en que habría incurrido la Cámara, al citar el considerando XI del voto del Dr. Balbín, según el cual la actora no habría efectuado como pretensión accesoria el reconocimiento de los daños y perjuicios (véanse fs. 473).

Si bien al relacionar el agravio con la infracción a cláusulas de jerarquía constitucional, en vez de citar y desarrollar una eventual lesión al derecho de defensa y/o un supuesto de arbitrariedad de sentencia, menciona distintas normas constitucionales que protegen la salud, el ambiente, el trabajo, la seguridad —arts. 10, 20, 22, 26, 27, 28, 34, 35, 43, 44 y 45 CCBA— (véanse fs. 477 vta.), este error en el encuadramiento jurídico del agravio no constituye un obstáculo que impida la apertura de la queja y el subsiguiente tratamiento del recurso de inconstitucionalidad, ya que efectivamente le asiste razón a la recurrente en su crítica.

Y es que, si bien en forma confusa, la actora introdujo concretamente en la demanda la pretensión resarcitoria y el pago de salarios caídos, pero la Cámara, al dictar la sentencia definitiva, consideró erróneamente que este planteo no había sido realizado, lo que impidió el análisis de la procedencia o

improcedencia del reclamo indemnizatorio. Ello transforma en arbitraria a la sentencia y lesiona el derecho de defensa en juicio de la accionante, cuestión que no puede ser desconocida en esta instancia, ya que lo contrario implicaría un excesivo rigor formal incompatible con el adecuado servicio de justicia.

En consecuencia, existe un genuino caso constitucional que justifica abrir la queja, hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de Cámara en cuanto considera no planteado el reclamo indemnizatorio, y remitir el presente expediente a la Cámara para que, por intermedio de jueces distintos a los que intervinieron previamente, se expida sobre la pretensión de pago de salarios caídos e indemnización por daños, ya sea acogiéndola o rechazándola.

Cabe aclarar que la presente decisión no implica pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia del planteo indemnizatorio, ya sea en lo formal o en lo sustancial, cuestión que deberá ser analizada por los magistrados que intervengan en el dictado de la nueva sentencia.

6. Con respecto a las gastos causídicos del recurso de inconstitucionalidad, atento existir vencimientos parciales y mutuos, corresponde confirmar la imposición de costas en el orden causado (art. 65, CCAyT).

7. Por todo lo expuesto, voto por admitir la queja, hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de Cámara en cuanto considera no planteado el reclamo indemnizatorio, y remitir el presente expediente a la Cámara para que, por intermedio de jueces distintos a los que intervinieron previamente, se expida sobre la pretensión de pago de salarios caídos e indemnización por daños. Con costas en el orden causado (art. 65, CCAyT).

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Adhiero a la solución que propicia en su voto mi colega, jueza de trámite Ana María Conde.

2. Tal como allí se afirma, la declaración de nulidad del acto que dispuso la cesantía de la actora devuelve vigencia a su condición de empelada de la Administración que esa sanción había fulminado. Al margen del acierto o error en que pudo haber incurrido el *a quo,* al resolver la pretensión esgrimida en autos de un modo que no incluyó la expresa condena a reincorporar a la Sra. Gurrieri, el agravio planteado en este punto, no demuestra que los efectos de la nulidad dispuesta no abarquen o impliquen ese resultado. Frente a ello, además, tampoco se acredita por qué los mecanismos previstos en el ordenamiento jurídico resultarían ineficaces ante un eventual incumplimiento del demandado quien, vale señalar, no impugnó ante este estrado la sentencia recaída en su contra. En este sentido, claro, la aludida falta de idoneidad requeriría argumentación y

prueba en torno a los perjuicios supuestamente comprometidos (v. gr. cuestión alimentaria); desarrollo que la recurrente no formuló.

Por su parte, la alegada omisión de fijar un plazo para cumplir la sentencia remite necesariamente a la interpretación y aplicación de normas procesales ajenas a la vía intentada (art. 395, CCAyT) en tanto su constitucionalidad no fue discutida ni se demostró la arbitrariedad de la decisión atacada a este respecto.

3. En cuanto a la omisión en que habría incurrido la Cámara al no expedirse sobre el pedido de indemnización formulado por la actora, por los argumentos desarrollados en el punto 5 del voto de la jueza Ana María Conde, que hago propios y doy aquí por reproducidos, la impugnación de la recurrente debe prosperar. Por lo tanto, corresponde admitir la queja, hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad y remitir estas actuaciones a la Cámara para que jueces distintos a los que intervinieron, se expidan sobre la pretensión de pago de salarios caídos e indemnización reclamada. Ello, tal como se aclara en el voto al que remito, "no implica pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia del planteo indemnizatorio, ya sea en lo formal o sustancial, cuestión que deberá ser analizada por los magistrados que intervengan en el dictado de la nueva sentencia".

4. Finalmente, atento al resultado al que se arriba, por existir vencimientos recíprocos, corresponde imponer las costas del recurso de inconstitucionalidad en el orden causado. Esta circunstancia, sin perjuicio de que la decisión en materia de costas por su naturaleza procesal excede el ámbito de la apelación articulada, torna innecesario expedirse en relación con los agravios esgrimidos contra la imposición de costas resuelta por la Sala I al denegar el recurso bajo estudio.

Por las razones dadas, oído el señor fiscal general adjunto, voto por admitir la queja, hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad, revocar la sentencia de Cámara en cuanto considera no planteado el reclamo indemnizatorio, y remitir el presente expediente a la Cámara para que, por intermedio de jueces distintos a los que intervinieron previamente, se expida sobre la pretensión de pago de salarios caídos e indemnización por daños. Con costas en el orden causado (art. 65, CCAyT).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Adhiero a los votos de la señora jueza del trámite y de mis colegas preopinantes, salvo en lo que respecta al capítulo referido a la imposición de costas.

2. A pesar de que no creo que la sentencia sea arbitraria por el hecho de que deja de decidir sobre un capítulo de la demanda —los daños y perjuicios sufridos

por la actora—, sino que, antes bien, la omisión imputada lesiona el derecho de defensa de un interés jurídicamente aceptado (C.N., arts. 18 y 14), petición en todo caso legítima a la que la autoridad judicial debe darle una respuesta, positiva o negativa, estimo correcta la solución que para ella han esbozado mis colegas: anulación parcial y reenvío para completar la decisión.

3. No me expido sobre las costas pues, como lo expresa el señor juez Luis Lozano, la naturaleza meramente procesal de la decisión excede el ámbito del recurso interpuesto y de la competencia del TSJ. Según costumbre del Tribunal, la queja, en principio, no genera decisión alguna sobre las costas.

4. Por lo tanto, coincido con el dispositivo propuesto, con la aclaración de que el acogimiento parcial del recurso de inconstitucionalidad no incluye la cuestión de las costas —ya decidida— generadas por la interposición de ese recurso, cuestión sobre la que cabe rechazar la queja porque el recurso no está fundado en una cuestión constitucional.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Adhiero a la solución que propone la jueza de trámite, Ana María Conde, en el sentido de que corresponde admitir la queja y hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad de la Sra. Mónica Beatriz Gurrieri.

2. La Sala I de la CCAyT consideró que el recurso de inconstitucionalidad no planteaba un caso constitucional y, consecuentemente, lo declaró inadmisible (fs. 33/35). Señalaron los camaristas que la recurrente no había vinculado de manera directa la interpretación del régimen procesal aplicable efectuada en la sentencia y la garantía de defensa en juicio.

La quejosa, a fs. 36/41, cumplió satisfactoriamente el recaudo de fundamentación que exige el art. 33 de la ley 402. Sostuvo con acierto que los jueces, al resolver el recurso de revisión, omitieron pronunciarse respecto de cuestiones cuyo tratamiento y decisión eran trascendentes para la solución del litigio, lo que da lugar al caso constitucional desconocido por la Cámara fundado en la afectación de la defensa en juicio.

3. En el recurso de inconstitucionalidad de fs. 27/32, la Sra. Gurrieri manifestó que la sentencia en crisis (fs. 22/26) no resolvió dos de los requerimientos que formulara en su reclamo inicial: la petición de reincorporación en el cargo y la solicitud de una indemnización por los daños sufridos que comprendiera el pago de los haberes caídos, dando lugar a múltiples afectaciones a derechos constitucionales.

En primer lugar, la recurrente correctamente advierte que los camaristas no se expidieron sobre el pedido de reparación de daños en la decisión de fs. 22/26 pese a que su requerimiento fue efectivamente incluido en un capítulo de la presentación inicial (“existencia y fundamento de daños”, fs. 20). Como

ese reclamo contenido en la demanda no fue atendido, corresponde respecto de este agravio hacer lugar al recurso interpuesto y remitir las actuaciones a la Cámara de Apelaciones del fuero para que jueces distintos a los que dictaron sentencia se pronuncien sobre el punto.

En segundo lugar, una lectura atenta de la sentencia impugnada muestra la posición favorable de la Sala I en torno a la reincorporación de la actora. La decisión de declarar la nulidad de la resol. 194/04 que había dispuesto su cesantía tiene como consecuencia necesaria la reinstalación de la Sra. Gurrieri en su cargo. Como se ve, aquí no asiste razón a la accionante y su recurso no puede prosperar.

4. En la queja, la actora cuestionó la imposición de las costas en el orden causado al considerar que "...no es la consecuencia lógica de la sentencia que declara nula la cesantía..." (fs. 41). La distribución de las costas en el orden causado fue dispuesta por la Cámara en el auto denegatorio de fs. 33/35 cuando no concedió ninguno de los recursos de inconstitucionalidad deducidos por las partes. Al revocar parcialmente la resolución aludida (concediendo de modo parcial el recurso de inconstitucionalidad de la actora), el agravio referido carece de toda entidad. Las costas deberán imponerse ahora con un criterio adecuado a la solución que propicio.

5. En consecuencia, voto por: *a)* admitir la queja y hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad que dedujera la Sra. Mónica Beatriz Gurrieri, *b)* revocar el apartado XI de la sentencia de fs. 22/26 que tiene por no planteado el reclamo indemnizatorio, *c)* remitir las actuaciones a la CCAyT para que jueces distintos a los que han intervenido en el pleito se expidan respecto de la pretensión resarcitoria y, *d)* imponer las costas del recurso de inconstitucionalidad a la demandada vencida (OSBA).

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir el recurso de queja* y hacer lugar parcialmente al recurso de inconstitucionalidad planteados por Mónica Beatriz Gurrieri, con costas en el orden causado.

2º. *Revocar* la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario en cuanto considera no planteado el reclamo indemnizatorio, y remitir el presente expediente a la Cámara para que, por intermedio de jueces distintos a los que intervinieron previamente, se expida sobre la pretensión de pago de salarios caídos e indemnización por daños.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva a la Cámara como está dispuesto en el punto 2.

El juez José O. Casás no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier.*

LXI

"LÍNEA DE MICROÓMNIBUS 47, SATCFI S/INFR. ART. 6.1.63, VIOLACIÓN DE SEMÁFORO SIN PODER IDENTIFICAR AL CONDUCTOR —LEY 451— S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Interpretación de normas locales.

SUMARIOS:

1. La cuestión federal, base del recurso extraordinario, debe introducirse en la primera ocasión posible que brinde el procedimiento, a fin de que los jueces de la causa puedan tratarla y resolverla; y debe ser mantenida en todas las intervenciones de la parte para que el Tribunal pueda pronunciarse sobre ella y, de esta manera, quede habilitada su impugnación ante la CSJN. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

2. Cabe denegar el recurso extraordinario que se sustenta en la discrepancia de criterio con el alcance dado por la mayoría del Tribunal a las atribuciones constitucionales de la Legislatura local y del Poder Ejecutivo de esta Ciudad, materia que involucra la interpretación de normas constitucionales *locales* (arts. 80, inc. 2º, *e* y *h*, 104 y 105, CCBA) —sobre la cual este Tribunal tiene la última palabra— y que, por ello, no resulta susceptible de cuestionamiento mediante el remedio federal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Cabe denegar el recurso extraordinario si no se logra exponer razones que den fundamento a la genérica tacha de arbitrariedad y a la alegada vulneración del debido proceso, el derecho de defensa y la presunción de inocencia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. El recurso extraordinario federal debe rechazarse si, pese a nombrar la forma republicana de gobierno y señalar el art. 1º de la C.N., sólo discurre acerca de la división de poderes según reglas constitucionales del estado local, reglas que, por lo demás, no tacha por lesionantes del principio republicano de gobierno, según la C.N. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. El agravio relativo a la invasión de competencias de la Legislatura de la Ciudad por parte del Jefe de Gobierno de la Ciudad, mediante el dictado del dec. 2124/04, ha sido planteado y resuelto en términos de interpretación de normas locales de rango constitucional e infraconstitucional, de modo que no suscita cuestión federal capaz de habilitar la intervención de la CSJN. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6128/08 - 18/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La apoderada de la empresa de transporte "Línea de Microómnibus 47 S.A." interpuso recurso extraordinario federal (fs. 218/237) contra la resolución, de fecha 17/12/2008 (fs. 197/200), mediante la cual el Tribunal rechazó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 138/157) parcialmente admitido por la Cámara y, en consecuencia, confirmó la sentencia impugnada.

Resumidamente, la recurrente sostiene que la sentencia atacada (fs. 197/200) —que confirmó la validez constitucional del dec. local 2124/04 mediante el que el Poder Ejecutivo creó el cuerpo denominado "Guardia Urbana" y le asignó sus funciones— resulta arbitraria. En este sentido, detalló que, según lo entiende, la resolución del Tribunal vulneró el principio de división de poderes, el de legalidad y la jerarquía normativa consagrada en la Constitución Nacional, el debido proceso, la defensa en juicio y el principio de inocencia.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido a favor de la firma "Línea de Microómnibus 47 S.A." fue interpuesto en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por la acordada 4/07 de la CSJN. No obstante, la vía recursiva pretendida por la recurrente debe ser denegada por las razones que se exponen a continuación.

2. El Tribunal, al momento de resolver el recurso de inconstitucionalidad parcialmente concedido por la Cámara, consideró —por mayoría— que el dictado del dec. local 2124/04 no supuso la violación del principio de división de poderes, debido a que no se trataba de una norma en materia de policía o tránsito, como denunciaba la recurrente. Específicamente, la mayoría del Tribunal indicó

que el decreto en cuestión sólo asignó competencia a una nueva área del Poder Ejecutivo local para confeccionar actas que registraran supuestas infracciones de tránsito. Con esas actas, la autoridad administrativa simplemente iniciaba el procedimiento de faltas ya regulado en la ley 1217.

3. Con relación a los motivos de agravio vinculados a la violación del principio de legalidad y del orden de prelación normativo fijado en la Constitución Nacional, corresponde señalar que ellos no fueron oportunamente presentados ante el Tribunal y, por lo tanto, no pueden ser materia del recurso intentado.

En consecuencia, es aplicable la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación según la cual la cuestión federal, base del recurso extraordinario, debe introducirse en la primera ocasión posible que brinde el procedimiento, a fin de que los jueces de la causa puedan tratarla y resolverla (conf. *Fallos,* 312:1470, entre otros); y, del mismo modo, la pretendida cuestión federal debe ser mantenida en todas las intervenciones de la parte para que el Tribunal pueda pronunciarse sobre ella y, de esta manera, quede habilitada su impugnación ante la CSJN (*Fallos,* 316:724, entre muchos otros).

4. Por otra parte, de la lectura del recurso se advierte que la defensa sustenta su posición en una discrepancia de criterio con el alcance dado por la mayoría del Tribunal a las atribuciones constitucionales de la Legislatura local y del Poder Ejecutivo de esta Ciudad, materia que involucra la interpretación de normas constitucionales *locales* (arts. 80, inc. 2º, e y h, 104 y 105, CCBA) —sobre la cual este Tribunal tiene la última palabra— y que, por ello, no resulta susceptible de cuestionamiento mediante el remedio federal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido en constante jurisprudencia que cuando se trata de interpretar normas y actos locales se encuentra excluída la existencia de cuestión federal, por lo que el alcance que den las provincias a sus leyes locales no es susceptible de revocación mediante el remedio federal (*Fallos,* 104:29; 114:42; 152:21; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, entre otros).

5. Asimismo, cabe recordar que el recurso intentado debe contener una crítica concreta y razonada de todos y cada uno de los argumentos que fundaron la sentencia recurrida (doctrina de *Fallos,* 283:404; 302:155; 311:169, 542; 314: 481; 315:325; 316:420; 325:2652, 326:2056; 327:352, entre muchos otros). En este sentido, es preciso señalar que el escrito en análisis, pese a su extensión, no cumple con esa carga.

La recurrente no ha logrado exponer razones que den fundamento a su genérica tacha de arbitrariedad y a la alegada vulneración del debido proceso, el derecho de defensa y la presunción de inocencia. La decisión de este Tribunal de fs. 197/200 se encuentra razonada y fundada, más allá de que la recurrente discrepe con sus contenidos y pretenda soslayar que el Tribunal se limitó a resolver en torno al único planteo susceptible de ser tratado: la alegada

vulneración al principio de división de poderes. En efecto, las consideraciones efectuadas en cuanto a la pretendida arbitrariedad de la resolución no expresan más que su mera disconformidad con lo decidido por la mayoría del Tribunal. Sin embargo la admisibilidad del recurso extraordinario por esta causal, es estricta pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246 entre otros) y atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 294:376).

Algo similar sucede con la invocada violación al principio de división de poderes. En este punto, la presentación recursiva se limita a reeditar los argumentos planteados en su recurso de inconstitucionalidad, sin rebatir los fundamentos brindados en la decisión recurrida para desestimar su planteo.

Por las razones expuestas, sólo resta denegar el recurso extraordinario federal agregado a fs. 218/237.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Parto de la base de que mi opinión —el recurso de inconstitucionalidad fue mal concedido— no triunfó pues, en principio, el recurrente habría planteado un caso constitucional referido a la división de poderes en la Ciudad de Buenos Aires.

2. Pero lo cierto es que el recurso extraordinario federal interpuesto, pese a nombrar la forma republicana de gobierno y señalar el art. 1º de la C.N., en todo su texto sólo discurre acerca de la división de poderes según reglas constitucionales del estado local, reglas que, por lo demás, no tacha por lesionantes del principio republicano de gobierno, según la Constitución Nacional. Esto basta para indicar: *a)* que se trata de una cuestión de derecho local —no federal— por más que las reglas en juego interpretadas correspondan a la Constitución, también local; y *b)* que no es suficiente la mera mención o señalamiento de principios o reglas constitucionales, si esa mención o ese señalamiento no van acompañados de una explicación acerca de la razón por la cual se lesiona el Derecho federal.

3. En las demás cuestiones planteadas, me adhiero al voto de la señora jueza del trámite, Ana María Conde.

4. Propongo, por ello, denegar el recurso extraordinario federal interpuesto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El agravio relativo a la invasión de competencias de la Legislatura de la Ciudad por parte del Jefe de Gobierno de la Ciudad, mediante el dictado del dec. 2124/04, ha sido planteado y resuelto en términos de interpretación

de normas locales de rango constitucional e infraconstitucional. Consecuentemente, no suscita cuestión federal capaz de habilitar la intervención de la CSJN. En este punto, el recurso extraordinario federal está dirigido a cuestionar la interpretación y validez de un decreto emanado del Poder Ejecutivo local por considerarlo violatorio de los arts. 1º y 80, inc. 2º, e) y h) de la CCBA. En estos términos, si bien los planteos de la actora fueron suficientes para configurar una cuestión constitucional, éstos no suscitan una cuestión federal, pues no ponen en tela de juicio la interpretación de ninguna norma de esa especie. Como menciona el juez Maier, la mera mención de normas de la Constitución Nacional no alcanza para configurar una cuestión federal. Por lo demás, en todo caso, el agravio debería haber estado dirigido a mostrar que la interpretación que se ha realizado de las normas locales vulnera preceptos de la Constitución Nacional, cuestionamiento que no formó parte de los argumentos del recurrente en ninguna de las instancias.

2. El resto de los agravios que pretende llevar a conocimiento de la CSJN no han sido traídos a conocimiento de este Tribunal ni están dirigidos contra cuestiones que hayan formado parte de la resolución ahora impugnada. El recurrente ni siquiera intenta demostrar haberlos presentado y mantenido de manera adecuada. En efecto, al conceder el recurso de inconstitucionalidad local, la Cámara se limitó a declararlo procedente con relación al agravio descripto en el punto anterior. Ante esa resolución, la actora no intentó recurso de queja para mantener los planteos rechazados, por lo que fue su propio accionar lo que limitó la intervención de este Tribunal. Por esa razón, ese fue el único agravio sobre el que se expidió este estrado y el resto de las cuestiones contenidas en su recurso extraordinario federal o han sido interpuestas en forma extemporánea o no han sido mantenidas de forma adecuada.

3. En cuanto a la arbitrariedad atribuida a la sentencia, no corresponde al emisor del fallo más análisis que el que arroja como resultado la ausencia de relación directa entre lo resuelto y las normas constitucionales invocadas, pues median, entre ambos, fundamentos no federales, acerca de cuyo mérito ha precluído la oportunidad para expedirse.

Por las razones expuestas, voto por denegar el recurso extraordinario federal interpuesto a fs. 218/237.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal fue presentado en tiempo y forma, y cumple con los requisitos formales impuestos por los arts. 1º y 2º de las "Reglas para la interposición del recurso extraordinario federal" aprobadas por la

acordada 4/07 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Sin embargo, no puede ser admitido por las razones que se exponen a continuación.

2. En distintas oportunidades a lo largo de su presentación, el recurrente sostiene que en el caso se han vulnerado los principios de legalidad y de división de poderes, el debido proceso, la presunción de inocencia, y el derecho de defensa en juicio (fs. 219, 230, 232 vta. y 233). No obstante ello, no da sustento argumentativo a ninguna de las impugnaciones constitucionales que enuncia genéricamente. El resto del escrito reitera los argumentos que el actor esgrimiera en el recurso de inconstitucionalidad, y que fueron oportunamente tratados por el Tribunal al momento de dictar la sentencia definitiva.

3. En cuanto a la tacha de arbitrariedad que contiene el recurso en análisis, no tiene entidad para articular un caso federal ya que carece de fundamentos suficientes. Cabe destacar al respecto que la admisibilidad del recurso extraordinario por esta causal —establecida por la Corte Suprema a partir de *Fallos,* 184:137— es estricta, pues atiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, entre otros) y no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideran tales, sino sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 294:376).

4. En síntesis, el recurso extraordinario intentado no cumple con los requisitos de fundamentación que exige el art. 3° incs. b), d) y e) del reglamento referido en el apartado 1, por lo que debe ser declarado inoficioso.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 218/237, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 199, punto 3.

El juez José O. Casás no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier.*

LXII

"TEJERINA, VÍCTOR ÁNGEL S/INF. ART. 81, CC, OFERTA Y DEMANDA DE SEXO EN ESPACIOS PÚBLICOS S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal. Interpretación de normas locales.

SUMARIOS:

1. Las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

2. Cabe denegar el recurso extraordinario que se reduce a alegar la arbitrariedad de la decisión de este Tribunal y, en consecuencia, pretende introducir la cuestión constitucional federal por sentencia arbitraria sobre la base de un supuesto apartamiento inválido —por parte del TSJ— respecto de ciertos precedentes de la CSJN que la defensa considera aplicables al caso. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier).*

3. Debe denegarse el recurso extraordinario si el recurrente no consigue exponer por qué razón el caso constituye una excepción a la regla según la cual los recursos extraordinarios —tanto el federal como el de inconstitucionalidad local— sólo proceden contra la sentencia definitiva del proceso y no contra decisiones vinculadas al instituto de la suspensión del proceso a prueba en materia contravencional. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. El empleo de la expresión "sistema acusatorio" se encuentra sólo en la Constitución de la Ciudad; circunstancia que remite a la interpretación de normas locales, aun cuando corresponda apoyar una solución similar en las cláusulas de la C.N. que organizan el poder judicial. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La vía recursiva extraordinaria debe ser denegada, si el escrito no contiene una crítica suficiente de las razones en virtud de la cuales el Tribunal por mayoría declaró mal concedido su recurso de inconstitucionalidad; y la arbitrariedad alegada no va más allá de la expresión del desacuerdo del recurrente con la resolución que apela. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6033/08 - 18/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General de la Ciudad interpuso recurso extraordinario federal (fs. 178/196) contra la decisión de fs. 156/173, emitida el 3/12/2008, mediante la cual el Tribunal, por mayoría, declaró mal concedido el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 128/134.

2. El recurrente sostiene que la decisión impugnada —vinculada a la revocatoria de una suspensión del proceso a prueba— afecta directa e irreparablemente el sistema acusatorio y las garantías de juez imparcial, defensa en juicio y debido proceso. Además, entiende que la sentencia recurrida es arbitraria porque "se aparta de la estable doctrina de la CSJN, en cuanto entiende que autos como el aquí recurrido, son equiparables a sentencia definitiva" (fs. 178 vta.).

3. El fiscal general adjunto, al contestar el traslado conferido (fs. 200/202), expresó que el Tribunal debía declarar inadmisible el recurso porque la defensa no atacaba una sentencia definitiva, o una equiparable a tal. Descartó, asimismo, la aplicación en este caso de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia en tanto sostuvo que los fallos de la CSJN mencionados por el defensor —de los cuales el TSJ se habría apartado— no son aplicables al presente supuesto.

FUNDAMENTOS:

Los jueces Ana María Conde y Julio B. J. Maier dijeron:

1. El recurso extraordinario federal deducido fue presentado en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por la acordada 4/2007 de la CSJN. Sin embargo, tal como lo señala el señor fiscal general adjunto, debe ser denegado.

2. El Tribunal, por mayoría, declaró mal concedido el recurso de inconstitucionalidad interpuesto, resumidamente, porque la decisión atacada no constituía una sentencia definitiva ni podía ser equiparada a tal. Las consideraciones vertidas fueron sustentadas en la interpretación de la ley procesal local (en el caso, ley 402) que regula el trámite y los requisitos de admisibilidad de los recursos que prevé la Constitución local ante esta instancia.

A fin de resolver la admisibilidad del recurso articulado, cabe recordar que resulta aplicable la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

3. La defensa no ha logrado exponer razones que den fundamento a la tacha de arbitrariedad que alega, pues en su escrito sólo manifiesta su desacuerdo con la resolución recurrida.

El recurso interpuesto se reduce, en rigor, a alegar la arbitrariedad de la decisión de este Tribunal y, en consecuencia, pretende introducir la cuestión constitucional federal por sentencia arbitraria sobre la base de un supuesto apartamiento inválido —por parte del TSJ— respecto de ciertos precedentes de la CSJN que la defensa considera aplicables al caso. Este agravio se enlazaría con las afectaciones constitucionales denunciadas en sus recursos anteriores, que están señaladas en el punto 2 de las resultas. Sin embargo, la admisibilidad del recurso extraordinario por esta causal es estricta, pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos*, 312:246, entre otros) y atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos*, 294:376).

4. Por lo demás, "(e)s requisito de procedencia del recurso extraordinario que el pronunciamiento apelado revista el carácter de sentencia definitiva, entendiéndose por tal la que pone fin al pleito o hace imposible su continuación, como así también la que causa un gravamen de imposible o insuficiente reparación ulterior, siempre que priven al interesado de otros medios legales para obtener la tutela de sus derechos o impidan el replanteo de la cuestión en otro juicio" (*Fallos,* 303:633, entre otros).

En este sentido, el recurrente no consiguió exponer por qué razón este caso constituye una excepción a la regla según la cual los recursos extraordinarios —tanto el federal como el de inconstitucionalidad local— sólo proceden contra la sentencia definitiva del proceso y no contra decisiones vinculadas al instituto de la suspensión del proceso a prueba en materia contravencional. Por lo demás, es aplicable la doctrina de la CSJN según la cual cuando se trata de interpretar normas y actos locales —en el caso, el art. 45, ley local 1472, y el art. 311, ley local 2303— se encuentra excluída la existencia de cuestión federal, por lo que el alcance que den las provincias a sus leyes locales no es susceptible de revocación mediante el remedio federal *(Fallos,* 104:29; 114:42; 152:21; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, entre otros).

Por las razones expuestas, sólo queda denegar el recurso extraordinario federal agregado a fs. 178/196.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Tal como afirman mis colegas preopinantes, el recurso extraordinario no puede prosperar. Los planteos en él formulados no están dirigidos contra la sentencia definitiva a que se refiere el primer párrafo del art. 14 de la ley 48, ni la recurrente demuestra que la impugnada sea equiparable a tal. Este Tribunal, esto es, el superior tribunal de la causa al que la apelante podría haber accedido si la cuestión por ella planteada fuese, en lo que ahora importa, de índole federal, declaró, el 3/12/2008, por mayoría, mal concedido el recurso de inconstitucionalidad deducido por la defensa, principalmente, porque no logró demostrar

que la decisión que viene recurriendo, esto es, aquella que resolvió revocar la suspensión de juicio a prueba otorgada a Tejerina y mandar a llevar adelante el proceso, deba ser equiparada, por sus efectos, a definitiva. Así las cosas, resulta aplicable la doctrina de la CSJN según la cual las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, por regla, a la instancia del art. 14 de la ley 48 (*Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

2. Por lo demás, la recurrente no explica en cuál de las dos constituciones, la local o la nacional, apoya su planteo relativo a la violación del "sistema acusatorio". Sin perjuicio de ello, el empleo de la expresión "sistema acusatorio" se encuentra sólo en la de la Ciudad; circunstancia que muestra que ese planteo remite a la interpretación de normas locales, aun cuando corresponda apoyar una solución similar en las cláusulas de la C.N. que organizan el poder judicial.

En cuanto violación que invoca al principio de "imparcialidad del juez" (conf. arts. 18 de la C.N., 10 de la DUDH, 14.1 del PIDCyP y 8.1 de la CADH), más allá de que dicho agravio está formulado en forma subordinada al planteo mencionado en el párrafo que antecede, la recurrente no demuestra que dicho principio sea sólo susceptible de tutela inmediata.

Finalmente, las afectaciones a la garantía de "defensa en juicio" y del "debido proceso" que señala la recurrente carecen de un desarrollo autónomo. Ellas son mencionadas por la apelante a propósito del planteo que desarrolla en torno al "sistema acusatorio", por lo que le resultan aplicables las consideraciones vertidas en el primer párrafo de este punto.

3. En cuanto a la arbitrariedad atribuida a la sentencia, no corresponde al emisor del fallo más análisis que el que arroja como resultado la ausencia de relación directa entre lo resuelto y las normas constitucionales invocadas, pues median, entre ambos, fundamentos no federales, acerca de cuyo mérito ha precluido la oportunidad para expedirse.

Por lo expuesto, voto por: denegar el recurso extraordinario interpuesto a fs. 176/197.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido fue interpuesto en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y cumple con los requisitos impuestos por la acordada 4/2007 de la CSJN.

2. Sin embargo, la vía recursiva pretendida debe ser denegada. El escrito de fs. 176/196 no contiene una crítica suficiente de las razones en virtud de la cuales el Tribunal por mayoría —que no integré— declaró mal concedido su recurso de inconstitucionalidad; y la arbitrariedad alegada no va más allá de la expresión del desacuerdo del recurrente con la resolución que apela.

3. Por las razones expuestas, voto por denegar el recurso extraordinario federal.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 178/196.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 173, punto 2.

El juez José O. Casás no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier*

LXIII

"AMBROSI, LEONARDO C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. LICENCIA PROFESIONAL DE CONDUCIR: Antecedentes penales. Actividad reglada de la Administración. PODER DE POLICÍA: Garantías constitucionales. REGLAMENTACIÓN DE DERECHOS: Razonabilidad.

SUMARIOS:

1. Compete al poder administrador establecer las medidas tendientes a mostrar la relación directa entre el apartamiento del actor de la actividad y un aumento de la preservación de la seguridad en el tránsito, a fin de dar explicación admisible, brindando con ello, razonabilidad a la reglamentación que restringe el acceso de quienes ostentan determinados antecedentes penales a licencias de conducir clase D1. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. La denegatoria de la licencia profesional de conducir no obedeció exclusivamente al hecho de que el actor registraba antecedentes penales –coautor del delito de robo con armas en grado de tentativa—, sino que la Dirección General de Educación Vial tomó en consideración constancias del expediente administrativo en el que se sostuvo que la característica del delito cometido resulta ser un impedimento para otorgar la licencia, desde que él fue perpetrado en un rodado de alquiler, y de la causa penal de la que surge que el actor fue

condenado como consecuencia de hechos vinculados con la conducción de taxis. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad y confirmar la sentencia que rechazó de amparo, ya que el acto administrativo cuestionado no puede ser calificado como manifiestamente ilegal o arbitrario pues pese al diferente impacto que un antecedente penal podría proyectar en relación con los diversos servicios de transporte, el actor no indicó cómo la normativa aplicable habría permitido a la Administración contemplar esas diferencias. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. La Cámara dictó sentencia haciendo mérito de las circunstancias sobrevinientes a la luz de la concreta pretensión formulada en el amparo, orientada a lograr que el GCBA expida al actor una licencia profesional de conductor clase D1; sin trasponer los límites de su competencia, de modo que, en este punto, los dichos del recurrente sólo traducen su desacuerdo con lo decidido, sin demostrar la inconsistencia del razonamiento realizado por los jueces de grado. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

5. A diferencia del régimen jurídico anterior cuestionado por el actor, la nueva regulación autoriza a la Administración a denegar la licencia de conducir ante la existencia de antecedentes penales informables por determinados delitos en forma facultativa, sin que la terminología empleada en el art. 3.2.14.c de la ley 2148 permita arribar a otra conclusión, razón por la que no basta con la constatación de tales antecedentes para denegar la licencia, sino que la Administración está obligada a hacer algo más que dote de fundamentos razonables a su discrecional decisión de conceder o no la licencia a quien registra algunos de los antecedentes previstos. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

6. El carácter facultativo que se inserta para innovar en el diseño del sistema de concesión de licencias de tipo profesional habilita a la autoridad administrativa a desplegar en el procedimiento previo a la emisión del acto las medidas de instrucción necesarias para formarse un juicio de valor que le permita una ponderación de los intereses públicos y privados involucrados en la decisión e impone a ésta el deber de fundar el criterio adoptado en uno u otro sentido. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

7. El desarrollo argumental que postula el actor en esta instancia, consistente en atacar la validez constitucional del nuevo régimen legal, no permite demostrar un gravamen actual que pueda ser atendido, en tanto la nueva ley aún no ha sido aplicada a su caso. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

8. La nueva ley local 2148 operó una modificación sustantiva en la modalidad —antes imperativa— para denegar la licencia profesional de conducir, que denota un carácter inequívocamente facultativo, de modo que el funcionario que rechace sin más el permiso de conducir solicitado debe articular y hacer públicas las razones (aceptables y plausibles) que lo persuaden de ejercer su

poder de decisión en el sentido indicado, y no en el sentido inverso. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. En materia de garantías y derechos previstos en favor de los particulares, los principales derechos constitucionales esgrimidos por el Estado local no amparan al Estado mismo o, mejor dicho, instituyen un derecho en el cual el Estado no se puede amparar, porque se trata de derechos que, básicamente, protegen a los ciudadanos frente a la acción arbitraria de aquél. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

10. A diferencia de lo que dispusiera el dec. 331/04, a partir de la sanción de la ley 2148, la denegación de la licencia profesional de conducir Clase D con motivo en los antecedentes penales del peticionante adquirió carácter facultativo (no imperativo) para la Administración local, subsistiendo la referencia dirigida hacia quienes tienen antecedentes penales, pese a esta modificación. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

11. Si bien ningún derecho es absoluto y todos ellos se subordinan a las normas que los reglamenten (conf. los arts. 14 y 28 de la C.N.), lo cierto es que también la actividad que promueve el Estado en ejercicio del poder de policía, en todo estado de derecho, está acotada por los principios, derechos y garantías de rango constitucional. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

12. La disposición de la DGEVyL, el dec. 331/04 y el art. 3.2.15 de la ley 2148, instituyen una categoría de personas que están privadas del potencial ejercicio de derechos fundamentales y, por tanto, son violatorias de los arts. 11 y 13 de la CCBA, por lo que corresponde declarar la inconstitucionalidad de la disposición que denegó al actor la licencia de conducir peticionada con motivo de sus antecedentes penales. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5859/08 - 23/3/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Leonardo Ambrosi promovió una acción de amparo para que se ordene a la Dirección General de Educación Vial y Licencias del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (DGEVyL) que le "otorgue la licencia profesional para conducir clase D1 en toda oportunidad en que presente el certificado de reincidencia con los mismos antecedentes penales que los que constan en el expediente administrativo correspondiente a la disposición 990-DGEVyL-03, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos legales pertinentes" (fs. 1/11).

Peticionó, además, el dictado de una medida cautelar a fin de que se le otorgase en forma provisoria —en tanto se verificase el cumplimiento de los requisitos legales y sin que sus antecedentes penales fueran considerados un obstáculo para ello— la licencia profesional para conducir clase D1.

El juez de primera instancia accedió al pedido de medida cautelar (fs. 47/48 vta.), sin embargo la Cámara de Apelaciones (Sala l) revocó tal pronunciamiento (véase punto lll del relato de la sentencia de fs. 145/150).

2. Admitida en primera instancia la demanda, el juez interviniente ordenó al GCBA que, de verificarse el cumplimiento de los requisitos legales, concediera al actor la licencia solicitada. Impuso las costas en el orden causado, en atención a las particulares condiciones del caso y al modo en que resolvía (fs. 97/100).

3. Contra la sentencia de primera instancia que había hecho lugar a la demanda, apeló el Gobierno de la Ciudad (fs. 101/110). La Sala I de la Cámara de Apelaciones, por mayoría, resolvió: "*1)* Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, revocar la sentencia apelada —en razón de la modificación del régimen jurídico aplicable al caso— y, en consecuencia, rechazar la acción de amparo interpuesta". *2)* Sin costas..." (fs. 145/150).

4. La parte actora dedujo recurso de inconstitucionalidad que luce a fs. 161/185, fundado en los siguientes agravios: *a)* aplicación retroactiva del dec. 331/04 con afectación a derechos adquiridos, *b)* restricción al derecho a trabajar sin que medie una ley formal, *c)* violación al principio que veda la doble punición, *d)* al denegar la solicitud de licencia profesional viola el principio de legalidad, en abierta contradicción con lo normado en el art. 18 de la C.N. y en el art. 13, inc. 3º CCBA, *e)* la delegación que efectúa la ley nacional 24.449 y la subdelegación establecida en el dec. reglam. 779/95 son inconstitucionales y, en virtud de ello, el dec. 331/04 también lo es, *f)* la prohibición de otorgar la licencia profesional implica una inhabilitación especial, y como pena que el Código Penal establece para los delitos que considera pertinentes, no puede ser otro que el Congreso de la Nación quien la disponga para los casos en los que, quien cometió el delito en cuestión solicite una licencia profesional, y no puede ser otro que el juez penal quien la imponga (fs. 113 vta.), *g)* afectación de los principios y derecho que establecen los arts. 11 y 13, inc. 9º de la CCBA, *h)* violación al principio de congruencia con lesión a su derecho a trabajar e, *i)* arbitrariedad de la sentencia.

El GCBA contestó el traslado del recurso de inconstitucionalidad a fs. 212/215. Al hacerlo, solicitó que —en atención a la sanción de la ley 2148— se declare que resulta inoficioso tratar el recurso interpuesto.

5. La Sala l resolvió conceder parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, rechazándolo en cuanto se refiere a la arbitrariedad de la sentencia

(fs. 227/228 vta.). La Sala consideró que el recurso exhibía "un desarrollo suficientemente preciso y fundado de cuestiones constitucionales relacionadas, de manera directa, con el decisorio definitivo de este tribunal y, [que] en tal medida, resultan formalmente idóneos para suscitar la competencia del TSJ por la vía intentada...". No obstante, entendió que no correspondía conceder el recurso por arbitrariedad de la sentencia ya que ella no podría ser descalificada como dogmática, carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica.

6. El fiscal general adjunto propició que se declare mal concedido el recurso de inconstitucionalidad incoado por la parte actora, en tanto no encuentra que se halle controvertida la validez de normas y actos locales bajo la pretensión de ser contrarios a las constituciones nacional y local. Tampoco advierte la existencia de causa constitucional (fs. 238/241 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El Sr. Leonardo Ambrosi inicia este amparo a fin de que "[s]e ordene a la Dirección General de Educación Vial y Licencias del GCABA que me otorgue la licencia profesional para conducir clase D 1, en toda oportunidad en que presente el certificado de reincidencia con los mismos antecedentes penales que los que constan en el expediente administrativo correspondiente a la disposición 990-DGEVyL-03, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos legales pertinentes" (fs. 1). Ello por cuanto, según relata, le fue denegado el acceso a la licencia de conducir clase D de un modo que compromete derechos garantizados por la constitución local y nacional.

2. Las características de la pretensión articulada exigen formular algunas precisiones destinadas a enmarcar la solución requerida por el recurso de inconstitucionalidad concedido a fs. 227/228 vuelta.

El actor, en lo que ahora interesa, impugna la aplicación del dec. 331/04 para analizar la validez del acto administrativo que le denegó la renovación de su licencia porque esa norma no existía cuando se emitió el acto cuestionado ni dispuso su aplicación retroactiva (véase fs. 162 vta./164).

2.1. En primer término, el otorgamiento de la licencia para conducir está organizado por el legislador como una función administrativa. Dentro de esa categoría, la enunciada es de aquellas actividades calificadas como regladas, en tanto la autoridad de aplicación debe sujetarse a los textos legales que la limitan; es decir que frente a circunstancias de hecho determinadas a nivel normativo, la Administración debe proceder en la forma señalada por el legislador. Cuando los jueces controlan la legitimidad de los actos emitidos en ejercicio de facultades regladas, lo hacen a la luz de las circunstancias de hecho y de derecho a las que

debieron conformarse. Es éste el marco conceptual que comprende, en teoría, a situaciones como la de autos, y permite deslindar los espacios de actuación de la Administración, del juez y por ende, también, aquello que puede ser solicitado a los jueces como contenido de una sentencia que hace lugar a la demanda. En este orden de ideas, resulta indisputable que no compete a los jueces emitir registros de conducir, aun cuando puedan establecer si la Administración ha trasgredido los límites que la ley fija para denegarlos.

2.2. En autos no viene discutido el alcance asignado a la pretensión por los jueces de mérito, a quienes corresponde, por regla, definir el punto de modo privativo. Sin embargo, ello no impide aclarar que en tanto el propio actor ligó la orden judicial requerida a la "previa comprobación del cumplimiento de los requisitos legales pertinentes", la actividad jurisdiccional quedaba orientada a controlar la causa del acto administrativo cuestionado para, en su caso, remover el obstáculo jurídico ilegítimo (v. gr. limitación inconstitucional del acceso al registro de conductor profesional) y ordenar que, con prescindencia del fundamento descalificado en sede judicial, la Administración se pronunciase en el marco de su competencia y sin otra restricción que la apuntada. Asumir ello sin perder de vista, además, que el alegado carácter alimentario vinculado con el derecho debatido, pudo provocar alguna flexibilidad del contenido esperable de la sentencia, como contrapartida de la pretensión, es suficiente para tener por configurados los presupuestos de actuación judicial que condicionan la intervención de este estrado. La diferencia entre el contenido de la sentencia que puede ser requerida al juez cuando se excita el control judicial de una actividad administrativa reglada, y aquel otro más flexible que asumo atribuyeron los jueces de mérito a la pretensión de autos, reside en cuál es el régimen jurídico cuya validez se analiza para determinar la legitimidad del acto cuestionado. Frente a la pretensión de la actora orientada a que se ordene a la DGEVyL que "otorgue la licencia profesional para conducir clase D1" y no solamente a que se anule la disposición 990-DGEVyL-03, el *a quo* verificó si las restricciones normativas para acceder a la licencia denegada al actor subsistían en el régimen vigente y controló su validez constitucional a la luz de los planteos formulados en el escrito de inicio.

Los cambios normativos en la materia también avalan que el Tribunal se pronuncie sobre las cuestiones constitucionales planteadas, aun frente a una pretensión poco ortodoxa. En caso contrario, la modificación en aspectos poco sensibles de las normas que reglamentan la emisión de las licencias profesionales de conducir clase D1 impediría que este Tribunal pueda expedirse en un tiempo oportuno sobre la constitucionalidad de esas restricciones (que, en lo que a la objeción constitucional del actor interesa, son sustancialmente iguales a las previstas por las normas anteriores). Sobre todo, considerando el tiempo

que suele insumir el trámite de un proceso judicial hasta llegar a este estrado y las restricciones que deben cumplirse para llegar a una instancia de excepción como ésta. Asimismo, la cantidad de expedientes con cuestiones similares que se plantean ante la justicia de la Ciudad reclama que su máxima autoridad emita una respuesta lo antes posible.

Si en casos como el presente —ante cambios normativos que no alteran sensiblemente el espíritu de las normas precedentes, tachadas oportunamente de inconstitucionales por el actor— el Tribunal desestimara ese planteo en atención a las nuevas normas y la deferencia que debe tener hacia los otros poderes, podría verse truncada su facultad (y obligación), impuesta por la CCBA (arts. 106 y 113, inc. 3) de controlar la constitucionalidad de los actos emanados por los demás poderes del Estado.

Aunque la cuestión proyecta consecuencias de importancia en torno a las condiciones de hecho y de derecho que el juez debe valorar para resolver la controversia, el recurso bajo análisis, como se verá, impone reconducir la discusión en un sentido que, si bien, justifica la formulación de las consideraciones anteriores no exige, en cambio, profundizar su desarrollo.

3. La denegatoria de la licencia impugnada no obedeció exclusivamente al hecho de que el Sr. Ambrosi registraba antecedentes penales —en el caso, ser coautor penalmente responsable del delito de robo con armas en grado de tentativa (arts. 29, inc. 3º, 42, 44, 45 y 166, inc. 2º, C.P.)— sino que la Dirección de Educación Vial y Licencias resaltó que en el dictamen de la Procuración General —emitido en el marco del expediente administrativo— se sostuvo que "[...] la característica del delito cometido resulta ser un impedimento para otorgar la licencia solicitada, máxime que el mismo fue perpetrado en un rodado de alquiler [...]" (fs. 42). Además, en dicho expediente administrativo, a pedido de la Procuración General, se incluyó copia de la sentencia del Tribunal Oral en lo Criminal Nº 18 de esta Ciudad, en la que consta que la condena al Sr. Ambrosi fue consecuencia de hechos vinculados con la conducción de taxis. Allí se relata que tanto Ambrosi como su compañero, una vez que ascendieron al rodado en cuestión, y previo a "[...] apoyarle al conductor del vehículo de alquiler un cuchillo en la cintura, le ordenaron que pasara al asiento del acompañante y les entregara la recaudación del día [...] Posteriormente, el encausado Ambrosi tomó el mando del rodado mientras que Ponce se quedó en la parte trasera apoyándole el arma a Carlos Alberto Nuñez. Que circularon por la zona hasta que finalmente fueron aprehendidos por personal policial [...]" (fs. 34 vta.).

3.1. En un pronunciamiento posterior a la sentencia impugnada este Tribunal se expidió sobre la validez constitucional de un régimen similar al valorado por el *a quo* cuyos fundamentos, a los que remito en honor a la brevedad, bastarían para desplazar los motivos usados por la Sala I para fundar el rechazo

del amparo como pretende el recurrente (conf. TSJ *in re* "Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 4888/06, sentencia del 21/3/2007).

3.2. Sin perjuicio de ello, el precedente aludido, luego de indicar que convertir los antecedentes penales en automático impedimento para obtener la licencia de conducir vulnera mandatos contenidos en la Constitución de la Ciudad y de la Nación, también señaló que compete al poder administrador establecer las medidas tendientes a mostrar la relación directa entre el apartamiento del actor de la actividad y un aumento de la preservación de la seguridad en el tránsito, a fin de dar explicación admisible, brindando con ello, razonabilidad a la reglamentación que restringe el acceso de quienes ostentan determinados antecedentes penales a licencias de conducir clase D 1 y 2.

Conforme surge de las constancias de la causa —en lo que ahí interesa relatadas en el punto anterior—, la Administración motivó la negativa a renovar la licencia relacionando, aunque de modo mínimo, los hechos por los que fue condenado el actor con la seguridad del tránsito y las circunstancias en que se desarrolla este tipo de servicios y los requerimientos para prestarlos. Esa vinculación residiría en haber aprovechado la situación de vulnerabilidad en que se encontraba el chofer del vehículo de alquiler que fue víctima de la tentativa de robo. Es cierto, empero, que dicha condición de vulnerabilidad no la experimentan en igual medida los pasajeros de las distintas categorías de vehículo para cuya conducción habilita la licencia requerida —taxi, *remise* o servicio de transporte de hasta ocho plazas— por el diferente grado de control sobre el conductor que existe en casos distintos en función de la identificación del chofer que, por ejemplo, posibilita el sistema de *remise*. Sin embargo, de todos modos, el acto administrativo cuestionado no puede ser calificado como manifiestamente ilegal o arbitrario pues pese al diferente impacto que un antecedente penal podría proyectar, según lo dicho, en relación con los diversos servicios de transporte mencioandos, el actor no indicó cómo la normativa aplicable habría permitido a la Administración contemplar esas diferencias. Tampoco la inconstitucionalidad impetrada en autos tuvo por objeto cuestionar ese aspecto del régimen. En tales condiciones, los planteos del recurrente se limitan a realizar cuestionamientos directos a la reglamentación impugnada que —más allá de su acierto o desacierto— han sido resueltos en el ya citado precedente "Pérez" (en sentido análogo véase mi voto *in re* "Ludueña, Pedro Albino c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4978/06 y su acumulado "Ludueña, Pedro Albino s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: ' Ludueña, Pedro Albino c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'", expte. nº 4945/06, sentencia del 3/7/2007).

4. Finalmente, no se me escapa que obra en autos un informe psicológico (fs. 116/118) según el cual, al momento de su emisión (mayo de 2004), el actor "no se encuentra *apto* para la categoría por la cual solicita" la licencia de conducir. Sin embargo, se trata de una cuestión que no integró la causa ni la motivación del acto administrativo que originó estas actuaciones —el informe es posterior a la denegatoria de la licencia— y por tanto excede el ámbito de intervención suscitado por el recurso de inconstitucionalidad. Además, el tema tampoco fue tratado por el pronunciamiento impugnado, circunstancia que también obsta la posibilidad de abordarlo por primera vez en esta instancia.

Por lo expuesto, oído el señor fiscal general adjunto, corresponde rechazar el recurso de inconstitucionalidad articulado y confirmar, por los argumentos expuestos, la sentencia de Cámara en cuanto determina el rechazo de la acción de amparo. Costas por su orden (art. 14, CCBA).

Los jueces Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

1. Con posterioridad a la interposición del recurso de inconstitucionalidad deducido por la actora, la Legislatura local sancionó el Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad, ley 2148 (*BOCBA* nº 2615 del 31/1/2007). El art. 3.2.15 de la ley citada contiene una disposición normativa cuyo contenido *sustituye* a la disposición del art. 1° del dec. 331/GCBA/04 que la Cámara consideró aplicable al caso, de acuerdo a la pretensión que motivó esta acción de amparo —orientada a lograr que el GCBA expida al actor una licencia profesional de conductor clase D1.

Ante esta circunstancia, se corrió traslado a las partes para que manifestaran lo que estimasen oportuno con relación a la nueva normativa, pues conforme lo tiene resuelto la Corte Suprema de Justicia de la Nación en su constante jurisprudencia, las decisiones en los juicios de amparo deben atender a la situación existente al momento de ser dictadas (*Fallos*: 247:466; 269:31; 292:140; 300:844, 308:1489; 310:1927; 311:787; 313:344,1371, entre muchos otros).

2. Existe un primer grupo de agravios esgrimidos por la parte actora que están vinculados a la supuesta arbitrariedad de la sentencia del *a quo* por la pretendida violación al principio de congruencia (fs. 179 vta. y ss.).

La recurrente alega que la Cámara habría incurrido en un exceso de jurisdicción al aplicar a la situación de autos la normativa vigente al momento de fallar —dec. 331/04— y que la aplicación "retroactiva" del apuntado decreto habría afectado derechos constitucionales adquiridos. La actora sostiene, en síntesis, que el sentenciante debería haber resuelto acerca de la validez o invalidez de la disposición 990-DGEVyL-03 teniendo en cuenta exclusivamente los hechos y los antecedentes de derecho que en aquel momento estaban vigentes.

Sin embargo, por el argumento expuesto en el segundo párrafo del punto 1 precedente, el planteo no puede ser admitido. La Cámara dictó sentencia haciendo mérito de las circunstancias sobrevinientes a la luz de la concreta pretensión formulada en el amparo —como se dijo, orientada a lograr que el GCBA expida al actor una licencia profesional de conductor clase D1—. Por ello, en modo alguno puede concluirse que el *a quo* falló trasponiendo los límites de su competencia y, en este punto, los dichos del recurrente sólo traducen su desacuerdo con lo decidido, sin demostrar la inconsistencia del razonamiento realizado por los jueces de grado.

Las consideraciones vertidas precedentemente resultan aplicables, tanto para desestimar los cuestionamientos efectuados en la presentación a fs. 256 vta./257, como para respaldar la aplicación en esta instancia de la ley 2148 que hoy rige el caso.

3. Despejada la cuestión acerca de la norma que debe ser tomada en cuenta para evaluar hoy la pretensión amparista, los restantes agravios esgrimidos en el recurso de inconstitucionalidad y reformulados en el escrito obrante a fs. 256/269 vta. —irrazonable restricción al derecho a trabajar y afectación de los principios y derechos que establecen los arts. 11 y 13, inc. 9º, CCBA (prohibición de cualquier manifestación de derecho penal de autor)— tampoco pueden prosperar.

En la actualidad, a diferencia de lo establecido por el régimen jurídico atacado por el actor al dar inicio este juicio —y por el reglamento posterior aplicado por la Cámara al dictar sentencia—, la ley vigente autoriza a la Administración a denegar la licencia de conducir ante la existencia de antecedentes penales informables por determinados delitos *en forma facultativa*, sin que la terminología empleada en el art. 3.2.14.c permita arribar a otra conclusión. Ello así, en tanto la prohibición rígida que establecía el art. 1º del dec. 331/04: "Debe denegarse la solicitud de licencia profesional de conductor Clase D en todas sus subclases cuando el solicitante tiene antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual (Título III, Código Penal), delitos contra la libertad individual (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo cometido con armas o por delitos con automotores o en circulación y todo otro delito que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público", fue modificada por el art. 3.2.15 de la ley 2148 que ahora establece una facultad discrecional para la Administración: "...Se puede denegar la licencia..." cuando el solicitante acredite antecedentes penales por los mismos delitos que enunciaba la norma anterior.

La trascendencia de esta modificación normativa ha sido considerada en el voto conjunto que emitiéramos con fecha 21/3/2007, en ocasión de dictar sentencia *in re*: "Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA) s/recurso de

inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4888/06, así como en "Ludueña, Pedro Albino c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 4978/06 y su acumulado "Ludueña, Pedro Albino s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ludueña, Pedro Albino c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 4945/06, sentencia del 3/7/2007 y "Corrado, Sergio Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido, expte. nº 5795/08, resolución del 28/8/2008.

Así las cosas, según la nueva regulación, ahora la Administración *puede* denegar (o no) la licencia a quienes registren ciertos antecedentes penales no caducos. En consecuencia, según la ley vigente, ahora no basta con la constatación de tales antecedentes para denegar la licencia, sino que la Administración está obligada a hacer *algo más* que dote de fundamentos razonables a su discrecional decisión de conceder o no la licencia a quien registra algunos de los antecedentes previstos (conf. punto 3 de nuestro voto conjunto en el citado precedente "Pérez").

El carácter facultativo que se inserta para innovar en el diseño del sistema de concesión de licencias de tipo profesional habilita a la autoridad administrativa a desplegar en el procedimiento previo a la emisión del acto las medidas de instrucción necesarias para formarse un juicio de valor que le permita una ponderación de los intereses públicos y privados involucrados en la decisión e impone a ésta el deber de fundar el criterio adoptado en uno u otro sentido. El mencionado carácter facultativo de la regla ("podrá denegar*"*) no sólo permite sino que condiciona a la Administración a llevar adelante algún tipo de actuación orientada a verificar la idoneidad del solicitante en cada caso concreto y a establecer las medidas pertinentes para lograr ese fin —con la debida intervención del particular, toda vez que también se encuentra involucrado su interés frente a un acto que, sin presentar naturaleza represiva, podría de alguna manera afectarlo [art. 22, f), LPA local]— (conf. punto 4 de nuestro voto conjunto *in re*: "Pérez").

4. En consecuencia, las impugnaciones efectuadas por el accionante no tienen entidad para conmover el rechazo del amparo dispuesto por la Cámara.

Por otra parte, el desarrollo argumental que postula el actor *en esta instancia*, consistente en atacar la validez constitucional del nuevo régimen legal, tampoco permite demostrar un *gravamen actual* que pueda ser atendido, en tanto la nueva ley aún no ha sido aplicada a su caso. En este juicio no se ventila una acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 113, inc. 2º, CCBA que permitiría ejercer el control de constitucionalidad de las leyes *erga omnes* y *en abstracto*. Por otro lado, a la luz de la mentada facultad (no obligación) que tiene la Administración para denegar fundadamente una licencia a una

persona con antecedentes penales, la norma de carácter general contenida en la ley 2148 que ahora se cuestiona tampoco puede reputarse "autoaplicativa", con lo cual tampoco es posible *anticipar un resultado cierto* de esa valoración administrativa para prescindir del acto singular de aplicación que la vía del control difuso reclama, a la luz de las circunstancias comprobadas de la causa. Por consiguiente, no resta más que el interesado, si así lo desea, incite el dictado del acto administrativo pertinente que decida su solicitud, a la luz de la ley vigente.

Por las consideraciones expuestas, votamos por rechazar el recurso de inconstitucionalidad incoado por el Sr. Ambrosi y, en consecuencia, confirmar la sentencia de Cámara en cuanto rechaza la acción de amparo interpuesta, con costas en el orden causado (art. 14, CCBA).

Así lo votamos.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El caso a resolver presenta analogías sustanciales con "Corrado, Sergio Javier c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 5795/08, resolución del 28/8/2008. Al fundar mi voto en los casos "Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4888/06, sentencia del 21/3/2007 y "Lata, Jorge Mario c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" y su acumulado "Lata, Jorge Mario s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Lata Jorge Mario c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 4932/06, resolución del 13/6/2007, entre otros, yo expresé las razones que, a mi criterio, sustentan como correcta la solución que propicio en "Corrado", citado *supra*.

2. En su recurso de inconstitucionalidad (fs. 161/185), el recurrente se agravia centralmente de: *a)* la aplicación retroactiva del dec. 331/04, lo que —él entiende— afecta derechos constitucionales adquiridos (véanse 163 y ss.); *b)* la restricción a su derecho a trabajar sin que medie una ley formal que sirva de sustento a aquella limitación (fs. 164 y ss.); *c)* la violación al principio de legalidad con relación a la garantía constitucional *nullum crimen nulla poena sine lege*, dado que la infracción y la sanción correspondiente deberían estar "tipificadas y señaladas en la ley con anterioridad a la conducta tipificante del delito por el cual se condenó a quien solicita la licencia profesional" (fs. 166); *d)* la afectación de los derechos reconocidos en los arts. 11 (igualdad ante la ley y test de escrutinio estricto ante la sospecha de discriminación; véanse 173/173 vta.) y 13, incs. 3º (reconocimiento de los principios de determinación, inviolabilidad de la defensa en juicio, juez designado por la ley antes del hecho de la causa, proporcionalidad, sistema acusatorio, doble instancia, inmediatez, publicidad e imparcialidad) y 9º de la CCBA (prohibición de cualquier manifestación de

derecho penal de autor; véanse fs. 178/179 vta.); y *e)* la violación al principio de congruencia con lesión a su derecho a trabajar (fs. 179 vta. y ss.).

Frente a estos reclamos del recurrente, es menester reiterar, como en los casos nombrados *supra*, que el dec. 331/04, reputado por la Cámara como "el régimen jurídico aplicable al caso" en la resolución recurrida, establece una regla que "...no conserva su vigencia, o, cuando menos, no la conserva en el mismo sentido para resolver este caso, pues ella ha sido reformada por la actual ley local de tránsito vigente, nº 2148. Si, como creo que es correcto, la situación a resolver en el recurso por inconstitucionalidad se debe decidir conforme a la posición del orden jurídico al momento del fallo, resulta claro que la discusión sobre la constitucionalidad de una norma derogada, que no rige, además, caso futuro alguno, carece de sentido" (véase punto 3 de mi voto en "Pérez, Ariel", cit.).

3. En tal sentido, el marco normativo que gobierna el caso está dado por la nueva ley local 2148 que, como es sabido, ha operado una modificación sustantiva en la modalidad —antes imperativa— por la que se expresa un *mandato de no conceder* en el dec. 331/04 ("*Debe* denegarse...") que, actualmente, denota un carácter inequívocamente facultativo ("*Podrá* denegarse..."). Por lo demás, estimo relevante enfatizar que, conforme a la norma actualmente en vigor, el funcionario que rechace sin más el permiso de conducir que solicita el amparista debe articular y hacer públicas las razones (aceptables y plausibles) que lo persuaden de ejercer su poder de decisión en el sentido indicado —y, como lo he señalado, hoy simplemente *permitido*— y no en el sentido inverso. La exposición de estas razones se impone pues ellas comparecen, precisamente, frente a los principios constitucionales invocados por el amparista. Como lo sostuve *in re* "Corrado": "Así, por ejemplo, una decisión inconsulta de la administración, que aplique negativamente el poder concedido por la nueva norma, debe comparecer críticamente... frente al derecho a trabajar y ejercer industria lícita (arts. 14 y 14 bis, C.N.), a la igualdad ante la ley de todas las personas, titulares de idéntica dignidad (CCBA, art. 11), al repudio de toda norma que implique expresa o tácitamente peligrosidad sin delito o cualquier manifestación de derecho penal de autor (CCBA, art. 13, inc. 9º), pues la norma permisiva no representa la concesión de un poder absoluto, no reglado, a la autoridad de aplicación. Por lo contrario, a mayor discrecionalidad normativa, mayor exigencia de fundamentación de la medida, esto es, mayor exigencia para el o los funcionarios competentes de explicarnos las razones por la cuales han ejercido el poder abierto conferido por la ley de un modo concreto (razonabilidad)".

4. Así, lo que resulta contrario a una interpretación correcta de las garantías constitucionales de los ciudadanos —en el caso, las que protegen al amparista— es la sentencia de la Cámara, que revocó la resolución de primera instancia que

había hecho lugar a la demanda y dejó incólume la decisión estatal contra la cual se dirige el amparo, esto es la disposición 990-DGEVyL-03.

Como lo he sostenido múltiplemente en materia de garantías y derechos previstos en favor de los particulares: "[l]os principales derechos constitucionales esgrimidos por el Estado local... no amparan[n] al Estado [mismo] o, mejor dicho, instituye[n] un derecho en el cual el Estado no se puede amparar. Por lo contrario, se trata de derechos que, básicamente, protegen a los ciudadanos... frente a la acción arbitraria de [aquél]". Así lo expresé en las causas "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Sociedad Italiana de Beneficencia de Bs. As. c/DGR [resol. n° 1881/DGR/00] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR'", expte. n° 1227/01, resolución del 26/3/2002; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Vicla S.A. c/DGR [resol. n° 4412/DGR/00] s/recurso de apelación judicial c/decisiones de DGR'", expte. n° 1988/02, resolución del 2/4/2003 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Federación Médica Gremial de la Capital Federal y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 299/03 resolución del 20/6/2003 (conf. mi voto en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Mindar S.A. c/GCBA s/acción meramente declarativa (art. 277, CCAyT)'", expte. n° 2425/03, sentencia del 17/12/2003).

De tal manera, las reglas de los arts. 14, 14 bis, 18 y 28, C.N. y 13, incs. 3º y 9º, y 14, CCBA, exponen principios fundamentales de trato del Estado hacia los particulares, que de manera alguna pueden ser utilizados por este último en contra de los ciudadanos, o para fundar recursos contra decisiones que favorecen a los titulares de estos derechos. Desde este punto de vista, el recurso es eficiente, pues es el particular quien logra fundar el carácter inadmisiblemente austero de la interpretación por la Cámara de diversas reglas de garantía a favor de ciertos ciudadanos.

5. De este modo, aquello que no se concibe cuando reclama el Estado —su recurso—, a saber, que él mismo se ampare en garantías ciudadanas, o, quizá mejor dicho, difícil de concebir para abrir un recurso de inconstitucionalidad frente a una sentencia que le ordenaba la expedición de la licencia de conducir, es perfectamente concebible cuando el agravio lo sufre un ciudadano que ve lesionados por la autoridad sus derechos a trabajar, a la igualdad y a no ser excluido sobre la única base de un comportamiento anterior por el cual ya sufrido el castigo correspondiente, como sucede, precisamente, en el *sub examine*.

6. Por las consideraciones que anteceden, y frente al texto potestativo del art. 31, II de la ley local 402, corresponde: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Sr. Ambrosi en contra de la sentencia de Cámara; *b)* revocar la sentencia recurrida en cuanto determina el rechazo de la

acción de amparo; *c)* acoger la demanda de amparo (ley local 402, art. 31, II) y ordenar al gobierno de la CABA que, previa verificación de las exigencias pertinentes, resuelva nuevamente la petición del Sr. Leonardo Ambrosi, de conformidad con la ley local 2148; *d)* imponer las costas al Estado, vencido en la ocasión.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El juez de trámite, Luis F. Lozano, dispuso que se corriera traslado a las partes para que manifestaran lo que considerasen oportuno en relación con la ley 2148 de aprobación del Código de Tránsito y Transporte de la CABA que fuera publicada en el *BOCABA* n° 2615 el 31/1/2007, es decir, luego de que la actora dedujera su recurso de inconstitucionalidad (fs. 252).

La amparista ratificó su postura en torno a la inconstitucionalidad de toda norma que obste al otorgamiento de una licencia profesional de conducir con apoyo en los antecedentes penales del peticionante. En referencia a la ley 2148 destacó que contiene una categorización de sujetos que se basa en una presunción de peligrosidad prohibida por la CCBA, la C.N., y los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Señaló que la potestad conferida por la ley 2148 a la Administración para denegar una licencia con sustento en antecedentes penales del requirente podría dar lugar a intromisiones inadmisibles en ámbitos de privacidad del individuo debido a la ausencia de parámetros legales (fs. 256/269 vta.).

El GCBA hizo saber al Tribunal que había dado intervención a la Dirección General de Transporte para que dicha dependencia efectúe un tratamiento del asunto acorde a la normativa vigente e informó que esa Dirección se hallaba tramitando la citación del Sr. Leonardo Ambrosi a fin de realizar una nueva evaluación (271 y vta.).

El juez de trámite ordenó que se diera traslado a la contraria de lo manifestado por cada una de las partes (fs. 272).

La actora se opuso a cualquier tipo de medida que el GCBA pretendiese llevar a cabo en los términos de la ley 2148, principalmente porque el Tribunal no se expidió, en el marco de esta causa, sobre la tacha de inconstitucionalidad formulada (fs. 273/274 vta.).

La demandada sostuvo que la amparista procura obtener el otorgamiento de su licencia por vía judicial "...sin siquiera haber intentado previamente la posibilidad de un nuevo análisis de su petición por parte de la Autoridad de Aplicación..." y que esa circunstancia le impide al Tribunal expedirse en el caso (fs. 279/281).

2. La cuestión debatida en autos es análoga a la resuelta en otros expedientes ("Ludueña, Pedro Albino c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 4978/06 y su acumulado "Lu-

dueña, Pedro Albino s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ludueña, Pedro Albino c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA)'", expte. n° 4945/06, resolución del 3/7/2007 y "Corrado, Sergio Javier c/GCBA s/amparo (art. 14 CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5795/08, resolución del 28/8/2008, entre otros). Las manifestaciones expuestas por las partes con motivo de los traslados ordenados a fs. 252 y a fs. 272 no modifican la opinión que expusiera en aquellos casos.

3. Las razones que dieron apoyo a mi postura en la causa "Ludueña" son reproducidas a continuación, y en lo que resulta pertinente, para fundar mi decisión en estos autos.

"(...) En la presente causa, la Administración le denegó al amparista la renovación de su licencia profesional de conducir, clase D 1, 'conforme lo prescripto por el art. 20 del dec. 779-PEN-95 reglamentario de la Ley Nacional de Tránsito y Seguridad 24.449' (fs. 24 —*sic*—). Fue ese —y no otro— el sustento normativo de la disposición emitida".

"El dec. 779/95 sólo restringe el otorgamiento de la licencia profesional en el supuesto de que el peticionante registre ciertos antecedentes penales para la subclase 'transporte de escolares o niños' (art. 20, inc. 5º). Para las restantes subclases de la clase D, el decreto aludido dispuso que '...la autoridad jurisdiccional establecerá los antecedentes que imposibiliten la obtención de la habilitación, excepto cuando el servicio de rehabilitación oficial garantice la recuperación y readaptación del solicitante' (art. 20, inc. 6º)".

"A la época en que la Administración rechazó el pedido de renovación de la licencia del Sr. Ludueña, las autoridades competentes de la Ciudad no habían emitido, aún, ninguna norma que restringiera —de manera previa, general y abstracta— el otorgamiento de licencias profesionales de conducir cuando el solicitante presente antecedentes penales".

"En otros expedientes, donde el Tribunal resolviera cuestiones sustancialmente análogas a las que plantea la presente causa, sostuve que, en condiciones como las señaladas, la DGEVyL había efectuado una aplicación inconstitucional del régimen de tránsito establecido por la ley 24.449 y el dec. 779/95 toda vez que 'el acto administrativo que motivó el amparo intenta fundamentarse en la lisa y llana remisión al art. 20 del dec. 779/95 y en el eventual riesgo que los antecedentes del solicitante suponen para la integridad de las personas. Sin embargo, el mencionado decreto no habilita a denegar sin más las licencias profesionales en caso de registrarse antecedentes (...) En ausencia de una norma reglamentaria general previa que fijara las condiciones para acceder a la licencia a la que se refiere el inc. 6º, la Administración carecía de facultades para establecerlas por vía de la creación de una regla individual restrictiva, sustentada en una aplicación extensiva e irrazonable de lo previsto para otra actividad. No

resulta admisible aplicar la analogía para restringir un derecho' (voto del juez Muñoz al que me adhiriera en la causa 'Vera, Miguel Ángel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Dirección General de Tránsito) s/amparo s/recurso de inconstitucionalidad concedido', expte. n° 1427, resolución del 8/5/2002). Y, esta situación se reproduce en autos, o al menos esta era la situación al tiempo de iniciarse la acción".

"Luego de que la DGEVyL le denegara al Sr. Ludueña la renovación de su licencia (con fundamento en la ley 24.449 y en el dec. 779/95); el Jefe de Gobierno emitió el dec. 331/04 (publicado en el *BOCABA* n° 1899 del 12/3/2004) por el cual dispuso: 'Art. 1° - Debe denegarse la solicitud de licencia profesional de conductor Clase D en todas sus subclases cuando el solicitante tiene antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual (Título III, Código Penal), delitos contra la libertad individual (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo cometido con armas o por delitos con automotores o en circulación y todo otro delito que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público' y, 'Art. 2° — Establécese que a los fines de evaluar la información remitida por el Registro Nacional de Reincidencia debe tenerse en cuenta lo establecido en el art. 51 del C.P., considerando únicamente antecedentes penales las sentencias condenatorias firmes cuyo registro no haya caducado' (el destacado me pertenece)".

"La Sala I de la CCAyT, por mayoría, entendió que el dec. 331/04 debía ser aplicado a fin de resolver la cuestión de autos conforme el derecho vigente (fs. 177) con el objeto de preservar la efectividad del pronunciamiento, así como la economía, concentración y celeridad procesal (fs. 178). La Sala consideró que "[l]os antecedentes penales del actor se encuentran comprendidos entre los previstos en el art. 1º del dec. 331/04, circunstancia que, actualmente, obsta al otorgamiento de la licencia y, por lo tanto, al progreso de la pretensión. Ello así, en tanto —dada la fecha de la sentencia condenatoria (21/10/1998)— aún no se ha producido la caducidad de su registro (conf. art. 2º, norma citada) (...). [E]ste precepto remite al art. 51, C.P., el cual establece —en cuanto concierne a este caso— que 'El registro de las sentencias condenatorias caducará a todos sus efectos: *1)* Después de transcurridos diez años desde la sentencia (art. 27) para las condenas condicionales' (fs. 178)".

"Ahora bien, a mi juicio, la circunstancia de que la Legislatura dictara la ley 2148 (que fuera publicada en el *BOCABA* n° 2615 del 31/1/2007) torna innecesaria a fin de resolver el caso, la consideración del dec. 331/04".

"(...) El art. 3.2.15 de la ley 2148 prescribe que: '...Se puede denegar la licencia de conductor profesional clase D en todas sus subclases cuando el solicitante acredite antecedentes penales por delitos contra la integridad sexual

(Título III, Código Penal), delitos contra la libertad individual (Título V, Capítulo I, Código Penal), homicidio doloso, lesiones graves y gravísimas dolosas, robo cometido con armas o por delitos con automotores o en circulación y todo otro delito que hubiese sido cometido con la utilización de un vehículo afectado a servicio público...'" (el destacado me pertenece)".

"A diferencia de lo que dispusiera el dec. 331/04, a partir de la sanción de la ley 2148, la denegación de la licencia profesional de conducir Clase D con motivo en los antecedentes penales del peticionante adquirió carácter facultativo (no imperativo) para la Administración local. Sin embargo, pese a esta modificación, subsiste la referencia dirigida hacia quienes tienen antecedentes penales".

"En lo que aquí interesa, el recurrente fundó su recurso de inconstitucionalidad en los derechos que establecen los arts. 14, 14 bis, 17 y 18 de la C.N. y los arts. 11, 13, incs. 3º y 9º, 43, 80 incs. e) y h), 84 y 108 de la CCBA, así como en tratados internacionales sobre derechos humanos con jerarquía constitucional".

"El art. 11 de la CCBA dispone que "[t]odas las personas tienen idéntica dignidad", no admite segregaciones y proscribe las discriminaciones por cualquier circunstancia que implique 'distinción, exclusión, restricción o menoscabo'. En sentido coincidente, el art. 13, inc. 9º de la CCBA "erradica de la Legislación de la Ciudad (...) cualquier manifestación de derecho penal de autor o sanción de actos que no afecten derechos individuales ni colectivos".

"Ahora bien, para satisfacer un estricto escrutinio de la constitucionalidad de las normas que afectan al amparista cabe preguntarse cuál es el fin que persiguen, si el medio escogido puesto en conjunción con ese fin es idóneo y razonable, y si no existe otro camino más apto y que resguarde mejor los principios constitucionales involucrados".

"La disposición 720/03 no explica en ninguno de sus considerandos cómo ni por qué '...el delito mencionado [aquel en el que incurriera el recurrente] resulta un impedimento para el otorgamiento de una licencia para conducir transporte público...'; la sola referencia a los antecedentes penales del Sr. Ludueña apunta, sin dudas, a las características biográficas del sujeto y se sostiene en una presunción de peligrosidad del autor; vedada por la CCBA".

"En estas condiciones, considero enteramente aplicable a la situación de autos los fundamentos que expusiera en la causa 'Pérez, Ariel c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido', expte. n° 4888, resolución del 21/3/2007 y que transcribo a continuación":

"'Si bien ningún derecho es absoluto y todos ellos se subordinan a las normas que los reglamenten (conf. los arts. 14 y 28 de la C.N.), lo cierto es que

también la actividad que promueve el Estado en ejercicio del poder de policía, en todo Estado de derecho, está acotada por los principios, derechos y garantías de rango constitucional'".

"'La disposición [de la DGEVyL] (...) hace uso de un criterio de exclusión de manera previa a cualquier consideración acerca de la situación concreta del recurrente y es esto lo que la torna inválida por razones constitucionales'".

"'Dicho en otras palabras, la disposición [de la DGEVyL] (...), el dec. 331/04 y aún el art. 3.2.15 de la ley 2148 (aunque de manera más sutil) conducen al mismo resultado: instituyen una categoría de personas que están privadas del potencial ejercicio de derechos fundamentales, lo que es violatorio de los arts. 11 y 13 de la CCBA...'".

"En atención a los argumentos precedentemente expuestos y en mérito de los preceptos constitucionales indicados corresponde declarar inconstitucional la disposición 720-DGEVyL-03 que denegó al Sr. Pedro Ludueña la licencia de conducir peticionada con motivo de sus antecedentes penales".

"La solución que propicio torna innecesaria la consideración de los restantes agravios del recurso de inconstitucionalidad y también el tratamiento del recurso de queja que oportunamente se dedujera".

4. Con apoyo en las consideraciones expuestas voto por: *a)* hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad del Sr. Leonardo Ambrosi, *b)* hacer lugar a la demanda de amparo interpuesta por el Sr. Leonardo Ambrosi y ordenar a la Dirección General de Educación Vial y Licencias del GCBA que otorgue al actor la licencia clase D1 oportunamente solicitada, previa verificación del cumplimiento de los recaudos legales con excepción de la evaluación de los antecedentes penales que constan en el expediente administrativo correspondiente a la disposición 990-DGEVyL-03 y, *c)* imponer las costas al GCBA.

Por ello, oído lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad planteado por Leonardo Ambrosi, con costas en el orden causado (art. 14, CCBA).

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva a la Cámara remitente.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LXIV

"LEWINZON, JULIO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'LEWINZON, JULIO C/GCBA S/OTRAS DEMANDAS C/LA AUT. ADMINISTRATIVA'"

NOTIFICACIÓN POR CÉDULA: Fijación de la cédula en la puerta de acceso al edificio. NULIDAD: Plazo. Derecho de defensa.

SUMARIOS:

1. Constituye un pilar del derecho de defensa el poder tomar conocimiento, en forma fehaciente, de aquello de lo que uno se defiende, por lo que corresponde decretar la nulidad de la notificación si el oficial notificador no se apegó al realizarla, conforme el procedimiento que prevé el art. 124 del CCAyT. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

2. Cuando el art. 153 del CCAyT establece que se entiende que media consentimiento tácito cuando no se promueve incidente de nulidad dentro de los cinco días subsiguientes al conocimiento del acto, fija como punto de partida para el cómputo del plazo, la toma efectiva de conocimiento por parte de quien plantea el incidente de nulidad del acto que considera nulo, de modo que el pedido de nulidad de la notificación resulta temporáneo, dado que los cinco días comenzaron a correr desde la notificación al actor de la resolución que lo tuvo por desistido de la queja, fecha en que tomó efectivo conocimiento del requerimiento, y no antes. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Si no resulta posible notificar la cédula a su destinatario concreto, ni a una persona de la casa, departamento u oficina, el funcionario responsable, sin necesidad de incurrir en una actuación desgastante o heroica debe buscar al encargado del edificio, y recién luego, dejando debida constancia de las razones que justifiquen la imposibilidad de practicar la diligencia bajo las apuntadas modalidades, puede proceder a fijarla en la puerta de esos lugares (conf. art. 124 del CCAyT). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. El art. 124 del CCAyT establece con claridad que la fijación de la cédula en la puerta de acceso al domicilio es el último recurso, ya que previamente debe intentarse entregarla a alguien del domicilio o al encargado del edificio. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. En materia de nulidades procesales, no basta que haya mediado la violación de algún requisito del acto respectivo, si no resulta que dicha irregularidad ha impedido al interesado ejercer sus facultades procesales y si aquél no demuestra el perjuicio concreto que le produjo el vicio que invoca (conf. art. 155, párrafo segundo, CCAyT), de modo que, en el caso de las notificaciones, no

es suficiente que exista una irregularidad, sino que ella tiene que ser grave y debe impedir que el interesado cumpla oportunamente los actos procesales vinculados a la resolución que se notifica (conf. art. 132, CCAyT). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Por imperio del art. 301 del CCAyT, pesa sobre el accionante la carga de demostrar la alegada falsedad de las manifestaciones del oficial notificador, y porque al gozar los actos del notificador de presunción de regularidad y plena fe, a él incumbe desvirtuar dicha presunción. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. El oficial notificador que, al no ser atendido, fijó la cédula en la puerta de acceso del edificio, cumplió con el art. 124 del CCAyT y, a partir de ese momento, el accionante quedó notificado de la resolución del Tribunal que lo intimaba a presentar la boleta correspondiente al depósito de la queja. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. Es insostenible el planteo del incidentista en cuanto a que según los términos del art. 124 del CCAyT el oficial debió fijar la cédula en la puerta del departamento y no del edificio si, como quedó demostrado en autos, el oficial notificador no fue atendido por ninguna persona, y no podía exigírsele que de todos modos ingresara al edificio por su cuenta y subiera al piso 17. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

9. Es consustancial al sistema de notificación oficial a domicilio, que quien fija domicilio para notificaciones tome a su cargo ciertos deberes accesorios como el hecho de disponer de alguna persona que reciba al funcionario judicial notificador y, por supuesto, correr con ciertos riesgos correspondientes a esos deberes accesorios establecidos de hecho, por la propia naturaleza del acto. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

10. No es el conocimiento real de la persona a notificar sobre la decisión del tribunal el hecho que fija el comienzo de los plazos derivados de esa comunicación, sino, antes bien, el cumplimiento de los procedimientos fijados por la ley para comunicar la decisión el que produce ese efecto. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5948/08 - 23/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Julio Lewinzon solicitó —en los términos del art. 132 del CCAyT— la nulidad de la notificación de fs. 126, por no haberse cumplido con las formas previstas en los arts. 123 y 124 de ese cuerpo legal. Manifestó no consentir “el

acto procesal del 16 de julio ni de otros que hayan impuesto el desistimiento del recurso de queja".

Redarguyó, también, de falsa —mediante el incidente que promovió al efecto— la información consignada en el reverso de la cédula cuya nulidad pidió.

Señaló, en este sentido, que los vicios de que adolece la diligencia son graves y le causan un gravamen irreparable, en tanto le han impedido integrar el depósito previsto para las quejas privándolo —al haberse considerado que desistió de la queja articulada— de la posibilidad de que sea revisado el rechazo del recurso de inconstitucionalidad que oportunamente planteara contra la sentencia dictada por la Sala l de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario que confirmó la de primera instancia, que desestimó la demanda interpuesta por su parte. Ello, sostuvo, viola "su derecho constitucional de defensa y del debido proceso adjetivo, amparados por el art. 17 y 18 de la C.N.".

Fundamentó su pedido de nulidad y redargución de falsedad en el hecho de que lo informado por el Oficial Notificador no era veraz, ya que: *a)* el edificio donde tiene constituido su domicilio es una torre de veinticuatro (24) pisos con ocho departamentos por planta que cuenta con encargado las veinticuatro (24) horas; *b)* el ingreso y egreso a cada departamento debe requerirse por portero eléctrico, y los ocupantes deben bajar a la planta baja para abrir la puerta de acceso principal, o bien comunicarse por teléfono con la portería para que ésta habilite el ingreso o egreso; *c)* el mostrador de la portería está frente a la puerta principal de acceso del edificio, la que está totalmente vidriada, permitiendo la visualización de todas las personas que pulsan los timbres y pretenden ingresar, como así de cualquier objeto que se deje en la puerta o bajo ella; *d)* los Oficiales Notificadores conocen la mecánica del edificio, conocen a los encargados y saben que son ellos quienes reciben las notificaciones. Afirmó, por tanto, que si el Oficial consignó en la cédula que no había nadie en el domicilio, se supone que tampoco vio al encargado y, por ende, utilizó el recurso extremo de fijarla en la puerta, lo que resultaba imposible sin el concurso del encargado, puesto que para ello debió haber ingresado al edificio.

Adujo, por último, el incumplimiento —por parte del Oficial Notificador— de las previsiones de los arts. 123 y 124 del CCAyT, en tanto las cédulas deben ser fijadas en la puerta del domicilio constituido; es decir que, tratándose de un edificio en propiedad horizontal, debió ser fijada en el departamento, y no en la puerta de acceso principal.

Ofreció prueba a los efectos de acreditar sus dichos.

2. El Oficial Notificador, en oportunidad del traslado que se le confiriera, ratificó en su totalidad el contenido de lo informado en el acta labrada con

fecha 4/6/2008 (fs. 141/145). A este respecto, aclaró que *"no fui atendido"* (el resaltado es del original) en aquel acto, por lo que procedió a fijar copia de igual tenor en la puerta de acceso al domicilio, *"esto es en la puerta del edificio toda vez que los encargados de dicho edificio no están autorizados para receptar directamente ni para firmar documentación alguna. Ni tampoco se permite el ingreso de personal ajeno al inmueble sin mediar conformidad. Una vez que se fija en la puerta de acceso al edificio, es tomada inmediatamente por el personal encargado del edificio, doy fe"* (el resaltado y subrayado es del original).

Sostuvo, además, que su actuación se ajustó fielmente a las prescripciones del Código Administrativo y Tributario de la CABA (ley 189), a los principios procesales resguardados en la Constitución de la CABA, y a las principales formalidades que debía observar en razón de sus funciones.

Advirtió, para reforzar su postura, que la notificación de fs. 131 vta. —practicada por otro Oficial Notificador— fue diligenciada en idénticos términos a la cuestionada, sin que hubiera merecido por parte de la actora objeción alguna.

Finalmente, solicitó el rechazo de las pruebas informativa y testimonial ofrecidas por la parte actora.

3. El GCBA, a su turno adujo, en atención al cargo estampado en la presentación de fs. 133/135 vta., la extemporaneidad de la nulidad y redargución de falsedad planteadas por haber transcurrido en exceso —desde la notificación cursada el 4/6/2008— el plazo de cinco días previsto en el art. 153 del CCAyT (fs. 151/152 vta.).

Subsidiariamente, desconoció los hechos citados como antecedentes por la actora y lo expresado con relación a los arts. 123 y 124 del CCAyT. En este sentido, señaló que la cédula de que se trata fue debidamente informada y diligenciada por el Oficial Notificador y que, tratándose de un "domicilio constituido", correspondía fijarla en un lugar visible. Agregó que no surgía de los fundamentos brindados por la parte actora el vicio del cual adolecía la diligencia practicada que tornase viable o procedente la declaración de nulidad articulada, máxime cuando los actos realizados por el notificador gozan de presunción de regularidad.

Ofreció prueba y se opuso a la informativa ofrecida por la actora por considerarla inconducente.

4. Frente a las oposiciones a la prueba ofrecida por la parte actora formuladas, tanto por el Oficial Notificador como por el GCBA y para que las partes se manifestasen respecto de dicha cuestión y, en definitiva, para proveer finalmente todo lo atinente a la prueba que resultase admitida, se dispuso la citación de las partes a una audiencia (fs. 155). En ella, en lo que aquí importa, se decidió admitir la producción de la prueba informativa y testimonial ofrecida

por la parte actora, con excepción de la declaración testimonial del Oficial Di Iorio por haberse desistido de ésta.

5. Una vez recibida la prueba, se llamó autos al acuerdo.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La constancia de notificación dispuesta al dorso de la cédula agregada a fs. 126 —cédula que tenía por fin hacerle saber a la parte actora que en el plazo de cinco días debía integrar el depósito previsto por el art. 34 de la ley 402, bajo apercibimiento de tenerla por desistida de la queja interpuesta— da cuenta de que el oficial notificador al no ser atendido procedió a fijar esa cédula en la puerta de acceso del edificio donde tiene constituido su domicilio el Dr. Dubinski (apoderado de la parte actora).

2. Sin desconocer esa constancia, de ella no resulta que la parte actora haya quedado notificada, fehacientemente, del auto que esa cédula tenía por fin poner en conocimiento.

Conforme surge de mi voto *in re* "Cano, Osvaldo Rodolfo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cano, Osvaldo Rodolfo c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. n° 4368/05, sentencia de este Tribunal del 21/6/2006: constituye un pilar del derecho de defensa el poder tomar conocimiento, en forma fehaciente, de aquello de lo que uno se defiende. En el caso, como se verá en lo que sigue, no se encuentra acreditado que el Dr. Dubinski haya podido acceder a la cédula que el oficial notificador, con fecha 4/6/2008, fijó en la puerta de ingreso al edificio ubicado en la Avenida de Mayo 1316 (conf. fs. 126/126 vta.), aun cuando llevando a cabo diligencias que le fueran exigibles.

De la prueba producida, con motivo de la impugnación formulada por la parte actora, surge que la mencionada cédula difícilmente habría podido llegar a conocimiento de la parte actora por motivos ajenos a quienes participan de este incidente. Todas las pruebas agregadas dan cuenta de que el edificio donde tiene constituido su domicilio el apoderado de la parte actora cuenta con personal en el *hall* de entrada las 24 horas. Además, los testigos que declararon en el incidente —todos empleados del edificio— fueron coincidentes en señalar que: *i)* la entrada del edificio es vidriada; *ii)* el personal de portería puede ver perfectamente lo que pasa en el puerta de ingreso porque la portería está en frente a ella; *iii)* pasa numerosa cantidad de personas de lunes a viernes por la vereda a la que da la mencionada puerta de ingreso; y *iv)* no recuerdan haber visto una cédula fijada en la puerta de ingreso al edificio; no obstante que, dadas las características descriptas por los testigos, ello resulta casi imposible.

En ese orden de ideas, el Sr. Fernando Landi, de la administración del consorcio del edificio donde tiene su oficina el Dr. Dubinski señaló, al contestar el oficio que le fuese diligenciado, que el edificio de Avenida de Mayo cuenta con personal en el *hall* de entrada las 24 horas (fs. 165). A su turno, el Sr. Batisteza, quien se desempeña como encargado en el mencionado edificio, declaró que el edificio "...posee personal de portería las 24 horas..." (fs. 177); "que el mostrador de la portería se encuentra en línea recta, entre cinco y (*sic*) nueve o diez metros en frente de la puerta de acceso al edificio..." (fs. 178); "que la puerta del edificio es totalmente vidriada" (fs. 178); "que desde el mostrador de la portería vemos todo perfecto" (fs. 178); "que la circulación es insoportable, por presentarse marchas de piqueteros, y demás manifestaciones" (fs. 178); y "que los oficiales notificadotes jamás pegan la cédula en la puerta de acceso al edificio" (fs. 178). Finalmente, el Sr. Centeno, quien se desempeña como ayudante del encargado del edificio en cuestión, declaró que el edificio "...posee encargado las veinticuatro horas..." (fs. 179); ante la pregunta de dónde se encuentra el mostrador de la portería, con relación a la puerta de acceso principal al edificio, manifestó "que es de frente" (fs. 179). Describió la puerta de entrada como "...toda vidriada" (fs. 179); y señaló "*(sic)* que desde el mostrador puede visualizar todo para fuera" (fs. 179). Por último, expresó que de "...lunes a viernes pasa bastante gente y bastantes vehículos" (fs. 179) y "que nunca ha visto que un oficial notificador pegue una cédula en la puerta de acceso al edificio" (fs. 179).

Esas manifestaciones dan cuenta de que existe una elevada posibilidad de que la cédula cuya copia obra a fs. 126 hubiese sido removida por alguna causal ajena a las partes de este incidente. Resulta casi imposible pensar, a la luz de las constancias señaladas *supra,* que de haber quedado esa cédula fijada en el lugar donde la colocó el oficial notificador ninguna de las personas que trabajan en el edificio la hubiese visto, retirado y entregado al Dr. Dubinski, y igualmente improbable es que el Dr. Dubinski hubiese podido retirar la cédula sin ser visto por el personal del edificio. Ello es así, dado que la puerta de ingreso al edificio es vidriada, el mostrador de la portería está ubicado enfrente a ella y hay empleados en el *hall* de entrada las 24 horas del día. Esa circunstancia lleva a concluir que la cédula no pudo ser receptada por el letrado de la parte actora, por motivos ajenos a quienes participan de este incidente.

Prueba de lo expuesto lo constituye, a su vez, el hecho de que la cédula mediante la cual se le notificó a la parte actora la resolución del Tribunal de fecha 16 de julio de 2008, también fue fijada por el oficial notificador que efectuó esa notificación en la puerta de acceso porque nadie lo atendió (conf. la constancia que obra al dorso de la copia agregada a fs. 131), empero, esta sí llegó a conocimiento del Dr. Dubinski, dado que fue la que le permitió tomar conocimiento de la notificación que en este incidente controvierte.

En tales condiciones, no quedan reunidas las estrictas condiciones en que cabe tener por conocido el auto por el destinatario de la cédula (véase mi voto *in re* "Cano", ya citado).

3. Sin perjuicio de lo expuesto hasta aquí, entiendo que corresponde decretar la nulidad de la notificación cuestionada. Ello, porque, como bien señalaron la Dra. Conde y el Dr. Casás en el acuerdo, el oficial notificador no se apegó al realizar la notificación controvertida conforme el procedimiento que prevé el art. 124 del CCAyT (conf. también la doctrina de mi voto *in re* "Cano", ya citado).

La solución que se propicia torna insustancial el tratamiento de la redargución de falsedad intentada por el actor.

4. Desde otro ángulo —y para contestar el planteo de extemporaneidad introducido por el GCBA—, sólo me resta decir que teniendo en cuenta que, como se vio, el actor sólo tomó conocimiento de la providencia que le requería acreditar el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 en oportunidad de ser notificado de la resolución que lo tuvo por desistido de la queja, los argumentos de la demandada a este respecto —a poco que se repare— quedan sin sustento. Ello así, pues el art. 153 del CCAyT —sobre el que la demandada construye su argumento— establece que "...Se entiende que media consentimiento tácito cuando no se promoviere incidente de nulidad dentro de los cinco (5) días subsiguientes al conocimiento del acto" (el resaltado no está en el original). Por lo tanto, al fijar dicha norma, como punto de partida para el cómputo del plazo a que ella se refiere, la toma efectiva de conocimiento por parte de quien plantea el incidente de nulidad del acto que considera nulo, la presentación de fs. 133/135 resulta temporánea, dado que los cinco días comenzaron a correr desde la notificación al actor de la resolución de fecha 16/7/2008, fecha en que tomó efectivo conocimiento del requerimiento de fs. 125, y no antes.

5. El modo en que se decide la cuestión y las particularidades del caso, me convencen en el sentido de distribuir las costas de este incidente, en el orden causado (art. 62, segundo párrafo del CCAyT).

Por consiguiente, voto por: *i)* declarar la nulidad de la notificación cuya constancia que obra a fs. 126; *ii)* revocar la resolución de fs. 128/129; y *iii)* disponer que el trámite de la queja continúe según su estado. Con costas en el orden causado.

El juez José O. Casás dijo:

1. Comparto la solución que propician mis colegas Luis F. Lozano y Ana María Conde en sus respectivos votos.

2. En particular, coincido con el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, en que la cuestión planteada en el *sub examine* —relativa a la validez de

la notificación practicada a fs. 126/vta. que tenía por fin intimar a la quejosa a integrar el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402, bajo apercibimiento de tener por desistido el recurso de hecho interpuesto— tiene vinculación directa con el derecho de defensa de la parte recurrente *(arts. 18, C.N. y 13.3, CCBA)*. Al respecto, ya he recordado en otras oportunidades que sólo una correcta notificación garantiza el acceso e ingreso a la *tutela judicial efectiva*, concretando el principio de *interdicción de la indefensión*, tal como lo ha resaltado el catedrático Joan Pagés i Galtés de la "Universitat Rovira i Virgili", Tarragona-Reus —conf. *La codificación en materia de notificaciones tributarias*, parágrafo 5: "Conclusiones", *Revista Argentina de Derecho Tributario*, n° 3, pp. 641 y ss., en particular pp. 691 y ss., La Ley, Buenos Aires, 2002— [conf. mis votos en las causas "Inversora Quillén S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Inversora Quillén S.A. s/ejecución fiscal", expte. nº 1888/02, sentencia del 5/3/2003 y "Volkswagen Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: "GCBA c/Volkswagen Argentina S.A. (ex Autolatina Arg. S.A.) s/ejecución fiscal'", expte. n° 2782/04, pronunciamiento del 19/5/2004, "Cano, Osvaldo Rodolfo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cano, Osvaldo Rodolfo c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. nº 4368/05, sentencia del 21/6/2006].

También concuerdo con mis aludidos colegas en que el examen de las pruebas producidas en las presentes actuaciones pone al descubierto la ineficacia de la notificación practicada con fecha 4/6/2008 (cédula obrante a fs. 126/vta.) y el concreto perjuicio irreparable que ello ha ocasionado a la quejosa, en tanto le ha impedido cumplir en tiempo oportuno con la intimación efectuada y, de esa manera, acceder a la instancia recursiva ante este Tribunal.

3. Si bien la cuestión propuesta remite a la interpretación de la ley de rito local, corresponde ingresar a su tratamiento en esta instancia por cuanto, como ya fuera mencionado, la presente incidencia se ha suscitado a partir de una notificación cursada a la recurrente desde este Estrado.

Desde mi punto de vista, entonces, la ineficacia de la diligencia objetada se deriva de la *falta de observancia estricta* de las previsiones contenidas en el art. 124 del CCAyT. La aludida disposición legal exige que "(c)uando el/la notificador/a no encuentre a la persona a quien va a notificar, debe entregar la cédula a otra persona de la *casa, departamento u oficina*, o al/la *encargado/a del edificio*, y proceder en la forma dispuesta en el artículo anterior. *Si no pudiere entregarla*, *debe fijarla en la puerta de acceso correspondiente a esos lugares*".

En el *sub examine* no existen dudas en punto a que la cédula de marras fue fijada en la puerta de entrada del inmueble ubicado en Avenida de Mayo nº 1316. El oficial notificador aduce en este punto que, al no ser atendido por

la persona requerida ni por personal alguno del estudio jurídico, procedió de esa forma en atención a que en el edificio "no se permite el ingreso de personal ajeno sin mediar conformidad" (fs. 141).

Ahora bien, teniendo en cuenta las particulares características del inmueble en cuestión —por ejemplo, que el mismo se encuentra situado sobre una arteria altamente transitada del centro porteño, cuenta aproximadamente con 250 unidades funcionales y posee personal en el hall de entrada durante las 24 horas que tiene entre sus cometidos el de recibir correspondencia (conf. fs. 165 y testimonios concordantes de los señores Batisteza y Centeno obrantes a fs. 177/179)—, la notificación practicada a fs. 126/vta. no puede considerarse realizada conforme a derecho.

Si no resultaba posible notificar la cédula a su destinatario concreto, ni a una persona de la casa, departamento u oficina, el funcionario responsable, sin necesidad de incurrir en una actuación desgastante o heroica —según su inflamada retórica— debía buscar al encargado del edificio. Recién luego, y dejando debida constancia de las razones que justificaban la imposibilidad de practicar la diligencia bajo las apuntadas modalidades, podía proceder a fijarla en la puerta de *esos lugares* —en este caso: *departamento u oficina*—. Sin embargo, en el informe de fs. 126 vta. no figura aclaración alguna respecto de la imposibilidad de encontrar al encargado del edificio o de la dificultad de acceder al interior del inmueble para cumplir con las prescripciones del art. 124 del CCAyT. Por lo tanto, la medida extrema consistente en fijar la cédula en cuestión en la puerta de entrada de un edificio como el descripto no puede reputarse válida en este caso, atento las particularidades relevantes antes señaladas. Corresponde, entonces, declarar su nulidad.

Por consiguiente, voto por: *a)* declarar la nulidad de la notificación cuya constancia obra a fs. 126; *b)* revocar la resolución de fs. 128/129; y *c)* disponer que el trámite de la queja continúe según su estado. Con costas en el orden causado, por las razones invocadas por el señor juez de trámite.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Previo a todo, corresponde tratar el planteo de extemporaneidad del presente incidente de nulidad y redargución de falsedad, deducido por la demandada a fs. 151/153, quien consideró que el incidente fue iniciado una vez vencido el plazo de cinco días previsto en el art. 153, CCAyT.

El plazo debe computarse desde que el incidentista tomó conocimiento del acto procesal que considera nulo (conf. art. 153, segundo párrafo, CCAyT). Como la parte actora expresó que la cédula de fs. 126 era inválida, debe considerarse que tomó conocimiento de la misma cuando fue notificada de la resolución que declaró desistido el recurso de queja, lo cual ocurrió el 23/7/2008 (véase constancia de notificación de fs. 131 vta.).

Habida cuenta que este Tribunal estableció, mediante acordada 15/08, la feria judicial de invierno entre el 28 de julio y 8 de agosto de 2008 —inclusive—, el plazo para iniciar el incidente de nulidad vencía el 14/8/2008 en las dos primeras horas.

Por lo tanto, al haberse deducido el presente incidente con fecha 12/8/2008 (véase cargo de fs. 135 vta.), corresponde rechazar el planteo de extemporaneidad aducido por la demandada.

2. Para invalidar la notificación cuestionada en autos, la parte actora planteó, por la vía incidental, una pretensión de nulidad procesal y otra de redargución de falsedad. En primer lugar, corresponde analizar la validez de dicha notificación a la luz de la normativa procesal aplicable, para luego, de ser necesario, determinar la veracidad o falsedad de la información consignada en el reverso de la cédula indicada.

En el acta situada en el dorso de la cédula de notificación cuestionada en autos, el oficial notificador dejó constancia que el 4/6/2008 a las 19 hs. se apersonó en el domicilio correspondiente, y al no encontrarse la persona requerida procedió a fijarla en la puerta de acceso al domicilio (véase constancia de fs. 126 vta.).

En general, y como ocurre en este caso, las cédulas de notificación tienen un formulario preimpreso en su dorso, que el oficial notificador suele completar con los datos de la diligencia en cuestión. Pero la generalidad del formulario, y la frecuente ausencia de un acta circunstanciada que describa los pormenores de la notificación, suele tornar dificultosa la apreciación sobre cuál ha sido el procedimiento seguido por el oficial notificador.

Sin embargo, en este supuesto las dudas sobre la mecánica de la notificación han sido despejadas por el propio oficial notificador, al contestar el traslado del presente incidente. Allí manifestó que al presentarse en el domicilio constituido del apoderado de la parte actora para practicar la notificación cuestionada, "...como no fui atendido por la persona requerida ni por personal alguno de dicho estudio procedí, por ende, *con discreción*, a fijarla en la puerta de acceso al domicilio, esto es *en la puerta del edificio* toda vez que los encargados de edificio no están autorizados para receptar directamente ni para firmar documentación alguna. Ni tampoco se permite el ingreso de personal ajeno al inmueble sin mediar conformidad..." (fs. 141, ap. II).

El art. 124 CCAyT dispone que "Cuando el/la notificador/a no encuentre a la persona a quien va a notificar, debe entregar la cédula a otra persona de la casa, departamento u oficina, *o al/la encargado/a del edificio*, y proceder en la forma dispuesta en el art. anterior. *Si no pudiere entregarla, debe fijarla en la puerta de acceso correspondiente a esos lugares*" (lo destacado es propio).

Dicha norma establece con claridad que la fijación de la cédula en la puerta de acceso al domicilio es el último recurso, ya que previamente debe intentarse entregar la cédula a alguien del domicilio *o al encargado del edificio.*

Sin embargo, el oficial notificador no cumplió estrictamente con dicha norma, ya que —según sus propios dichos— al no ser atendido por ninguna persona del estudio jurídico, no intentó entregarle la cédula al encargado del edificio —como hubiera correspondido— sino que directamente la fijó en la puerta de acceso del edificio. Ello constituye una irregularidad que afecta la validez de la notificación cuestionada.

3. Ahora bien, en materia de nulidades procesales, no basta que haya mediado la violación de algún requisito del acto respectivo, si no resulta que dicha irregularidad ha impedido al interesado ejercer sus facultades procesales y si aquél no demuestra el perjuicio concreto que le produjo el vicio que invoca (conf. art. 155, párrafo segundo, CCAyT). Dicha exigencia, aplicada al ámbito de las notificaciones, significa que no es suficiente que exista una irregularidad, sino que la misma tiene que ser grave y debe impedir que el interesado cumpla oportunamente los actos procesales vinculados a la resolución que se notifica (conf. art. 132, CCAyT).

La prueba recolectada en el presente incidente permite arribar a las siguientes conclusiones fácticas:

- el edificio tiene personal apostado en el hall de entrada del edificio durante las 24 horas, controlando el acceso al edificio, y en caso de que alguno de los encargados deba ausentarse de su puesto por unos minutos debe dar aviso a alguno de los otros encargados disponibles para cubrir dicho puesto (respuesta a la pregunta B del informe de la administración del consorcio, a fs. 165; respuesta a la pregunta 4° de la declaración testimonial del Sr. Batisteza, a fs. 177; respuesta a la pregunta 4° de la declaración testimonial del Sr. Centeno, a fs. 179);
- entre las funciones de los encargados, figura la recepción de notificaciones cuando se trata de cédulas a domicilio constituido (respuesta a las preguntas 4°, 9° y 10, y a la repregunta 2° de la declaración testimonial del Sr. Batisteza, a fs. 177/178; respuesta a las preguntas 9° y 10 de la declaración testimonial del Sr. Centeno, a fs. 179; ello ha sido corroborado en este proceso con la recepción, por parte del encargado del edificio, de las cédulas dirigidas al apoderado de la parte actora obrantes a fs. 138, 157 y 168);
- el mostrador de la portería se encuentra en línea recta, entre cinco y nueve o diez metros en frente de la puerta de acceso al edificio, que es totalmente vidriada (respuesta a las preguntas 12 y 14 de la declaración testimonial del señor Batisteza, a fs. 178; respuesta a las preguntas 12 y 14 de la declaración testimonial del Sr. Centeno, a fs. 179);

- la circulación de personas y vehículos en la zona en que está situada el edificio es muy ajetrada, y suelen realizarse marchas y manifestaciones (respuesta a la pregunta 16 de la declaración testimonial del Sr. Batisteza, a fs. 178; respuesta a la pregunta 16 de la declaración testimonial del Sr. Centeno, a fs. 179);
- los oficiales notificadores jamás pegan cédulas en la puerta de acceso al edificio (respuesta a la pregunta 11 de la declaración testimonial del Sr. Batisteza, a fs. 178; respuesta a la pregunta 116 de la declaración testimonial del Sr. Centeno, a fs. 179).
- el día y hora en que se practicó la notificación cuestionada en autos —4/6/2008 a las 19 hs.— se encontraba en el turno de portería el Sr. Daniel Batisteza, quien cree no haber dejado su puesto de trabajo, y que en el caso que lo hubiera hecho siempre tiene un ayudante que se queda en el puesto, salvo que sea una emergencia (respuestas a las preguntas F y G del informe de la administración del consorcio, a fs. 165/165 vta.; respuesta a las pregunta 17 y 18 de la declaración testimonial del Sr. Batisteza, a fs. 178);

De los hechos reseñados precedentemente, podemos concluir que era fácilmente visualizable, desde el exterior, el encargado apostado en el hall de entrada del edificio, a quien el oficial notificador debería haberle entregado la cédula pertinente (conforme lo dispone el art. 124 CCAyT). Y al no haberlo hecho, fijó la cédula en la puerta de acceso ubicada en una vereda (Av. de Mayo al 1300) con un gran tránsito vehicular y de personas, lo que *arroja serias dudas acerca de que la cédula haya permanecido allí y sido retirada por el apoderado de la parte actora.* Por lo tanto, no puede afirmarse que la notificación haya logrado su finalidad a pesar de su irregularidad (conf. art. 152, segundo párrafo, CCAyT).

Y por último, cabe agregar que la irregular notificación le impidió al apoderado de la parte actora integrar en tiempo oportuno el depósito previsto para las quejas ante este Tribunal (conf. art. 34 de la ley 402), lo que condujo a la declaración de desistimiento del recurso en los términos del art. 34, tercer párrafo, de la ley 402 (resolución de fs. 128/129). No caben dudas, entonces, sobre la existencia de un perjuicio concreto derivado de la notificación inválida.

El cumplimiento de todos estos presupuestos o requisitos exigidos por la normativa procesal torna procedente la declaración de nulidad de la notificación cuestionada, y de los actos procesales posteriores que son una consecuencia de él.

4. En cuanto a las costas del presente incidente, cabe imponerlas en el orden causado atento las particularidades del caso, entre las que cabe mencionar que otra cédula (obrante a fs. 131) notificada de manera similar a la declarada

nula sí logró llegar a conocimiento de la parte actora, lo que podría haber inducido al demandado y el oficial notificador a considerar que tenían motivos para oponerse a la incidencia (art. 62, segundo párrafo, CCAyT).

5. En conclusión, existen distintos elementos probatorios e indicios que permiten presumir que la parte actora no tomó conocimiento fehaciente de la notificación cursada, y que ello obedece a que el oficial notificador no le entregó la cédula al encargado de edificio sino que optó por fijarla en la puerta de acceso del edificio, incumpliendo el art. 124 CCAyT.

Por lo tanto, voto por:

- declarar la nulidad de la notificación cuya constancia obra a fs. 126 (conf. art. 132 CCAyT);
- anular todo lo actuado con posterioridad y como consecuencia del acto procesal declarado nulo, particularmente la resolución de fs. 128/129 (conf. art. 157 CCAyT);
- disponer que el trámite continúe según su estado;
- imponer las costas de la presente incidencia en el orden causado (art. 62, segundo párrafo, CCAyT).

La forma en que se resuelve el presente incidente torna innecesario pronunciarse sobre la redargución de falsedad intentada por la parte actora.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El apoderado de Julio Lewinzon acudió en queja ante el Tribunal por la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad que interpusiera contra la sentencia de la Cámara que rechazó su recurso de apelación y confirmó la sentencia de grado.

El señor juez de trámite intimó al quejoso a cumplir con el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402, dentro del quinto día de notificado, bajo apercibimiento de declarar desistido el recurso, lo que fue notificado por cédula dirigida al domicilio constituido por la parte.

Al vencer el término de la intimación sin que se efectuara el depósito requerido, el 16/7/2008 el Tribunal, por unanimidad, declaró desistido el recurso de queja interpuesto por el actor.

Con fecha 12/8/2008 (fs. 133/135 vta.), el apoderado del Sr. Lewinzon promovió incidente de nulidad de la notificación de la intimación a integrar el depósito de la queja y redarguyó de falsa la información consignada en el reverso de la cédula correspondiente.

2. El incidentista afirma que son falsos los dichos vertidos por el oficial notificador al dorso de la cédula obrante a fs. 126 y que éste no cumplió con las formas previstas en los arts. 123 y 124 del CCAyT. Me ocuparé inicialmente del primero de estos planteos.

2.1. En el acta labrada por el oficial Salvador Lucio Di Iorio (fs. 126 vta.), éste consignó que el 4/6/2008, a las 19 horas, se constituyó en el domicilio indicado en el anverso de la cédula cuestionada y al no encontrarse la persona requerida, procedió a fijarla en la puerta de acceso al edificio.

Las declaraciones testimoniales de fs. 177/180 coinciden con la contestación de oficio de fs. 165/165 vta. en que el edificio sito en Av. de Mayo 1316 posee personal de portería las 24 horas. Sin embargo, como se verá a continuación, esta información, por sí sola, no basta para hacer lugar al incidente de redargución de falsedad promovido.

Al ser preguntado el encargado del edificio, que debía encontrarse en funciones el 4/6/2008 a las 19 horas (Sr. Batisteza), si recordaba haber dejado su puesto por alguna razón alrededor de dicho horario, éste respondió (fs. 178) que "cree que no, y que si lo dejó siempre tiene un ayudante que se queda en el puesto, salvo que sea una emergencia".

De la mencionada respuesta se desprenden varias conclusiones.

En primer lugar, el testigo únicamente dijo que *creía* haber estado en su puesto en el horario en que se diligenció la cédula cuestionada, pero no lo aseveró.

Por otro lado, quien se desempeña como ayudante del Sr. Batisteza, el Sr. José René Centeno, declaró (fs. 179) que su horario de trabajo es de 6 a 14 hs, quitando así todo sustento a la confusa referencia efectuada por el señor Batisteza en cuanto a que el horario del Sr. José Centeno es de "6 a 6 hs" (fs. 178). Por lo tanto, el Sr. Centeno mal podría haber suplantado al encargado alrededor de las 19 horas del 4/6/2008 en caso de haber sido ello necesario.

Por lo demás, no obra en autos elemento alguno que acredite que en el horario en que se diligenció la notificación impugnada efectivamente había una persona en el acceso del edificio sito en Avenida de Mayo 1316 que hubiera podido recibirla.

En consecuencia, la prueba producida ante el Tribunal resulta insuficiente para acreditar los extremos invocados por el actor, quien debía demostrar la alegada falsedad de las manifestaciones del oficial notificador. Dicha carga pesaba sobre el accionante por dos razones. En primer lugar, por imperio del art. 301 del CCAyT. En segundo lugar, porque al gozar los actos del notificador de presunción de regularidad y plena fe, incumbía al Sr. Lewinzon desvirtuar dicha presunción. Como señala Palacio, "por tratarse [el diligenciamiento de una cédula] de un acto ejecutado por un funcionario público en ejercicio de facultades legales, las manifestaciones consignadas por aquél tanto en el original de la cédula como en su copia equivalen a las mencionadas por el art. 993 del Cód. Civil en relación con los instrumentos públicos, de manera tal que,

hasta tanto no sea declarada su falsedad, hacen plena fe acerca de la existencia material de los hechos que el notificador afirma haber cumplido personalmente." (Palacio, Lino E.: *Derecho procesal civil,* LexisNexis-Abeledo-Perrot, 1999).

Por fin, el incumplimiento por parte del Sr. Lewinzon con la carga probatoria arriba referida impone tener por cierto el contenido del acta labrada por el oficial notificador al diligenciar la cédula de fs. 126 y rechazar la redargución de falsedad intentada.

2.2. En cuanto al pretendido apartamiento de las previsiones de los arts. 123 y 124 del CCAyT, el argumento tampoco puede ser acogido.

El art. 123 del CCAyT establece que "[s]i la notificación se hiciere por cédula, el/la funcionario/a encargado/a de practicarla deja al interesado/a copia de la cedula haciendo constar con su firma, el día y la hora de la entrega. El original se agrega al expediente con nota de lo actuado, lugar, día y hora de la diligencia, suscripta por el/la notificador/a y el/la interesado/a, salvo que éste se negare o no pudiere firmar, de lo cual debe dejarse constancia".

El art. 124 del CCAyT dispone que "[c]uando el/la notificador/a no encuentre a quien va a notificar, debe entregar la cédula a otra persona de la casa, departamento u oficina, o al/la encargado/a del edificio, y proceder en la forma dispuesta en el artículo anterior. Si no pudiere entregarla, debe fijarla en la puerta de acceso correspondiente a esos lugares".

Como quedó establecido en el punto anterior, el Sr. Di Orio, al no ser atendido, fijó la cédula en la puerta de acceso del edificio. Al proceder de este modo el funcionario cumplió con el art. 124 del CCAyT y, a partir de ese momento, el accionante quedó notificado de la resolución del Tribunal que lo intimaba a presentar la boleta correspondiente al depósito de la queja.

En este punto, es irrelevante la cantidad de personas y vehículos que pudieran circular por la zona, pues el legislador no ha efectuado ninguna distinción en tal sentido.

Por último, el planteo del incidentista en cuanto a que según los términos del art. 124 del CCAyT el oficial debió fijar la cédula en la puerta del departamento y no del edificio (fs. 135), es insostenible. Si —como quedó demostrado en autos—, el 4/6/2008 a las 19 horas el Sr. Di Orio no fue atendido por ninguna persona, no podía exigírsele que de todos modos ingresara al edificio por su cuenta y subiera al piso 17.

3. Por lo expuesto, corresponde confirmar la decisión del Tribunal de fecha 16/7/2008 e imponer las costas a la parte vencida (art. 62, CCAyT). Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiero al voto fundado de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. Es consustancial al sistema de notificación oficial (del tribunal que dicta la resolución) a domicilio —esto es, al domicilio que quien litiga fija voluntariamente al efecto—, que él (quien fija domicilio para notificaciones) tome a su cargo ciertos deberes accesorios como el hecho de disponer de alguna persona que reciba al funcionario judicial notificador y, por supuesto, él también corre con ciertos riesgos correspondientes a esos deberes accesorios establecidos de hecho, por la propia naturaleza del acto. Entonces —como lo afirma el voto al cual me adhiero— no es el conocimiento real de la persona a notificar sobre la decisión del tribunal el hecho que fija el comienzo de los plazos derivados de esa comunicación, sino, antes bien, el cumplimiento de los procedimientos fijados por la ley para comunicar la decisión el que produce ese efecto. Los demás datos son insustanciales. Cuando la ley ha querido asegurar el conocimiento real de la decisión ha exigido otro método de comunicación, por ejemplo, la notificación personal, con constatación de identidad. Por lo demás, si ello es así, no basta verificar como posible o probable la carencia de conocimiento del notificado sobre la decisión notificada, según diversas conjeturas y eventualidades, pues el acta del notificador sólo caerá por falsa ideológicamente cuando se demuestre fehacientemente la infidelidad del funcionario en su relato. Finalmente, quien fija domicilio para notificaciones es el único que conoce los riesgos que soporta, según la situación de hecho propia, razón por la cual pesa sobre él la decisión de acompañar su litigio, en su caso, con alguna seguridad accesoria, como, por ejemplo, la procuración de la causa, mecanismo común en el ejercicio de la profesión de abogado.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* la nulidad de la notificación cuya constancia obra a fs. 126.

2º. *Revocar* la resolución de fs. 128/129.

3º. *Disponer* que el trámite de la queja continúe según su estado.

4º. *Imponer* las costas en el orden causado.

5º. *Mandar* que se registre y se notifique.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LXV

"DÁVILA 380 S.A. C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/CONFLICTO DE COMPETENCIA"

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Competencia del fuero penal, contravencional y de faltas.
AMPARO: Actividad preventiva. Venta de bebidas alcohólicas.

SUMARIOS:

1. Dado que el amparo en el que se suscita la contienda de competencia, se articuló con motivo de que la Prefectura Naval Argentina, por orden de la Fiscalía PCyF Nº 6, notificó a la accionante —en relación con un restaurante que explota— la prohibición de vender bebidas alcohólicas bajo apercibimiento de clausura, corresponde asignar la competencia al fuero Penal Contravencional y Faltas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Las previsiones de la nueva ley de amparo no son las que sirven para brindar respuesta al conflicto de competencia generado con motivo de la notificación al amparista de la prohibición de vender bebidas alcohólicas bajo apercibimiento de clausura, como postuló la jueza del fuero penal, contravencional y de faltas para declinar su intervención en autos, pues nada permite suponer que modificar la asignación de competencia atribuida por la normativa específica, a los fueros que integran la judicatura en la Ciudad, sea la finalidad perseguida por el art. 7º de la ley 2145. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. La regla según la cual corresponde al fuero CAyT el conocimiento de los amparos dirigidos contra autoridades públicas, debe ser —bien entendida— referida a las autoridades públicas en ejercicio de las funciones cuyo control judicial prevé la ley 189. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. No cabe interpretar que la ley 2145 concede la garantía de litigar ante el fuero CAyT, por el simple expediente de elegir la vía del amparo y nombrar una autoridad pública, incluso para lograr decisiones en materia contravencional, y aún cuando ellas vinieran a interferir con los procesos en curso ante ese fuero. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La pretensión que objeta notificaciones y apercibimientos que atribuye al accionar de un representante del ministerio público con competencia en lo penal contravencional y faltas, en el marco de lo que se describe como actividad preventiva en relación con las conductas tipificadas en el art. 104 del CC, da lugar a que el control en sede judicial corresponda según reglas aplicables (ley 7, art. 49), al fuero contravencional. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano)*

6. Corresponde atribuir la competencia en el amparo al Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas, si la actora aparentemente busca controvertir, restringir y/o acotar los alcances de las presuntas órdenes impartidas por una Fiscal a una de las agencias de prevención que presta su colaboración en materia de seguridad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (concretamen-

te, la Prefectura Naval Argentina), en el marco de varios procedimientos que se habrían desplegado con el propósito de prevenir la comisión de conductas contravencionales. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

7. Cuando por medio de la acción de amparo no se objeta algún procedimiento contravencional o de faltas concreto, en el cual el amparista se encuentre involucrado como presunto infractor, corresponde atribuir la competencia al fuero contencioso administrativo y tributario en función de lo establecido en los arts. 1° y 2°, CCAyT, y 7° de la ley 2145. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. De conformidad con el art. 7° de la ley 2145, cuando la acción de amparo se dirige contra autoridades públicas de la Ciudad, es competente para conocer el fuero contencioso administrativo y tributario de la ciudad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6405/09 - 23/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 18/12/2008 la Sra. Hilda Casais —en su carácter de representante legal de la empresa Dávila 380 S.A. que opera comercialmente los restaurantes Bahía Madero y Sorrento en el barrio de Puerto Madero— interpuso ante el fuero penal, contravencional y de faltas demanda de amparo contra el accionar de la Fiscalía Penal, Contravencional y de Faltas Nº 6 ya que, a su modo de ver, "ha puesto en marcha una campaña supuestamente preventora" (fs. 29) sin "causa ni motivo legitimo para sortear la labor de la autoridad preventora, y sobre todo, sin que haya ninguna conducta sospechosa ni factor imputativo de ninguna índole" contra su representada; fundado excluyentemente en la "relativa cercanía" de los restaurantes aludidos al centro de espectáculos llamado Luna Park (fs. 31).

Afirmó que en ese contexto y sin que se haya constatado ninguna infracción (fs. 33), la Prefectura Naval Argentina, por orden de la Fiscalía, le notificó "al negocio gastronómico Sorrento *la prohibición de vender bebidas alcohólicas*" (fs. 32) bajo apercibimiento de clausura (fs. 33); vulnerando "las garantías constitucionales del debido proceso, derecho de defensa, y sobre todo, al principio de inocencia y legalidad (conf. arts. 7º, 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1º, 8º, 21 y 28 del Pacto San José de Costa Rica; arts. 14, 17, 18, 19 y 43, C.N. y art. 14, CCBA).

2. La jueza en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 3 declaró su incompetencia para intervenir en el caso y atribuyó su conocimiento a la justicia en lo contencioso administrativo y tributario, por estimar que "la acción de amparo interpuesta está dirigida contra un acto de una autoridad pública" en los términos del art. 7º de la ley 2145 (fs. 37).

Tal decisión fue apelada por la actora (fs. 59/60) y el recurso denegado por la magistrada a fs. 57.

3. El fiscal a cargo de la Fiscalía en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2 propició la incompetencia del fuero sobre la base de la especialidad del juez penal, contravencional y de faltas en la materia bajo examen y la doctrina de este Tribunal arribada en la causa "Mercado Romero" (fs. 42/43).

4. El juez en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 8 se declaró incompetente y ordenó la remisión de las actuaciones a este Tribunal (fs. 65/66), por considerar que "el planteo de autos" involucra "la actuación concreta de un fiscal contravencional" y que, por razones de especialidad, corresponde su conocimiento a la justicia penal, contravencional y de faltas.

5. A fs. 71/73, el fiscal general opinó que resulta competente para entender en el caso el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 3, por estimar que "en el presente no se halla en juego una decisión emanada de una autoridad administrativa, sino la derivada del ejercicio de una función que sería propia de la Fiscal" (conf. art. 49 de la ley 7) y que, por tal razón, le concierne a ese juez, como autoridad del proceso contravencional, supervisar el alcance propio de la función de aquélla por su especial versación en la materia.

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. En atención a que el juez contencioso administrativo y tributario considera que el caso corresponde a la competencia penal, contravencional y de faltas y remite las actuaciones a este Tribunal sin haber reintegrado el expediente al juez que previno y con el que discrepa, correspondería devolver los autos a aquel magistrado para que ajuste el procedimiento a las reglas jurisprudenciales atinentes a las contiendas negativas de competencia.

No obstante, habida cuenta de la naturaleza de la acción intentada, que exige evitar mayores demoras, estimo que el Tribunal puede resolver la cuestión acerca de a qué juez corresponde conocer en este asunto y, a tal efecto, considero que en la causa debe entender el fuero contencioso administrativo y tributario por las razones que a continuación expreso.

2. La protección que se persigue en la demanda involucra directamente al ejercicio preventivo del poder de policía, materializado en la información

acerca de conductas prohibidas ordenada —mal o bien, eso deberá dilucidarse en el fondo— por la Fiscalía Penal, Contravencional y de Faltas Nº 6, sin que exista —de acuerdo a los antecedentes de autos— un proceso contravencional en trámite.

La cuestión traída a decisión del Tribunal posee notas análogas a las resueltas en los autos "Argañaraz, Mercedes Jesús y otros c/GCBA (Dirección General de Habilitaciones y Verificaciones) y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 1187/01, sentencia del 13/9/2001; "Silveira Urrutia, César y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 3373/04, resolución del 24/11/2004; y "Valle, Rubén y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 3839/05, resolución del 16/3/2005; entre otros.

En dichas decisiones el Tribunal consideró correcto atribuir la competencia al juez contencioso administrativo y tributario cuando la "pretensión de los amparistas 'no está relacionada con ningún procedimiento en particular (...) sus cuestionamientos no están dirigidos contra actos dispuestos por la autoridad administrativa que hayan derivado en la formación de algún expediente de faltas (...) sino que la petición está dirigida a obtener un pronunciamiento judicial que ordene a las demandadas abstenerse de seguir ejecutando supuestos actos ilegítimos en los lugares de trabajo de los actores'".

En el *sub lite* todo indica que resulta aplicable una vez más dicha doctrina, en la medida en que la actora requiere amparo del poder judicial frente a la actividad preventivo general desplegada por el Gobierno local, ejercida por la prefectura naval o la fiscalía contravencional que —según dice— "no tiene sostenimiento legal y que cumple una función verdaderamente intimidatoria, coercitiva y afectante del normal de una actividad comercial lícita" (explotación de los restaurantes Bahía Madero y Sorrento en el barrio Puerto Madero).

En efecto, del relato del escrito inicial se advierte que por medio de esta acción de amparo la actora no objeta algún procedimiento contravencional o de faltas *concreto*, en el cual ella se encuentre involucrada como presunta infractora, razón por la cual corresponde atribuir la competencia al fuero contencioso administrativo y tributario en función de lo establecido en los arts. 1º y 2º, CCAyT, y 7º de la ley 2145.

3. Si bien de manera reiterada he sostenido que, en casos de amparos que puedan ser presentados como dudosos en relación a la competencia, debe intervenir siempre el juez que previno (véase mi voto en "Silveira Urrutia, César y otros c/GCBA y otros s/amparo [art. 14, CCBA] s/conflicto de competencia", expte. n° 3373/04, sentencia del 24/11/2004, entre otros), las razones expresadas en el punto precedente justifican apartarme de ese criterio en el *sub examine.*

4. Por todo lo expuesto, voto por atribuir la competencia al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 8.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Tal como lo expresa el art. 7º de la ley 2415, "[c]uando la acción de amparo sea dirigida contra autoridades públicas de la Ciudad, será competente para conocer el fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad". El tenor del objeto del presente amparo queda subsumido dentro de la hipótesis prevista por la norma citada. Luego, corresponde la competencia del la Justicia Contencioso Administrativa y Tributaria. Así voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con el juez de trámite, mi colega Julio B. J. Maier, cuando señala que la presente contienda de competencia no ha sido trabada en debida forma. Por mi parte, estimo necesario el cumplimiento del recaudo omitido (devolución del expediente al juez que previno para que fije posición trabando, si insiste, la contienda). Sin embargo, esta postura según surge de la deliberación, representa un criterio de minoría. Por tanto me expediré sin otra dilación, en orden a dirimir cuál es el fuero ante el que debe quedar radicado este expediente.

2. Surge del relato que precede estos fundamentos, para lo que ahora importa, que la Prefectura Naval Argentina, por orden de la Fiscalía PCyF Nº 6, notificó a la accionante —en relación con un restaurante que explota— la prohibición de vender bebidas alcohólicas bajo apercibimiento de clausura. Ello, motivó la articulación de un amparo, en el que se suscita la contienda de competencia que nos convoca, y que denuncia el menoscabo de "las garantías constitucionales del debido proceso, derecho de defensa, y sobre todo, al principio de inocencia y legalidad (conf. arts. 7º, 8º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; arts. 1º, 8º, 21 y 28 del Pacto de San José de Costa Rica; arts. 14, 17, 18, 19, y 43 C.N. y art. 14, CCBA)".

3. En tal contexto, corresponde asignar la competencia al fuero Penal Contravencional y Faltas. Esa solución, impone aclarar que las previsiones de la nueva ley de amparo no son las que sirven para brindar respuesta al conflicto que nos ocupa, como postuló la jueza del fuero Penal, Contravencional y de Faltas para declinar su intervención en autos. En efecto, nada permite suponer que modificar la asignación de competencia atribuida por la normativa específica, a los fueros que integran la judicatura en la Ciudad, sea la finalidad perseguida por el art. 7º de la ley 2145. Por tanto, la regla según la cual corresponde al fuero CAyT el conocimiento de los amparos dirigidos contra autoridades públicas, debe ser —bien entendida— referida a las autoridades públicas en ejercicio de las funciones cuyo control judicial prevé la ley 189 (véase mi voto en "Mercado Romero, Heriberto Román c/GCBA s/amparo [art.14, CCBA] s/conflicto de competencia", expte. n° 5506/07 SAO, resolución del 25/10/2007). Al igual

que el Código Contencioso Administrativo y Tributario, la ley de amparo, optó por definir el ámbito de actuación del fuero CAyT con un criterio subjetivo. Derivar otras conclusiones a partir de esa elección carece de respaldo y, al mismo tiempo, tiene aptitud para generar interferencias entre los procesos que tramitan en los fueros que involucra esta contienda.

En efecto, el criterio hermenéutico propuesto, preserva al sistema de padecer, y en realidad auto generar, una desaconsejable situación, como la que se verificaría al interpretar que la ley 2145 concede la garantía de litigar ante el fuero CAyT, por el simple expediente de elegir la vía del amparo y nombrar una autoridad pública, incluso para lograr decisiones en materia contravencional, y aun cuando ellas vinieran a interferir con los procesos en curso ante ese fuero.

Por otra parte, también desbordaría los límites de una interpretación válida del art. 7º, aquella que asumiera que la mención de autoridades públicas formulada por la norma en cuestión, borra el deber de analizar si la pretensión articulada reúne las condiciones de hecho y de derecho establecidas por el legislador para habilitar la intervención judicial (art. 106, CCBA). Empero, será el juez competente a quien corresponda establecer esos extremos.

4. En el supuesto que nos ocupa, la pretensión esgrimida objeta notificaciones y apercibimientos que atribuye al accionar de un representante del Ministerio Público con competencia en lo penal contravencional y faltas, en el marco de lo que se describe como actividad preventiva en relación con las conductas tipificadas en el art. 104 del CC. Frente a esa circunstancia, conforme tengo dicho, el control en sede judicial correspondería según reglas aplicables (ley 7, art. 49), al fuero contravencional. Ello así, porque la actuación de los fiscales consiste en realizar actos preparatorios del proceso o formular peticiones e intervenir en el debate ante el juez que lo conduce. Naturalmente, si con ella pudieran generar alguna lesión de aquellas contra las que protege el art. 14 de la CCBA, nadie estaría en mejores condiciones que el juez contravencional competente en la investigación de las conductas reprochadas para expedirse en relación con la actuación del fiscal dentro del alcance propio de la función que a ese juez concierne como autoridad del proceso contravencional; y esto es lo que el derecho aplicable interpretado en su contexto y sin apartarse de su espíritu manda, sin que la vía del art. 14 citado sea necesariamente la más idónea, condición que dicho precepto pone como recaudo a la que instaura. Es la aplicación de estas reglas lo que impondría atribuir intervención al juez contravencional y no, en cambio, la posibilidad de calificar la actuación de los fiscales contravencionales como ejercicio de función materialmente jurisdiccional lo que aún en el marco de la CCBA, que ubica al Ministerio Público dentro del Poder Judicial, encuentro no puede ser sostenido (conf. mi voto *in re* "Sayago, Norma Gladys c/Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas Nº 10

y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 5585/07, sentencia del 13/2/2008).

5. Finalmente, el criterio expuesto —que implica que, como principio, las cuestiones relacionadas con la actividad de los fiscales en lo penal, contravencional y de faltas deben ser atendidas por los jueces de ese fuero— tiende también a evitar que planteos relacionados con los mismos asuntos sean atendidos por jueces diferentes. De esta manera, se evita el riesgo de sentencias que puedan resultar contradictorias, así como la multiplicación innecesaria de expedientes en el marco de la justicia de la Ciudad (conf. mi voto *in re* "Rodríguez, Federico Hernán c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. n° 6112/08, sentencia del 24/9/2008.

En consecuencia, por las razones dadas y de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general, voto por atribuir la competencia para intervenir en estas actuaciones al Juzgado en lo Penal, Contravencional y Faltas Nº 3.

Los jueces Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

Aunque el presente no constituye realmente un verdadero conflicto negativo de competencia entre dos jueces locales, porque la contienda no ha sido trabada debidamente por el juez en lo Contencioso, Administrativo y Tributario, lo cierto es que la disparidad de criterios asumida por quienes ya han intervenido en el caso y la seguridad de sus conclusiones en orden a su incompetencia hace previsible que, aun si se cumpliera con el trámite de rigor y se devolviera el sumario a la jueza en lo penal, contravencional y de faltas —para que insista o decline en su postura, como formalmente hubiera correspondido—, la discusión habrá de perdurar en el tiempo. En consecuencia, la naturaleza excepcional de la acción promovida (amparo) y la necesidad de evitar mayores dilaciones en su tramitación (al día de la fecha ya han transcurrido algunos meses desde que fue promovida) torna aconsejable resolver definitivamente la cuestión sometida al conocimiento del Tribunal más allá de los reparos que pudiera merecer el procedimiento omitido por el juez remitente.

Ahora bien, en sintonía con lo desarrollado por nuestro colega Luis F. Lozano, consideramos que corresponde atribuir la competencia para intervenir en este amparo al Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 3. La actora aparentemente busca controvertir, restringir y/o acotar los alcances de las presuntas órdenes impartidas por una Fiscal a una de las agencias de prevención que presta su colaboración en materia de seguridad en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (concretamente, la Prefectura Naval Argentina), en el marco de varios procedimientos que se habrían desplegado con el propósito de prevenir la comisión de conductas contravencionales (en particular, aquellas vinculadas con el suministro de bebidas alcohólicas a personas menores de edad, en horario nocturno, o durante la celebración de espectáculos masivos,

de carácter artístico y/o deportivo, arts. 60, 89 y 104, ley 1472). En tal contexto se advierte que la pretensión de la amparista, más allá del acierto o error de la vía elegida para su formulación, aparece directa y estrechamente relacionada con la determinación de las atribuciones que eventualmente podrían tener los integrantes del Ministerio Público Fiscal en la prevención de la comisión de contravenciones y con el significado que la señora Fiscal interviniente le habría otorgado a la voz "adyacencias" contenida en una de las normas cuya notificación habría ordenado (véase voto de la doctora Conde en autos "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Fernández, Ariel Ricardo s/infracción art. 104 ley 1472 —apelación—'", expte. nº 5424/07, sentencia del 21/12/2007). En las condiciones apuntadas, la razonabilidad o irrazonabilidad de la actividad desplegada por la Fiscal o, específicamente, de la interpretación legal que ella estaría sosteniendo sólo podría ser determinada, en cada procedimiento concreto, por el fuero con competencia en lo penal, contravencional y de faltas (art. 49, ley 7).

En efecto, el análisis sistemático del conjunto normativo vigente en esta Ciudad permite concluir que, al margen de que se haya optado por la vía del amparo para controvertir la actuación de la señora Fiscal de grado en el marco de uno o varios procedimientos de prevención, esa opción no desapodera a los magistrados legalmente facultados y capacitados para intervenir e interpretar la ley en esta clase de asuntos. Lo contrario podría conducir a consecuencias impredecibles y contradictorias.

Por lo expuesto, y sin que las consideraciones efectuadas importen opinión alguna con respecto a los planteos efectuados en la presentación que diera inicio a estas actuaciones, consideramos que el Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 3 resulta competente para conocer en este amparo.

Así lo votamos.

Por ello, oído lo dictaminado por el fiscal general, y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y Faltas Nº 3 para intervenir en este expediente.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique al señor fiscal general, se ponga en conocimiento del titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 8 y se remita el expediente al juzgado declarado competente.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LXVI

"METROVÍAS S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'METROVÍAS S.A. C/ENTE ÚNICO REGULADOR DE SERVICIOS PÚBLICOS DE LA CIUDAD DE BS. AS. S/OTROS REC. JUDICIALES C/RES. PERS. PÚBLICAS NO EST.'"

RECURSO DE QUEJA. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Sentencia equiparable a definitiva. Denegatoria del fuero federal. Derecho público local. Metrovías. Contrato de concesión. Poder de policía. COMPETENCIA: Fuero contencioso administrativo y tributario local. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

SUMARIOS:

1. Corresponde hacer lugar al recurso de queja si se cuestiona una sentencia equiparable a definitiva y se plantea adecuadamente un caso constitucional.

2. Las decisiones en materia de competencia, por regla, no son sentencias definitivas pero resultan equiparables a tales cuando media denegatoria del fuero federal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano).*

3. Los actos administrativos de la Administración Pública porteña deben ser cuestionados ante el Poder Judicial del mismo Estado local, máxime cuando se trata de una relación de derecho público local, como lo es el ejercicio del poder de policía. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

4. El Poder Judicial de la CABA tiene competencia para entender en las acciones judiciales que cuestionen actos dictados por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la CABA. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. En el recurso de inconstitucionalidad interpuesto no se ha demostrado que la decisión cuestionada relativa a la validez o invalidez del acto administrativo de carácter local verse sobre materia federal, remita a la aplicación de normas federales, o requiera, de modo principal interpretar el contrato de concesión y su cumplimiento. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Los poderes de la Nación y los de las entidades políticas locales con facultades propias de legislación y jurisdiccionales conviven sobre el mismo territorio, aun el de la Capital Federal, cuya Legislatura es la de la Ciudad y no el Congreso de la Nación, y prevalece el poder de la Nación cuando está previsto como privativo o cuando por razones de hecho, el ejercicio superpuesto es imposible. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Entre una multa retributiva, impuesta en sede local, y las sanciones disponibles para la autoridad nacional, destinadas a asegurar el funcionamiento

del servicio público conforme a las condiciones que habilitan su prestación, no se verifica la identidad exigida para tener por configurado un supuesto de doble sanción ilegítima, que pudiera dar sustento a la pretensión de aplicar la competencia federal. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. El argumento dirigido a equiparar a sentencia definitiva la denegatoria del fuero federal no es viable en el marco del recurso de inconstitucionalidad regulado en los arts. 27 a 32 de la ley 402, a diferencia de lo que ocurre a los efectos de la admisibilidad del recurso extraordinario federal. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. La equiparación a sentencia definitiva sólo se justifica cuando la decisión recurrida sustrae definitivamente la causa de la jurisdicción local, supuesto que no se cumple cuando la sentencia cuestionada declara que la justicia del fuero contencioso administrativo y tributario de la Ciudad es competente para entender en el proceso. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

10. La sentencia que resuelve un problema de competencia, ya por incidente, ya de oficio, cuando quien lo decide tiene facultad para ello, no es, en caso alguno o, cuando menos, por regla, una sentencia definitiva; y no lo es tampoco, cuando el problema de competencia consiste en el entrecruzamiento de dos jurisdicciones distintas, por ejemplo, la de los tribunales de la CABA frente a los tribunales nacionales, de una provincia frente a los de otra o de una provincia frente a tribunales nacionales o federales. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 6216/08 - 25/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Metrovías S.A. (en adelante, "Metrovías") interpuso recurso directo de apelación ante la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad (fs. 224/240 vta.) contra la resol. 20/EURSPCABA/07 emitida por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que le impuso una multa de $ 128.100 conforme a los arts. 2º, 3º, 20 y 22 de la ley 210; arts. 15 y 16 de la ley 757 y art. 47 de la ley 24.240 y le ordenó la publicación de la sanción a su costa en el diario de mayor circulación de la Ciudad.

La actora sostuvo que el acto administrativo impugnado era nulo de nulidad absoluta y manifiesta dado que adolecía de vicios esenciales en su

competencia, causa y procedimiento al tiempo que violaba el principio del "respeto de los propios actos" (fs. 224) y los principios correspondientes al derecho administrativo sancionador.

Si bien la accionante se presentó en los términos del art. 21 de la ley 210 —reguladora del Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—, planteó como cuestión de previo y especial pronunciamiento que se declarase la incompetencia del fuero contencioso administrativo de la Ciudad y se remitieran las actuaciones a la justicia federal en lo contencioso administrativo. Manifestó que el art. 23 del contrato de concesión prevé que aquél se encuentra sometido a la jurisdicción nacional y sujeto a la competencia de los tribunales del fuero nacional en lo Contencioso Administrativo Federal de la Capital Federal, con exclusión de otro fuero o jurisdicción.

Asimismo, Metrovías requirió la citación del Estado nacional ya que, sostuvo, es titular de una concesión nacional de carácter federal. También pidió que se suspendieran los efectos de la resol. 20/EURSPCABA/07 (conf. arts. 189 y ss. del CCAT) y que se intimara al Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad para que remitiera el expte. nº 495/EURSPCABA/05 en cuyo marco se dictara la resolución en crisis.

2. En lo que aquí interesa, la Sala I, por remisión a dos casos análogos ("Metrovías S.A. c/GCBA s/impugnación actos administrativos", expte. nº 1599/0 y "Mantelectric ICISA c/Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad Bs. As. s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.", RDC 2069), resolvió *i)* rechazar el planteo de incompetencia, *ii)* declarar, de oficio, la inconstitucionalidad del art. 22, inc. 5º, de la ley 210, *iii)* tener por habilitada la instancia judicial, *iv)* hacer saber a la actora que dentro del plazo de diez días podría ampliar los fundamentos y el ofrecimiento de prueba contenidos en su escrito de inicio, *v)* correr traslado a la demandada de la citación como tercero del Estado nacional, y *vi)* conceder la medida cautelar solicitada (fs. 249 y vta.).

3. Contra la resolución de la Cámara, la impugnante interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 241/247 vta.), cuyo traslado no fue contestado por el Ente Único Regulador de Servicios Públicos de la Ciudad (véase el relato efectuado por la Sala I a fs. 259).

4. El *a quo* (fs. 259/260) resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad. Los jueces señalaron que el pronunciamiento atacado no reunía la condición de definitivo ni equiparable. Resaltaron también que Metrovías no había demostrado la existencia de un gravamen irreparable.

5. Contra la decisión de fs. 259/260, la actora dedujo la queja que tramita en autos (fs. 266/276).

6. Requerido su dictamen, el fiscal general propuso el rechazo del recurso directo (fs. 279/285 vta.).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La cuestión debatida en autos es sustancialmente similar a la que fuera resuelta en "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", expte. nº 5428, sentencia del 9/4/2008, por lo que la solución que propicio es idéntica a la adoptada en el precedente indicado.

Por razones de brevedad me remito a los fundamentos que expusiera en los apartados 1 y 5 del expte. nº 5428, que son incorporados a esta causa mediante el agregado de copia de aquella decisión. Voto, pues, por rechazar la queja intentada.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

En el caso que menciona la señora jueza de trámite dije:

Adhiero al fundado voto de la jueza Alicia E. C. Ruiz, (especialmente los puntos 4 y 5 de sus fundamentos). Sin perjuicio de ello debo agregar que, a mi juicio, las decisiones de la Corte Suprema que amplían el significado de *sentencia definitiva* a decisiones interlocutorias iniciales de un procedimiento judicial, no son correlato de una interpretación correcta del art. 14 de la ley 48. En ese sentido, ya he expuesto múltiplemente que la sentencia que resuelve un problema de competencia, ya por incidente, ya de oficio, cuando quien lo decide tiene facultad para ello, no es, en caso alguno o, cuando menos, por regla, una sentencia definitiva. Y no lo es tampoco, cuando el problema de competencia consiste en el entrecruzamiento de dos jurisdicciones distintas, por ejemplo, la de los tribunales de la CABA frente a los tribunales nacionales, de una provincia frente a los de otra o de una provincia frente a tribunales nacionales o federales (véase mis votos en las causas "GCBA c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, resolución del 21/3/2001; "GCBA s/queja por recurso de apelación denegado en 'GCBA c/Empresa Nacional de Correos y Telégrafos [ENCOTESA] s/ejecución fiscal'", expte. n° 1892, sentencia del 12/2/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'GCBA c/Osvaldo Buzzetti S.A. s/otras causas donde la autoridad administrativa es actora'", expte. nº 2270, resolución del 11/6/2003; "GCBA c/Ledesma Miguel Ángel s/medida cautelar s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 2314, sentencia del 5/11/2003; "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Laguna, Guillermo Mario c/GCBA y otro s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]'", expte. n° 2330, 11/12/2003; "OS-

CBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Herrero, José Javier c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. n° 3195, resolución del 30/3/2005; expte. nº 4591/06 "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Rodas, María Antonia c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)'", a los que remito por razón de brevedad).

Tampoco se ha argumentado y, por ende, menos intentado probar, que la resolución impugnada le cause a la recurrente un perjuicio irreparable, esto es, imposible o insusceptible de ser subsanado con ulterioridad.

Si no se trata de una resolución con carácter de definitiva (sentencia que resuelve el conflicto planteado por la acción intentada), el recurso de inconstitucionalidad previsto por el art. 113, inc. 3º, CCBA y por el art. 27, LPTSJ (ley 402 Ciudad de Buenos Aires) resulta improcedente. Como consecuencia de lo expuesto, corresponde no hacer lugar a la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad.

Por lo demás, no se entiende cuál fue la razón para que el actor demandara ante la jurisdicción local —en su caso, ¿prórroga de competencia?—, si de entrada sostenía la competencia de los tribunales federales (¡una excepción a su propia acción!).

Lo repito ahora en relación con este caso, razón por la cual corresponde desestimar la queja.

Los jueces José O. Casás, Ana María Conde y Luis F. Lozano dijeron:

La cuestión planteada en autos resulta sustancialmente análoga a la resuelta por este Tribunal el día 9/4/2008 *in re*: "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'", expte. n° 5428/07.

En consecuencia, nos remitimos a los votos que emitiéramos en la sentencia citada, cuya copia será agregada por secretaría para integrar este pronunciamiento y, en lo pertinente, por los fundamentos allí expuestos votamos por admitir la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general, por mayoría

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir el recurso de queja* interpuesto por Metrovías S.A. y devolver el depósito de fs. 265.

2º. *Rechazar* el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por Metrovías S.A.

3º. *Agregar* a este expediente copia de la sentencia dictada por el Tribunal de fecha 9/4/2008, en los autos "Metrovías S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Metrovías S.A. c/GCBA y otros s/otros rec. judiciales c/res. pers. públicas no est.'" (expte. nº 5428/07).

4º. *Mandar* que se registre, se notifique con copia de la sentencia indicada en el punto anterior y, oportunamente, se remita a la Sala interviniente para que sea agregada a los autos principales.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LXVII

"ZURCHER, SILVIA ADELINA C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD:
Naturaleza. Requisitos. Control concentrado de constitucionalidad.

SUMARIOS:

1. La acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales y no puede confundirse el control concentrado y en abstracto de constitucionalidad, con el control difuso que, reconocido a todos los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que se valoran situaciones jurídicas individualizadas. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

Expte. n° 6296/08 - 25/3/2009

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. La señora Silvia Adelina Zurcher promueve "acción declarativa de inconstitucionalidad" contra el fallo de la Sala I del fuero Contencioso Administrativo y Tributario recaído en la causa "Zurcher, Silvia Adelina c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA", expte. nº 29.317/0 (copia agregada a fs. 21/22), que declaró desierto el recurso de apelación por ella interpuesto y, en sus propias

palabras, "confirmó mandar llevar adelante la ejecución" fiscal en su contra tramitada en la causa "GCBA c/Zurcher, Silvia Adelina s/ejecución fiscal", expte. nº 660.852/00.

La actora sostiene que la determinación de la tasa por Alumbrado, Barrido y Limpieza efectuada por el Gobierno de la Ciudad en su propiedad situada en la calle Dr. Pedro Ignacio Rivera Nº 3447 al 3449, devino "confiscatoria, irrazonable, ilegal e ilegítima" de acuerdo a lo establecido por los arts. 16, 17, 18, 28, 33 y cc de la C.N.

2. A fs. 34/35 el señor fiscal general emitió su dictamen y opinó que "la acción interpuesta resulta inadmisible, en la medida en que se pretende con ella promover la revisión de una situación estrictamente particular".

FUNDAMENTOS:

Los jueces Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier dijeron:

1. El actor está legitimado de acuerdo a lo dispuesto en el art. 18, inc. 1º, de la ley 402.

Sin embargo, la demanda presenta defectos insalvables que obstan a su admisión.

2. Desde sus primeros pronunciamientos, el Tribunal señaló que la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales y que no puede confundirse el control concentrado y en abstracto de constitucionalidad, con el control difuso que, reconocido a todos los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que se valoran situaciones jurídicas individualizadas (doctrina del fallo dictado *in re* "Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 56 y ss., y "Asociación de Médicos Municipales de la Ciudad de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 577/00, resolución del 30/11/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, t. II, pp. 426 y ss., entre otros).

Cabe agregar que la ley 402, al reglamentar la acción, no modificó el criterio doctrinario reseñado.

3. En el *sub examine*, de la simple lectura del escrito inicial se aprecia de manera clara —como lo señala el señor fiscal general en su dictamen— que lo que se pretende a través de la acción declarativa de inconstitucionalidad promovida consiste, excluyentemente, en procurar un pronunciamiento judicial individual que deje sin efecto el fallo de la Sala I CAyT que declaró desierto el

recurso de apelación interpuesto por la actora contra el fallo de primera instancia el cual, a su vez, había rechazado *in limine* el amparo por ella incoado por considerar que no era la vía idónea a fin de repeler la ejecución fiscal tramitada en el Juzgado Nº 6 del mismo fuero (véase escrito inicial y copia de la sentencia acompañada por la interesada a fs. 21/22).

Corrobora esta afirmación lo aludido por la actora al sostener, por ejemplo, "[q]ue, la sentencia de la Sala I, en expte. nº 29.317/0 del fuero CAyT de fecha 14/11/2008, resolvió declarar desierto el recurso de apelación por mi incoado, y ello me causa agravio irreparable" (fs. 23), toda vez que "no se conformó a derecho, ya que admitió no valorar la excepción de cosa juzgada formal y material" (fs. 23 vta.).

Como se advierte, la acción se introduce sobre la base de las circunstancias singulares que aquejan a la actora (en esta y otras causas judiciales y actuaciones administrativas que refiere y da cuenta la documental acompañada, fs. 1/20) pretendiendo resolver en este proceso su situación jurídica individual (pasada, actual y futura), lo que torna el asunto ajeno a la vía intentada, por lo que corresponde declarar inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad impetrada.

La jueza Ana María Conde dijo:

Me adhiero al voto de los jueces Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

La simple lectura de la presentación efectuada a fs. 23/24 vta. permite concluir que la señora Zurcher persigue un pronunciamiento que excede el marco de la acción prevista en el art. 113, CCBA.

La accionante no impugna la validez de ninguna de las reglas comprendidas en el art. 17 de la ley 402. Lo que ella cuestiona es el fallo dictado en el expte. nº 29.317/0 por la Sala I de la Cámara del fuero Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad en la causa "Zurcher, Silvia Adelina c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", que declaró desierto el recurso de apelación deducido contra la sentencia de primera instancia que había rechazado *in limine* la acción de amparo iniciada por la actora para repeler la ejecución fiscal que tramitaba en su contra.

La acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113, inc. 2º, CCBA), de competencia originaria y exclusiva del Tribunal, tiene por único objeto impugnar la validez constitucional de una norma de carácter general emanada de las autoridades locales y provoca, si se acoge la pretensión, la pérdida de vigencia de la norma cuestionada.

El control abstracto de inconstitucionalidad no está destinado a obtener un pronunciamiento judicial respecto de situaciones jurídicas particularizadas (conf. "Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, 1999, pp. 56 y ss.), y menos aún a poner en crisis la decisión de un juez o tribunal en un caso concreto.

Por ello, voto por declarar inadmisible la demanda interpuesta.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al voto del señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano.

2. Del escrito de inicio obrante a fs. 23/24 vta. surge con nitidez que la accionante, en su presentación ante el Tribunal, no cuestiona en abstracto la validez constitucional de disposiciones normativas de carácter general emanadas de las autoridades de la Ciudad (arts. 113, inc. 2°, CCBA y 17, ley 402), sino una decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, recaída en el expediente caratulado "GCBA c/Zurcher, Silvia Adelina s/ejecución fiscal".

Todo hace pensar que se trata de una confusión respecto de las vías de impugnación previstas en la ley 402, texto legal que prevé al *recurso de inconstitucionalidad* (que se interpone ante la Cámara) y a la respectiva *queja* en caso de denegatoria de aquél (que se deduce ante este Estrado) como herramientas idóneas para objetar ante el Tribunal —por la vía del control difuso— las sentencias dictadas por las instancias de mérito de la justicia local, si se cumplen todos los recaudos contemplados en los arts. 113, inc. 3º, de la Constitución de la Ciudad y 27 y ss. de la ley citada.

Por las consideraciones expuestas corresponde declarar inadmisible la presente acción declarativa de inconstitucionalidad.

Así lo voto.

Por ello, y concordantemente con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada por la Sra. Silvia Adelina Zurcher a fs. 23/24.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LXVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MONTIEL, SERGIO LEONARDO S/INF. ART. 189 BIS, C.P.'"

RECURSO DE QUEJA: Desistimiento.

Expte. n° 6179/08 - 25/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor fiscal ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo penal, contravencional y de faltas interpuso un recurso de queja (fs. 33/49) contra la decisión de la Sala I (fs. 28/31) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad que, a su turno, había deducido contra la resolución de la misma Sala (fs. 1/10) que revocó la sentencia condenatoria de primera instancia oportunamente recurrida por el encartado y lo absolvió en orden al delito de portación ilegítima de arma de fuego de uso civil (art. 189 bis, C.P.).

Resumidamente el interesado sostiene que la sentencia de la Cámara resulta arbitraria por ser violatoria del debido proceso, defensa en juicio y del principio acusatorio.

2. La jueza instructora, como primera disposición de trámite, solicitó al interesado la presentación de copias de ciertas piezas procesales para darle autosuficiencia a la queja y —una vez cumplido lo anterior o vencido el plazo para hacerlo— dispuso, en el mismo auto, correrle vista al fiscal general de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires "para que exprese si mantiene o no el recurso interpuesto (art. 29, incs. 1º y 3º, ley 1903) y, en su caso, dictamine sobre los planteos articulados en la queja (art. 29, inc. 1º, ley 1903)" (fs. 51).

3. El señor fiscal general adjunto, por los fundamentos expuestos en su dictamen (fs. 99/100), desistió del recurso articulado por el señor fiscal ante la Cámara, pues opinó que el recurso de inconstitucionalidad —que esta queja defiende— no planteó caso constitucional alguno y "sus argumentos resultan meras discrepancias con cuestiones de hecho y prueba e interpretación de normas de derecho procesal común".

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

En atención a lo previsto en el art. 29, inc. 3º de la ley 1903, el fiscal general y los fiscales generales adjuntos que lo reemplazan o lo sustituyen (art. 31, inc. 1º y 2º, ley 1903) pueden "[d]esistir de los recursos interpuestos por los o las fiscales ante las Cámaras de Apelaciones mediante resolución fundada". En consecuencia, frente a los argumentos desarrollados por el Dr. Cevasco en su dictamen, corresponde tener por desistida la queja obrante a fs. 33/49.

Así lo voto.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier y José O. Casás dijeron:

Adherimos al voto de la señora jueza de trámite, doctora Ana María Conde.

Por ello, oído lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener por desistido* el recurso de queja agregado a fs. 33/49.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier y José O. Casás.*

LXIX

"MARTÍNEZ PERIA, FRANCISCO JORGE S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MARTÍNEZ PERIA, FRANCISCO JORGE C/CASSABA S/IMPUGNACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO DE QUEJA: Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. CASSABA: Cuestión abstracta. Costas.

SUMARIOS:

1. Corresponde desestimar el recurso de queja, en atención a que con la sanción de la ley 2811, las cuestiones planteadas por el actor en su demanda

han perdido actualidad, más aún cuando el mismo interesado expresamente manifestó su desinterés en el recurso basado exclusivamente en la entrada en vigencia de la citada ley. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces, Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. Como consecuencia de la sanción de la ley 2811, derogatoria de aquella que fundó CASSABA, ha quedado sin sentido la decisión sobre la impugnación de inconstitucionalidad de la ley 1181 —y su reglamentación— desde que no está más vigente con motivo de la derogación expresa por otra ley parlamentaria posterior. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. El Tribunal carece de competencia para pronunciarse en relación al planteo de reintegro de aportes oportunamente formulado por el actor, en tanto la ley 2811 contiene disposiciones al respecto, y su constitucionalidad no ha sido puesta en tela de juicio ni integró el debate producido en la causa. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. Respecto de las costas impuestas al actor en el recurso directo y al denegarse el recurso de inconstitucionalidad, en tanto la pérdida de vigencia de la ley 1181 y su reglamentación por la entrada en vigor de la ley 2811 determina que las pretensiones de la demanda no puedan ya ser consideradas por el Tribunal, ello impide que se revise aquel aspecto accesorio de la contienda sin relación alguna con la tacha de inconstitucionalidad y debido a la actividad de otro tribunal, soberano para el tema y el caso. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. Con relación a la imposición de las costas del recurso judicial directo y del recurso de inconstitucionalidad, se debe considerar que la derogación de la ley que deja sin actualidad una pretensión y/o agravio no significa consagrar al recurrente como vencedor del litigio judicial, máxime cuando la jurisprudencia del Tribunal —conformada por mayoría— resulta contraria a las pretensiones del recurrente. *(Voto de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

6. La imposición de costas resuelta por la Cámara constituye una cuestión procesal, por su naturaleza ajena en principio, al recurso extraordinario local y propia de los jueces de mérito *(Votos de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Las manifestaciones vertidas en el recurso de queja demuestran que el actor mantiene interés en el recurso planteado aun ante la vigencia de la ley 2811, por lo que la cuestión de autos no se ha tornado abstracta, y en consecuencia corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad en virtud de los fundamentos expresados en el precedente “Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otro s/amparo (art. 14, CCBA s/recurso de inconstitucionalidad

concedido" (expte. nº 4911/06, resolución del 18/4/2007). *(Voto en disidencia de la señora Jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6090/08 - 25/3/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Francisco Jorge Martínez Peria interpuso recurso judicial directo en los términos del art. 96 y ss. de la ley 1181 contra la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CASSABA), con el objeto de que se revocase la resolución del Directorio de CASSABA Nº 061-D-05 de fecha 24/3/2006 que rechazó el recurso de reconsideración que presentara contra la resolución CASSABA Nº 063-D-05, en tanto denegó su solicitud de que: *a)* se certificase que se encontraba exceptuado del régimen instaurado por el art. 5º de la ley 1181; *b)* se informase a los juzgados y a las respectivas entidades bancarias que se hallaba exceptuado de realizar los aportes previstos en el art. 62, inc. 1º y 72; y *c)* se le reintegrase todas las sumas de dinero que hubieran sido ingresadas por él a CASSABA, desde el comienzo del régimen de la ley 1181; solicitó, también, que se declarase la inconstitucionalidad y nulidad de la resolución 004-A-05.

2. La Sala l de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, previo traslado a CASSABA (el que fue contestado a fs. 9/22), resolvió "...*1)* Rechazar el recurso judicial interpuesto por la parte actora y, en consecuencia se confirme la resolución impugnada; *2)* Costas a la parte vencida (art. 62 CCAyT)..." (fs. 23/29).

3. Contra dicha decisión, el actor interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 30/41), el que —luego de la presentación efectuada por CASSABA a fs. 138/159 de los autos principales— fue denegado por la alzada, con costas al recurrente (fs. 42/43 vta.).

4. Frente a tal denegatoria, el actor articuló esta queja. En ella puntualizó que con la sanción de la ley 2811 "...la discusión mantenida entre el suscripto y CASSABA ha sido zanjada, antes de la finalización de este litigio (...) ya que no deberemos hacer más ningún tipo de aporte a CASSABA y en todo caso ésta nos deberá devolver los indebidamente realizados...". Sin embargo, solicitó que se concediese el recurso de inconstitucionalidad interpuesto y se aplicase las costas de todas las instancias a CASSABA (fs. 46/58 vta.).

Respecto del depósito ingresado de acuerdo a lo previsto en el art. 34 de la ley 402, la parte actora requirió la devolución del cincuenta por ciento (50 %) de lo abonado, por considerar que —una correcta interpretación del segundo párrafo del art. 34 de la ley 402 y de los arts. 8º, inc. "f"; 13, segundo párrafo y 3º, inc. "b" de la ley 327— llevaría a efectuar tal reducción (fs. 62). Petición que fue diferida para su consideración junto con la queja (fs. 64).

5. El señor fiscal general adjunto, en su dictamen, propició el rechazo de la demanda incoada por haber devenido abstracta la cuestión allí planteada (fs. 71/72 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. Maier dijo:

1. En atención a los términos de la ley 2811, derogatoria de aquella que fundó CASSABA, las cuestiones planteadas por el actor en su demanda han perdido actualidad —tal como lo señala el fiscal general adjunto—. En este sentido, el CCAyT establece que "La sentencia puede hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la substanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos" (art. 145, último párrafo), más aún, cuando, como sucede en el caso, fue el propio actor quien expresamente manifestó que "...la discusión mantenida entre el suscripto y CASSABA ha sido zanjada, antes de la finalización de este litigio...". Dicho de manera más simple: lo que ha quedado sin sentido es la decisión sobre la impugnación de inconstitucionalidad de una ley —y su reglamentación— que ya no está más vigente, por derogación expresa efectuada por otra ley parlamentaria posterior.

2. Ahora bien, en relación al planteo de reintegro de aportes ingresados oportunamente formulado por el actor, en tanto la ley 2811 contiene disposiciones al respecto —cuya constitucionalidad no fue puesta en tela de juicio y, además, no integró el debate producido en la causa— nada debe decidirse, pues por fuera del examen de constitucionalidad abierto por la demanda y referido sólo a la ley derogada, hoy sin sentido, el Tribunal carece de competencia.

3. Respecto de las costas impuestas al actor en el recurso directo (fs. 23/29) y al denegarse el recurso de inconstitucionalidad (fs. 42/43 vta.), en tanto la pérdida de vigencia de la ley 1181 y su reglamentación (resolución 004-A-05) por la entrada en vigor de la ley 2811 determina que las pretensiones de la demanda no puedan ya ser consideradas por el Tribunal (certificado de encontrarse exceptuado del régimen previsto en la ley 1811, reintegro de aportes ingresados, informe a juzgados y entidades bancarias y declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la reglamentación), ello impide que se revise aquel aspecto

accesorio de la contienda, sin relación alguna con la tacha de inconstitucionalidad y debido a la actividad de otro tribunal, soberano para el tema y el caso.

Por lo demás, la derogación de la ley no permite desconocer que el Tribunal, por mayoría, sostuvo en reiterados pronunciamientos (a partir del fallo "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4911/06, sentencia del 18/4/2007) la constitucionalidad de la ley y su reglamentación, cuestionadas en este proceso.

4. Por las consideraciones expuestas, entiendo que corresponde desestimar la queja intentada por el actor.

En cuanto al planteo del recurrente sobre la devolución del cincuenta por ciento (50 %) de lo ingresado en concepto de depósito previo, para acceder al recurso, corresponde señalar que el art. 34 de la ley 402 establece, por un lado, una suma fija y única en tal concepto ($ 1.000), y, por otro, señala las exenciones mediante la remisión a los supuestos previstos por la ley 327. Si bien esta ley establece supuestos de tasa de justicia reducida, la ley 402 no reguló la merma —en igual proporción— del depósito de la queja. Al no encontrarse alcanzado el actor por las exenciones establecidas en la ley 327, único supuesto que permitiría liberarlo de abonar la suma correspondiente al depósito de la queja interpuesta, voto por que se rechace el pedido de reintegro del cincuenta por ciento (50 %) formulado por él, y por darle por perdido el depósito. Por lo demás, parece correcto valorativamente decidir así: la tasa reducida tiene fundamento en la prestación reducida del servicio de justicia (una instancia de mérito en lugar de varias), pero el recurso intentado —extraordinario— es idéntico en todos los casos y sólo para él está previsto el depósito sobre el cual versa el cuestionamiento.

Los jueces Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

1. Coincidimos con lo expresado por el juez Julio B. J. Maier en su voto en cuanto a que el objeto principal del recurso se ha tornado abstracto por efecto del dictado de la ley 2811, derogatoria del sistema previsional cuestionado por los actores. De este modo, los planteos y agravios que sustentan el recurso ante el Tribunal han perdido actualidad, debiendo plantearse la restitución de los fondos por la vía y forma correspondiente.

2. Con relación a la imposición de las costas del recurso judicial directo y del recurso de inconstitucionalidad, de las que se agravia expresamente en los recursos de inconstitucionalidad y queja (véanse 40 vta./41 y 56), debemos señalar que la derogación de la ley que deja sin actualidad una pretensión y/o agravio no significa consagrar al recurrente como vencedor del litigio judicial,

máxime cuando, como aquí ocurre, la jurisprudencia del Tribunal —conformada por mayoría— resultaba contraria a las pretensiones del recurrente (conf. "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo" s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 4911/06, sentencia del 18/4/2007).

Por otra parte, la imposición de costas resuelta por la Cámara constituye una cuestión procesal, por su naturaleza ajena —en principio— al recurso extraordinario local y propia de los jueces de mérito.

En conclusión, si bien el agravio relativo a las costas fue desarrollado autónomamente en los recursos en análisis, y reviste actualidad, el recurrente no ha logrado demostrar la existencia de un genuino caso constitucional que justifique su tratamiento.

3. Por todo ello, corresponde desestimar el recurso de queja interpuesto.

En cuanto al pedido del recurrente de la restitución parcial del depósito nos adherimos al punto 4 del voto del juez Julio B. J. Maier.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso directo de fs. 46/58 vta. cumple con los correspondientes requisitos de tiempo y forma y realiza una crítica suficiente al auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

2. En la queja, el recurrente manifiesta que "el 24 de julio de 2008 fue sancionada por la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires la ley 2811 (…). Dicha norma representa la culminación de la lucha llevada adelante por la gran mayoría de los abogados de la Ciudad de Buenos Aires, los que, en dos ocasiones, llevaron a la conducción de su Colegio, mediante elecciones libres, a la lista que propugnaba la declaración de inconstitucionalidad de la ley 1181 y la disolución de CASSABA y que, más aún, llevaron a la conducción de la Caja referida, mediante el mismo método democrático, a la lista que también impulsaba la disolución y liquidación de ese organismo previsional". Asimismo, sostiene que "no puede haber duda alguna respecto de que las razones invocadas para proceder a la disolución y liquidación de CASSABA fueron coincidentes con la mayor parte de los argumentos desplegados por el suscripto en estas actuaciones", y que "la discusión mantenida entre el suscripto y CASSABA ha sido zanjada, antes de la finalización de este litigio, por la voluntad mayoritaria de los abogados de la Capital Federal y por los poderes Legislativo y Ejecutivo de la Ciudad de Buenos Aires". Más adelante, expresa que "no puede haber mejor fundamentación a los agravios constitucionales vertidos por el suscripto que la derogación no ya de las resoluciones de CASSABA impugnadas, sino de la propia ley en que aquellas supuestamente se basaban". Por lo que concluye su presentación solicitando que "se conceda el recurso de inconstitucionalidad interpuesto oportunamente, se acoja favorablemente el mismo, y en consecuencia se apliquen las costas de todas las instancias a CASSABA" (fs. 57/58).

Las manifestaciones reseñadas en el apartado precedente demuestran que el presentante mantiene interés en el recurso planteado aun ante la vigencia de la ley 2811.

2. Como puede advertirse, la cuestión de autos no se ha tornado abstracta y por tanto habré de expedirme en relación con el recurso de inconstitucionalidad.

En lo que resulta relevante, el debate en estos autos es sustancialmente similar al que tuvo lugar en el precedente "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido" (expte. nº 4911/06, resolución del 18/4/2007). Por razones de brevedad me remito a los fundamentos que expuse en aquella oportunidad, y que surgen de la copia de la sentencia que se adjunta.

En consecuencia, voto por admitir el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el abogado Francisco Jorge Martínez Peria a fs. 30/41, y revocar la sentencia de la Sala I de la Cámara CAyT, con costas a la vencida.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Las pretensiones del actor consistieron, conforme lo entendieron los jueces de la causa y no ha sido controvertido por el Sr. Martínez Peria, en que: *i)* se le otorgue un certificado donde conste que en virtud de lo dispuesto en el art. 5º de la ley 1181 se encuentra exceptuado del régimen instaurado por esa ley; *ii)* se le imponga a CASSABA el deber de informar "a los juzgados" y a al Banco de la Ciudad de Buenos Aires —sucursal tribunales— y al Banco de la Nación —también sucursal tribunales— que los abogados que están exceptuados del régimen previsional organizado por la ley 1181 no deben realizar los aportes previstos en el arts. 62, inc. 1º, y 72 de esa ley; y, finalmente, *iii)* se le reintegren todas las sumas de dinero ingresadas a CASSABA (conf. fs. 23). Más allá de que difícilmente podría entenderse que alguna de las pretensiones descriptas constituyen una causa en los términos de los arts. 106 y 113, inc. 3º, de la CCBA, coincido con el Dr. Maier en que con el dictado de la ley 2811, esto es, aquella que derogó "...la ley 1181 y sus normas reglamentarias y/o complementarias" (conf. su art. 17), las mencionadas peticiones devinieron abstractas. Las pretensiones señaladas en los puntos i) y ii) han perdido actualidad por lo dispuesto, entre otras, en la norma transcripta y, con relación a la pretensión restante, esto es, el pedido de reintegro de las sumas ingresadas a CASSABA, cabe señalar que la ley 2811 prevé, tal como apunta el Dr. Maier en su voto, normas específicas dirigidas a regular lo concerniente a los fondos aportados a CASSABA (véanse arts. 13 y 14), por lo que también esa última pretensión ha perdido actualidad, por lo menos en la forma en que fue formulada: como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad de la resol. 004-A-05.

2. Finalmente, coincido con el Dr. Maier en que tampoco puede prosperar la pretensión de que se revoque la decisión del *a quo* de imponerle a la parte actora las costas del recurso directo ante la Cámara y del recurso de inconstitucionalidad denegado. La forma en que son impuestas las costas en las instancias de mérito es una cuestión, por regla, privativa de los jueces de la causa; regla a la que no corresponde hacer excepción en el *sub examine*. Máxime, cuando el recurrente, tal como señala la Dra. Conde, no ha invocado la existencia de un caso constitucional en torno a esas imposiciones.

Por lo expuesto voto por: *i)* declarar abstractas las pretensiones del actor; *ii)* revocar la sentencia de fs. 23/29; y *iii)* rechazar la pretensión de que se revoque la forma en que fueron impuestas las costas del recurso directo y del recurso de inconstitucionalidad.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Desestimar* la queja interpuesta por Francisco Jorge Martínez Peria.

2º. *Rechazar* el pedido de devolución del cincuenta por ciento (50 %) del depósito ingresado a fs. 61 formulado por el actor y dar por perdido el depósito de fs. 61.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con esta queja.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LXX

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'HUMBOLDT 1967 S.A. Y OTROS C/GCBA S/OTROS PROCESOS INCIDENTALES'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva. Medida cautelar. Gravedad institucional.

SUMARIOS:

1. Los recursos de inconstitucionalidad denegados por la Cámara y la queja que los sostiene se dirigen contra una decisión de carácter cautelar dictada

en el curso del proceso, circunstancia que determina la improcedencia formal el recurso, por ausencia de un presupuesto esencial para su admisibilidad, al cuestionar una decisión que no constituye sentencia definitiva y no se ha demostrado que corresponda equipararla a tal, toda vez que no se acredita que el pronunciamiento atacado, más allá de su acierto u error, genere en cabeza del apelante un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior. *(Voto del señor juez José O. Casás al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. Los agravios referidos a la no aplicación del art. 255 del C.F. (t.o. 2007), sólo fueron introducidos en oportunidad de la interposición del recurso de inconstitucionalidad, lo que impidió su consideración por la Alzada al tratar la apelación deducida contra las medidas cautelares decretadas, de manera que los planteos que se formulan en este sentido no pueden ser revisados por este Tribunal ya que se presenta como una reflexión tardía que sella de modo desfavorable para el recurrente la suerte de la queja. *(Voto del señor juez José O. Casás al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. No basta para habilitar la queja por recurso denegado la afirmación genérica de que la cuestión constitucional es haber dejado de lado la ley que rige el caso generando con ello un perjuicio al fisco local, cuando las obligaciones tributarias se encuentran controvertidas sobre la base de planteos que, al menos ante la Cámara, resultaron aptos para acreditar la apariencia de buen derecho en cabeza de las actoras. *(Voto del señor juez José O. Casás al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

4. No es idóneo el planteo formulado en el recurso de inconstitucionalidad relativo a que la contracautela no es garantía suficiente para asegurar el cobro íntegro del crédito fiscal en un juicio que puede durar muchos años, con el riesgo de resultar exigua para cubrir la actualización de la deuda conforme a la normativa vigente, pues el carácter provisorio que tiñe la incidencia cautelar le permitirá al interesado, si fuera del caso y lo acreditase, exigir la mejora de la contracautela ante el juez de grado. *(Voto del señor juez José O. Casás al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz*).

5. Debe ser descartada la existencia gravedad institucional cuando se plantea como una invocación puramente genérica que sólo traduce la discrepancia del recurrente con la sentencia de Cámara, y no se acredita que lo decidido se proyecte más allá del interés individual de las partes en el juicio o incida de modo directo en la comunidad. *(Voto del señor juez José O. Casás al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6106/08 - 25/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Humboldt 1967 S.A. y Design Developer Group S.A. —en el marco de una acción meramente declarativa tendiente a que se establezca que no corresponde a su parte el pago de una deuda por diferencias en Contribuciones Alumbrado, Barrido y Limpieza, Territorial, Pavimentos y Aceras y ley 23.514 (en adelante ABL) y que se ordene a la Dirección General de Rentas (en adelante DGR) que desdoble la deuda y personalice su pago en quien era propietaria del inmueble a la fecha en que ella se originó, liberándolas de la deuda objeto de autos— solicitaron el dictado de una medida cautelar con el objeto de que se ordenase a la Dirección General de Fiscalización de Obras y Catastro de la Ciudad de Buenos Aires, "…que admita y registre el Plano de Mensura Particular y División por el Régimen de Propiedad Horizontal (ley 13.512) característica MH-1304-2006, sin que sea obstáculo para ello la existencia de la deuda antes mencionada…" (fs. 97/105).

La jueza de primera instancia hizo lugar a la medida en los términos en que fue requerida por considerar que, en ese estado larval del proceso y de cara a la documental aportada a la causa, las actoras *"…no resultarían propietarios del inmueble en cuestión en el período al que se imputan diferencias por modificaciones en el estado de empadronamiento, es decir 1°/1/1998 hasta el 31/12/1999…"* (lo resaltado pertenece al original). Entendió configurado, también, el peligro en la demora, *"…frente a los compromisos asumidos con terceros adquirentes de las unidades a subdividir por el régimen de propiedad horizontal, en cuanto la aprobación y registro de los planos resulta vital a fin de proceder a la posterior entrega de las escrituras traslativas de dominio…"* (fs. 1/3 vta.).

Con posterioridad al dictado de la cautela decretada, la parte actora solicitó su ampliación (fs. 106/108), la que fue concedida por la jueza de grado en los siguientes términos: "...ordenar a la Dirección General de Fiscalización de obras y Catastro de la Ciudad de Buenos Aires la admisión y registración del plano de mensura particular y división por el régimen de propiedad horizontal, característica MH-984-2007, respecto del inmueble sito en la calle Humboldt 1945, 1947, 1957 de esta ciudad, matrícula F.R.E. 15989, parcela 1 "o", manzana 57, sección 35, circunscripción 17, partida nº 417223/05, sin que sea obstáculo para ello la existencia de deuda del inmueble en cuestión…" (fs. 18 y vta.).

2. Frente a tales decisiones el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA), planteó sendos recursos de apelación (fs. 19/25 vta. contra la medida originaria y fs. 4/11 contra la ampliación de ella).

Adujo, en este sentido, que las sentencias: *a)* consideraron cumplidos los requisitos de verosimilitud del derecho y peligro en la demora, cuando no lo estaban, pues el escribano tenía la obligación de retener la deuda que pesaba sobre el inmueble y cabía la posibilidad de repetir las sumas que se hubieran abonado, desde que la falta de registro de la subdivisión no impedía el otorgamiento de las escrituras de compraventa; *b)* le ordenaron una conducta activa que, una vez cumplida, tendría consecuencias imposibles de revertir frente a terceros; *c)* dispusieron una medida que es excesiva y que compromete potestades constitucionales del Gobierno de la Ciudad, al omitir tener en consideración que su parte posee facultades para determinar las condiciones exigidas para la modificación de los registros, más aún cuando lo que se pretende es dejar sin efecto una partida matriz (la que dejará de tener vigencia) y conformar partidas en propiedad horizontal; *d)* soslayaron el interés público involucrado y el carácter excepcional de este tipo de medidas; y *e)* comprometieron el desenvolvimiento de actividades esenciales del GCBA, entorpeciendo la recaudación tributaria y alterando, con ello, la eficacia en la gestión del GCBA.

3. La Sala ll de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario —previo traslado de las apelaciones articuladas por el GCBA (que fueron contestados por la parte actora a fs. 26/31 y fs. 19/25 vta.)— decidió confirmar tanto la medida cautelar otorgada en primer término por la jueza de grado, como su ampliación (fs. 33/34 vta. y fs. 48 y vta., respectivamente).

En el pronunciamiento de fecha 7/2/2008, la Alzada afirmó que "...dado que los adquirentes no han asumido en modo alguno la deuda existente (es más, habrían incluso negado que se encontrara a su cargo a partir de la escritura traslativa de dominio, parecería que el derecho invocado cuenta con la verosimilitud suficiente como para acceder a la cautela solicitada...". En relación al peligro en la demora, agregó que "...debe señalarse que las obligaciones que habría contraído una de las actuales propietarias con terceros de buena fe —de las cuales podrían derivarse perjuicios en caso de producirse un incumplimiento derivado de la postura de la Administración bastan, dada la entidad de la verosimilitud esgrimida en los acápites precedentes, para tenerlo por acreditado..." (fs. 34). Respecto de la ampliación de la medida cautelar de fecha 14 de marzo de 2008, expresó que "...toda vez que la presente ampliación obedece a la necesidad de registrar los planos correspondientes a una de las parcelas (...) distinta de la comprendida por la cautelar confirmada (...), la situación que se presenta resulta similar a la ya resuelta, y habida cuenta de que los agravios expuestos por el apelante resultan idénticos a los ya tratados, corresponde confirmar —con los mismos argumentos que ya fueran expuestos— lo actuado en la instancia de grado..." (fs. 48 vta.).

4. Ante ello, el GCBA dedujo sendos recursos de inconstitucionalidad (fs. 35/46 y fs. 49/66).

Sostuvo que se trataba de sentencias: *a)* equiparables a definitiva, en tanto confirmaban la obligación impuesta a su parte de que observase una conducta activa, cuyos efectos —una vez cumplidas— tendrían consecuencias imposibles de revertir; *b)* desprovistas de todo apoyo legal; *c)* que se apartaban del debido proceso y vulneraban garantías constitucionales (principio de legalidad, de división de poderes), cuya inviolabilidad estaba asegurada por disposiciones expresas de la Constitución Nacional; lo que las tornaba arbitrarias; *d)* en las que no se debatían cuestiones de hecho y prueba, sino de derecho, relacionadas con los requisitos que deben cumplimentarse para la aprobación de planos de mensura particular y división por el régimen de propiedad horizontal comprendido en el art. 225 del C.F. (t.o. 2007 y similares de años anteriores) y sus alcances; *e)* que ponían en juego la vigencia del art. 225 del C.F. (t.o. 2007) al dejar de lado lo que su texto dispone, vulnerando el principio de legalidad; *f)* que ordenaban la inscripción de los planos de subdivisión haciendo caso omiso a la prescripción legal que impone el pago previo de las sumas devengadas por el tributo de ABL con relación a la partida matriz, en clara violación a la norma y sin una declaración previa de inconstitucionalidad; y *g)* arbitrarias, desde que soslayaban indefectiblemente la legislación aplicable, conculcando en forma manifiesta normas de rango constitucional y que se exceden en el alcance de la solución del pleito.

Agregó, en relación a la ampliación de la medida cautelar decretada, que ella excedía el objeto de la presente litis, pues mientras la acción declarativa tenía por objeto que se determinase quién resultaba responsable del pago de la diferencia de avalúo, la cautela dispuesta obligaba a su parte a inscribir planos de subdivisión a pesar de la existencia de deuda (fs. 56/57). Afirmó, en este sentido, que los pronunciamientos recurridos violaron —de este modo— el principio de congruencia.

5. Una vez contestados los traslados conferidos a la parte actora de los recursos de inconstitucionalidad articulados por el GCBA (fs. 67/74), la Cámara de Apelaciones, declaró inadmisibles ambos recursos (fs. 76/77).

Para así decidir, el *a quo* señaló que las sentencias recurridas (pronunciamientos referidos a medidas cautelares) —conforme doctrina que citó de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de este Tribunal— no constituían *sentencia definitiva*, ya que no ponían fin al pleito ni impedían su continuación y tampoco podían equipararse a ella. Puntualizó, en este sentido, que "...No surgen, de las constancias de autos o del recurso intentado, razones valederas

que justifiquen apartarse de la citada jurisprudencia, toda vez que no se advierte ni se demuestra la configuración de un perjuicio irreparable por la decisión final que se dicte en la causa...". En cuanto a la configuración de una cuestión constitucional, apuntó que "...los argumentos vertidos por la recurrente se limitaron a disentir con la interpretación que en el caso se efectuó de las normas legales de naturaleza infraconstitucional. A ello se agrega la invocación genérica de una supuesta arbitrariedad...". También señaló que "...de los términos de la sentencia cuestionada surge que los temas principales tratados en ella versaron sobre cuestiones fácticas y procesales, con fundamento en las disposiciones legales que rigen la materia y las constancias obrantes en la causa. La circunstancia de que el recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara sobre las reglas de derecho común no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria, ni tampoco pone de manifiesto la existencia de un caso constitucional...". En relación a la arbitrariedad alegada, y a la luz de precedentes de este Tribunal, concluyó que "...más allá de la circunstancia de que el recurrente discrepe con la solución adoptada, ella se presenta debidamente fundada y constituye un acto jurisdiccional válido...".

6. Contra esa decisión, el GCBA interpuso la presente queja (fs. 79/91).

Argumentó que se trataba de una sentencia definitiva, en tanto el decisorio concluía la cuestión planteada con relación a la medida cautelar innovativa —le ordenaba la inscripción de planos de subdivisión sin que sea obstáculo la deuda que registra el inmueble—, lesionando de manera irremediable el principio de legalidad (deja de aplicar el art. 225 del C.F., t.o. 2007, sin declaración previa de inconstitucionalidad), el de congruencia (excede el objeto de la pretensión principal) y el de división de poderes (es el Poder Legislativo quien tiene a su cargo legislar sobre las condiciones y requisitos para autorizar la inscripción del plano de mensura particular y división por el régimen de propiedad horizontal). Afirmó que las sentencias recurridas desnaturalizaban lisa y llanamente el contenido del "derecho al debido proceso" y, lejos de constituir una decisión fundada en ley, ostentaban serios defectos de fundamentación y razonamiento, lo que permitía descalificar sus conclusiones a tenor de la doctrina de la arbitrariedad de la sentencia. Acotó que el *a quo* omitió "...expedirse sobre el principio de 'gravedad institucional'".

7. Al dictaminar el señor fiscal general adjunto, propició rechazar la queja intentada por el GCBA por no constituir —los pronunciamientos objeto de impugnación— sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402, ni haberse demostrado que la medida cautelar dispuesta le causaba, por su magnitud y circunstancias de hecho, un gravamen irreparable (fs. 112/114 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Aunque interpuesta en tiempo oportuno y debida forma (art. 33, ley 402), la queja no puede tener acogida favorable.

2. Los recursos de inconstitucionalidad denegados por la Cámara y la queja que los sostiene ante este estrado se dirigen contra una decisión de carácter cautelar dictada en el curso del proceso.

La circunstancia apuntada determina la improcedencia formal del recurso, por ausencia de un presupuesto esencial para su admisibilidad, ya que ha sido interpuesto contra una decisión que no constituye una sentencia definitiva y no se ha demostrado que corresponda equipararla a tal, toda vez que no se acredita que el decisorio atacado —más allá de su acierto o error— genere en cabeza del apelante un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior (TSJ *in re*: "Agencia Marítima Silversea S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Agencia Marítima Silversea s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar—'", expte. nº 1516/02, resolución del 10/7/2002 (en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. IV, pp. 261 y ss.); "Covimet S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido" expte. n° 2570/03 y su acumulado "Covimet S.A. s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'Covimet S.A. c/GCBA s/medida cautelar'", expte. n° 2461/03, resolución del 17/12/2003; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Telefónica de Argentina S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Telefónica de Argentina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'" expte. n° 4614/06, resolución del 9/8/2006).

En el caso, el recurrente pretende sustentar el gravamen irreparable —que justifique equiparar la sentencia a *definitiva*—, en la no aplicación, por parte del *a quo*, del art. 225 del C.F. (t.o. 2007) que establece, como requisito previo a la admisión de los planos de mensura de reunión o división parcelaria o subdivisión conforme al régimen de la ley nacional 13.512, acreditar con la constancia que expida la Dirección General, no adeudar suma alguna en concepto de las contribuciones de ABL, Territorial, de Pavimentos y Aceras y adicional fijado por la ley nacional 23.514, respecto del inmueble sujeto a inscripción, hasta la fecha de su registración por el organismo competente. Hace derivar de esa omisión la violación a los principios de legalidad, división de poderes y debida defensa en juicio. Pretende sustentarlo, también, en que con ello se conculca el principio de congruencia. Pero lo que ocurre con tales agravios es que sólo fueron introducidos en oportunidad de la interposición del recurso de inconstitucionalidad. Nada se dijo con anterioridad respecto del art. 225 del

C.F. (t.o. 2007). Dicha circunstancia impidió su consideración por la alzada al tratar la apelación deducida contra las medidas cautelares decretadas en autos. De manera tal que los planteos que se formulan en este sentido no pueden ser revisados por este Tribunal, ya que se presentan como una reflexión tardía que sella —de manera desfavorable para el GCBA— la suerte de la queja que éste introdujo.

Tampoco ha acreditado en autos el quejoso cuáles serían, concretamente, las consecuencias imposibles de revertir, a que alude en los recursos de inconstitucionalidad articulados, de cumplirse las medidas dispuestas.

Desde otro ángulo, no basta tampoco para habilitar la queja por recurso denegado la afirmación genérica que efectúa el recurrente cuando señala que "...La cuestión constitucional es haber dejado de lado la ley que rige el caso generado con ello un perjuicio al Fisco local..." (fs. 86 vta.), cuando las obligaciones tributarias se encuentran controvertidas sobre la base de planteos que, al menos ante la Cámara, resultaron aptos para acreditar la apariencia de buen derecho en cabeza de las actoras (véase mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'Telecom Argentina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. n° 4272/05 y su acumulado "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Telecom Argentina S.A. c/GCBA s/impugnación de actos administrativos'", expte. n° 4550/06, resolución del 5/7/2006).

Tampoco resulta idóneo el planteo que introduce en el recurso de inconstitucionalidad relativo a que "...la contracautela fijada no resulta ser garantía suficiente para asegurar el cobro íntegro del crédito fiscal, toda vez que este juicio puede durar muchos años y se corre el riesgo de resultar exiguo para cubrir la actualización de la deuda conforme la normativa vigente..."; pues el carácter provisorio que tiñe la incidencia cautelar le permitirá, si fuera del caso y lo acreditase, exigir una mejora de la contracautela ante el juez de grado.

3. Por último, el GCBA no ha efectuado en el caso justificación alguna que avale la traslación del supuesto de gravedad institucional al ámbito del presente recurso de inconstitucionalidad, ni en el desarrollo de dicho agravio ha señalado de manera adecuada —tal como lo exige la doctrina de la Corte (conf. *Fallos,* 311:120)— de qué forma concreta la decisión del *a quo* comprometería principios institucionales básicos. Así entonces, la referencia a una supuesta gravedad institucional verificada en el caso es una invocación puramente genérica que sólo trasluce la discrepancia del recurrente con la sentencia de Cámara. Es que, debe descartarse la existencia de gravedad institucional si no se ha acreditado que lo decidido se proyecte más allá del interés individual de las partes en este juicio o incida de modo directo en la comunidad. Por otra parte, teniendo en cuenta el monto involucrado en el proceso, tampoco se ha logrado demostrar que

lo resuelto afecte la normal percepción de la renta pública con la consiguiente incidencia en la prestación de los servicios a cargo del Gobierno local.

Por las razones antecedentes, corresponde rechazar el presente recurso de queja.

Así lo voto.

Los jueces Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez José O. Casás.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero a la solución propuesta en su voto por el señor juez de trámite doctor José O. Casás. Así, entiendo que, aunque interpuesta en tiempo oportuno, la queja no puede tener acogida favorable, y propicio su rechazo por ausencia de un presupuesto esencial para su admisibilidad. En efecto, como ya lo ha señalado reiteradamente este Tribunal en los diversos pronunciamientos de que da cuenta el referido voto, las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares no constituyen, por regla general, sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley 402.

2. Es carga de quien recurre una decisión que no es definitiva invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal. Sin embargo, el recurrente no ha logrado acreditar que el decisorio atacado —más allá de su acierto o error— le genere un gravamen que le cause un perjuicio inminente de imposible reparación ulterior, excepción que permitiría equiparar la resolución a definitiva e incitar la intervención del Tribunal en este estado del proceso.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesta en legal tiempo, forma y dirige una crítica, si bien mínima, pero suficiente contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. No obstante, los fundamentos de la queja no logran conmover lo decidido por la instancia anterior.

2. En efecto, la sentencia cuestionada por vía del recurso de inconstitucionalidad, como muy bien expresa el juez de trámite a cuyos fundamentos me remito, no es una sentencia definitiva. Así las cosas, corresponde declarar admisible la queja y rechazar el recurso de inconstitucionalidad por inadmisible.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LXXI

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'ESTIGARRIBIA, FEDERICO MILCÍADES Y OTROS S/INFRACCIÓN. ART. 189 BIS PORTACIÓN DE ARMAS DE FUEGO DE USO CIVIL (P/L 2303)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva.
DEFENSOR OFICIAL: Exención de depósito. Beneficio de litigar sin gastos.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar la queja cuando el recurso de inconstitucionalidad que ella defiende no se dirige contra una sentencia definitiva, pues la decisión impugnada se limitó a confirmar la que rechazó la excepción de falta de acción y no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez José O. Casás al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz)*

2. La decisión que confirmó el rechazo de la excepción de falta de acción y no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad no puede ser equiparada a una sentencia definitiva, si no pone fin al pleito ni impide su prosecución, y los agravios invocados son susceptibles de encontrar remedio durante el proceso cuya continuación se pretende evitar, sin que se acredite la existencia de algún perjuicio de insuficiente o imposible reparación ulterior a partir de la mera realización del debate, lo que no basta a ese fin. *(Voto del señor juez José O. Casás al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. No corresponde exigir el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 en razón de presentar una serie de características que lo invalidan como tasa, y en véase dad constituye una penalidad por haber insistido en obtener del más alto Tribunal de la Ciudad un servicio cuya improcedencia le había sido indicada al recurrente por el tribunal *a quo*, siendo insuficiente a este respecto la existencia del beneficio de litigar sin gastos, porque el depósito constituye una traba aun para el que puede pagarlo, y la regla del art. 12 de la CCBA está

concebida para que el aparato de justicia de la Ciudad esté orientado a servir a quienes están sujetos a él. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. De acuerdo con una interpretación sistemática del art. 34, II, de la ley local 402 y art. 3°, inc. a, ley local 327 no corresponde intimar para que se acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja, relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado, dado que había sido interpuesto a favor de su pupilo por la defensa oficial, órgano del Ministerio Público según la propia CCBA. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véanse votos de las señoras juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde)*

5. Corresponde intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que el imputado no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (nº 327), ni se ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 6171/08 - 25/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA

1. El Defensor General de la Ciudad interpuso recurso de queja (fs. 39/51) contra la resolución de la Sala II de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas del 23/9/2008 (fs. 36/38) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad (fs. 27/34) intentado, a su vez, contra la decisión de la Cámara del 25/7/2008, que resolvió confirmar la resolución de primera instancia "en cuanto [...] rechaza la excepción de falta de acción impetrada por la defensa y no hace lugar al planteo de inconstitucionalidad realizado por la defensa respecto de la conducta que se le imputa a Estigarribia" (fs. 21/24).

2. En el recurso de inconstitucionalidad la defensa denuncia, básicamente, la afectación de la garantía de defensa en juicio por falta de fundamentación admisible. Asimismo, los agravios se fundan en que el fallo impugnado no atendió diversas cuestiones introducidas en el recurso de apelación, a saber: la excepción por manifiesta atipicidad de la conducta reprochada a su asistido y la inconstitucionalidad del art. 189 bis, inc. 2°, 1er. párr., C.P. A ello agregó que al postergar el tratamiento de la inconstitucionalidad introducida se configura, además, una violación al derecho a la jurisdicción consagrado en el art. 18, C.N. (fs. 32/34).

3. Los integrantes de la Sala II declararon inadmisible el recurso de inconstitucionalidad por no constituir la decisión atacada la sentencia definitiva del proceso, ni resultar equiparable a tal; y debido a que el recurrente no ha logrado demostrar la existencia de un caso constitucional, sino que se limitó a enunciar el desacuerdo con el contenido de la resolución de la alzada (fs. 36/38).

4. El fiscal general propició el rechazo de la queja pues la decisión atacada no es la definitiva ni resulta equiparable a ella; y porque descartó que se hubiera configurado un caso constitucional (fs. 55/56).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La presentación de la defensa del Sr. Estigarribia, interpuesta en término y conforme las exigencias formales del art. 33 de la ley 402, debe ser rechazada.

2. Tal como lo afirman los integrantes de la Sala II y el señor fiscal general adjunto en su dictamen, el recurso de inconstitucionalidad que la queja interpuesta a fs. 39/51 viene a defender no se dirige contra una *sentencia definitiva* (art. 27, ley 402), pues la decisión que pretende impugnar se limitó a confirmar la decisión que rechazó la excepción de falta de acción planteada por la defensa y no hizo lugar a un planteo de inconstitucionalidad por entender que amerita una amplia discusión y tratamiento en el ámbito natural del proceso constituido por la etapa de debate (fs. 21/24). Resulta aplicable, entonces, la constante jurisprudencia de este Tribunal que sostiene que, por regla, las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf., entre otros, "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Posta, Felipe y Berbegall, Rodolfo s/infracción ley 255 —apelación—'", expte. n° 3338/04, resolución del 1º/12/2004, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. VI-B, pp. 1201 y ss.).

3. Tampoco se han dado argumentos que autoricen a considerar que la decisión recurrida pueda ser *equiparada* a una *sentencia definitiva,* con fundamento en las garantías que se invocan.

En suma, la resolución impugnada no pone fin al pleito ni impide su prosecución y los agravios invocados son susceptibles de encontrar remedio durante el proceso cuya continuación se pretende evitar, sin que se acredite la existencia en el caso de algún perjuicio de insuficiente o imposible reparación ulterior a partir de la mera realización del debate, lo que no basta a ese fin. En cuando a las cargas y pretendidas consecuencias a las que se refiere la

defensa (fs. 42 vta.), implícitas en el sometimiento a proceso penal, no se ha demostrado que excedan de aquellas tolerables por el ordenamiento jurídico en un Estado de Derecho pues no se ha alegado la existencia en el caso de dilaciones o trastornos irrazonables. A todo evento, corresponde agregar que las pretendidas cuestiones constitucionales invocadas, eventualmente, podrán ser planteadas ante el Tribunal en ocasión del recurso de inconstitucionalidad que quepa deducir contra la sentencia que ponga fin al juicio, si persisten y se mantienen los agravios pertinentes.

En ese sentido, la queja no logra poner de resalto motivo alguno que permita apartarse de la constante jurisprudencia de este Tribunal, aplicable al caso (conf. este Tribunal *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Benítez, Sergio David s/art. 189 bis del C.P.'", expte. n° 4994/06, resolución del 23/5/2007; "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 5— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Erice, Fabián; Erice Ariel y otros s/inf. arts. 116 y 117 ley 1472'", expte. n° 5285/07, resolución del 12/9/2007, y "Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Cóceres, Alfredo Gabriel y otros s/inf. art. 116, CC, organizar y explotar juego sin autorización, habilitación o licencia —incidente de recusación—'", expte. n° 5507, resolución del 9/4/2008).

4. Por las consideraciones expuestas corresponde rechazar la queja e intimar al cumplimiento de la integración del depósito previsto en el art. 34, LPTSJ, dado que el imputado no se encuentra dentro de los sujetos exentos por la ley de tasa judicial (n° 327), ni ha acreditado haber obtenido o iniciado un beneficio de litigar sin gastos (conf. mis votos *in re*: "Empresa de Transporte Pedro de Mendoza C.I.S.A. —causa n° 459-CC/00— s/recurso de queja por recurso de inconstitucionalidad denegado", expte. n° 724/00, resolución del 14/2/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 16 y ss.; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Oniszczuk, Carlos Alberto y Marquez, Sandra Rosana s/ley 255 —apelación—'", expte. n° 2266, resolución del 16/7/2003, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. V, pp. 437 y ss.; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación—'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, doctor José O. Casás.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Adhiero a los puntos 1 a 3 del voto del juez de trámite, José O. Casás.

2. Por las razones que desarrollé al votar *in re* "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad en: 'Ronchetti, Leonardo s/art. 47, CC —apelación— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado'", expte. nº 3996/05, resolución del 14/9/2005, a las que remito en honor a la brevedad, no corresponde exigir el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto ante este tribunal dentro del plazo que fija el art. 33, ley 402, y contiene una descripción de los hechos principales de la causa, sin embargo no puede prosperar.

2. Las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen, en principio, sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf. "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Enríquez, Rafaela s/infracción art. 68, CC nulidad —apelación—'", expte. nº 3358/04, resolución del 23/2/2005 y sus múltiples citas). Por ese motivo, la defensa debía desarrollar en su escrito de queja argumentos sólidos que lograran demostrar que este caso constituye una excepción a la regla.

3. Dado que ya me he manifestado a favor de la exención del pago del depósito cuando el recurso procede de la defensa oficial, a tal respecto remito a mi opinión en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 1— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Feng Chen Chih s/art. 40, CC —apelación—'", expte. n° 2212, resolución del 11/6/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial Nº 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Caro, Maximiliano Daniel s/arts. 61 y 63, CC, apelación'", expte. nº 2197, resol. del 10/9/2003; "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional N° 6— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Echagüe, Damián s/violar luz roja y otra'", expte. nº 2279, resolución del 30/9/2003; y "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 8— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Prescava, David Daniel s/art. 189 bis, C.P.'".

4. Voto en consecuencia por el rechazo de la queja.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja debe ser rechazado. La decisión que la defensa atacó a través de su recurso de inconstitucionalidad no es la sentencia definitiva a la

que se refiere el art. 27 de la ley 402, tal como señala el señor juez del trámite, José O. Casás, en el punto 2 de su voto. La Cámara rechazó una excepción de falta de acción (art. 195, inc. b, ley 2303) y esa resolución, en la que analizó la calificación legal del hecho adoptada provisionalmente en el proceso y consideró que correspondía diferir para la audiencia de debate el planteo de inconstitucionalidad de la figura empleada por la acusación, no es aquella que decide el caso por condena o absolución y, justamente por ello, no puede ser revisada por el Tribunal.

Por lo demás, como ya expuse en múltiples sentencias (véase, por ejemplo, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ponzoni, Manuel Eduardo s/inf. art. 189 bis tercer párrafo del C.P.'", expte. n° 4170, sentencia del 5/6/2006, entre otras), ni siquiera considero que existan decisiones que puedan ser asimilables a una sentencia definitiva a los fines del recurso previsto en el art. 113, inc. 3º, de la Constitución local. El art. 27 de la ley 402 sólo permite el recurso de inconstitucionalidad una vez lograda la sentencia que finaliza el juicio de mérito. Y, a decir verdad, esa regulación resulta absolutamente racional para un tribunal extraordinario —que no es el tribunal de mérito—, pues el defecto puede subsanarse durante el procedimiento, incluso por un resultado final favorable al perjudicado por el vicio.

2. Según lo expuse en reiteradas ocasiones (véase, *inter alia*, mi resolución como juez de trámite en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 3— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ábalos, Oscar Adrián s/art. 71, CC —apelación—'", expte. n° 1509/02: interpretación sistemática del art. 34, II, ley local 402 y art. 3º, inc. *a*, ley local 327), no corresponde intimar para que se acredite el pago del depósito previsto como requisito de admisibilidad de un recurso de queja, relativo a un recurso de inconstitucionalidad denegado, dado que ha sido interpuesto, a favor de su pupilo, por la defensa oficial, órgano del ministerio público según la propia CCBA.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 39/51.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LXXII

"GONZÁLEZ TABOADA, NÉSTOR S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GONZÁLEZ TABOADA, NÉSTOR C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Cuestiones de hecho y prueba. Interpretación de normas infraconstitucionales. AMPARO.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe satisfacer la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, y rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo —principalmente, ausencia de caso constitucional—, omisión que obsta a su procedencia. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

2. Corresponde desestimar el recurso de queja cuando los argumentos desplegados por el actor no alcanzan a exponer cuestión constitucional alguna, sino tan sólo una discrepancia con la sentencia de la Cámara, fundamentalmente en cuanto a la valoración sobre los hechos relevantes del caso, la prueba, y las normas infraconstitucionales tenidas en cuenta para resolver la pretensión —ley 1225 y LPA de la CABA— cuestiones todas ellas, por regla, ajenas al ámbito de la vía recursiva intentada (art. 27, ley 402). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

3. La referencia ritual de derechos o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. Los desarrollos recursivos orientados a reafirmar la procedencia de la vía del amparo para canalizar la pretensión de nulidad que constituye el objeto del juicio, resultan inconducentes para lograr la apertura del remedio intentado ante la evidente ausencia de gravamen. *(Voto del señor juez José O. Casás*).

5. El argumento vinculado con la supuesta vulneración del derecho a la estabilidad del empleo no sólo carece de conexión directa con el caso tratado, sino que, al haber sido introducido recién al formular la queja, además, resulta ser el producto de una reflexión tardía. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 6092/08 - 25/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Néstor González Taboada promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA), con el objeto de que se revocase la resol. n° 0026-SS-2006 de la Secretaría de Salud en cuanto dispuso su cesantía en el cargo de médico en el Hospital de Agudos "Carlos Durand" —Jefe de División del Servicio de Radiología y a cargo de las prácticas de estudiantes de radiología— por no haber tomado con relación al técnico radiólogo Luis Omar Suad "las medidas disciplinarias que correspondían y comunicado formalmente a su superior las irregularidades por aquél cometidas y de este modo, haberlo protegido, facilitando sus conductas impropias a lo largo de los últimos años, que afectaron el servicio y la práctica de radiología" (fs. 1/15 vta.).

En este sentido, relató que el 4/2/2004 tuvo lugar una discusión provocada por la Sra. Fabiana Frangolini Zapata, quien luego de formular una solicitud de vacaciones fuera de las indicaciones normales propició insultos al Jefe de Técnicos, Luis Omar Suad, "arrojándole" posteriormente el memo de vacaciones en su cara, suceso que —afirmó— fue presenciado por tres testigos del servicio del turno mañana. Señaló, también, que con posterioridad a tales hechos, la Sra. Frangolini Zapata realizó una denuncia policial por lo sucedido, acusando a Suad de "abuso deshonesto, acoso sexual y amenazas". En sede penal, declararon los testigos presenciales del hecho y la causa concluyó con el sobreseimiento del Jefe de Técnicos. Los acontecimientos hasta aquí descriptos quebrantaron —según manifestó el actor— la relación laboral, por lo que en ejercicio de su cargo y funciones se vio obligado a elevar reiteradas notas a su inmediato superior, el Dr. Roberto Higinio Álvarez, quien a su vez hizo lo propio con el Director del Hospital, a fin de arbitrar los medios tendientes a salvaguardar el orden interno de la División. En virtud de ello, puntualizó, se ordenó el traslado de la agente Frangolini Zapata al servicio de Quirófano Central.

Adujo que en el mes de septiembre de 2004, con motivo de la notificación que le fuera cursada, tomó conocimiento de la existencia de un sumario en curso en el que se había dispuesto, juntamente con la del Jefe de Técnicos y el Jefe de Departamento, su suspensión por el término de sesenta días, con miras a resolver el presunto acoso sexual perpetrado por Suad y el silencio que habrían guardado sus superiores frente a dicha conducta.

Destacó, además, que: *a)* "...en forma incomprensible los cargos que se me imputan son por el conocimiento de las inconductas de Suad desde hace 5

años, aunque corre agregada al expte. administrativo la constancia de nombramiento de mi cargo, 5 meses antes del problema laboral acontecido...”; *b)* no existe constancia de que ante su predecesor en el cargo se hubiera formalizado denuncia alguna sobre el particular; *c)* en todo momento tomó las medidas necesarias para salvaguardar el orden en el servicio; *d)* de la testimonial producida tampoco pudo acreditarse que él o el Dr. Álvarez hubiesen tenido conocimiento de las inconductas que se le imputaban al Jefe de Técnicos; y *e)* pese a la insuficiencia probatoria del sumario se decidió su cesantía, mientras que —sin fundamento alguno— se eximió de responsabilidad al Dr. Álvarez, su superior jerárquico.

2. El juez de primera instancia resolvió “*1. Hacer lugar* a la demanda incoada, declarando la nulidad del acto administrativo en tanto dispone la cesantía del Dr. Néstor González Taboada *ordenando* en consecuencia, su inmediato restablecimiento al cargo de Jefe de División del Servicio de Radiología del Hospital Durand...” (fs. 22/ 27 vta., el destacado es del original).

Tras considerar idónea la vía elegida (amparo), el juez de grado hizo lugar a la demanda por considerar que el acto administrativo impugnado carecía de causa y motivación. Ello así, toda vez que la cesantía dispuesta aparece sustentada “…sólo en las declaraciones de los testigos propuestos en sede administrativa por la propia denunciante, (…)” que afirmaron “que el aquí actor ‘tenía’ o ‘debía’ tener conocimiento de la conducta de su subordinado Luis Omar Suad, ya que las mismas eran *vox populi*”. Asimismo puntualizó que en ningún momento la agraviada había efectuado “formal” denuncia de la situación que presuntamente estaba padeciendo ante el cesanteado y que el actor no era la “máxima autoridad jerárquica del área” a que se refiere el art. 9º de la ley 1225, sino Roberto Higinio Álvarez, quien —en detrimento del actor— fue declarado exento de responsabilidad en el acto administrativo de que se trata. En resumidas cuentas, el juez de grado consideró que “…la sanción de cesantía aplicada al Dr. Néstor González Taboada, (…) no está sustentada suficientemente en los hechos y el derecho aplicable para justificar su imposición, ello, en la medida que hay una ausencia del confronte de la conducta imputada con la gravedad de la sanción expulsiva impuesta, (…) tampoco han sido explayadas las razones en su motivación.// Así existe falta de proporcionalidad, cuando la sanción es impuesta a situaciones que *prima facie* no parecen justificar esas extremas medidas, no respetando —en todo caso— adecuadamente, el debido proceso adjetivo (desproporcionalidad entre el objeto y los fines). Porque implican un exceso entre lo que el acto decide (cesantía en el cargo y funciones del actor) y los hechos (invocados) que lo motivan, tornando de esta forma a los actos administrativos, en ‘irregulares’”.

3. A su turno, la Sala l de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario decidió, frente al recurso de apelación presentado por el GCBA (fs. 17/20), cuyos agravios fueron contestados por la actora a fs. 32/34, "...*1)* hacer lugar al recurso de apelación interpuesto y, en consecuencia, revocar el pronunciamiento apelado y rechazar la acción de amparo interpuesta; *2)* costas en ambas instancias por su orden…" (fs. 36/40).

Al igual que el juez de primera instancia, la alzada entendió que se configuraban los extremos que tornaban procedente el cauce procesal intentado (véase voto de la mayoría conformada por los Dres. Carlos F. Balbín y Horacio G. A. Corti). Sin embargo, por las consideraciones que expuso en el pronunciamiento recurrido, arribó a otra solución. Para así decidir, sopesó que: *a)* el actor había tenido amplias posibilidades de ejercer su derecho de defensa y que no había planteado agravio alguno en este sentido; *b)* se encontraban presentes en el acto cuestionado los elementos causa y motivación, pues surgían claramente cuáles habían sido las constancias probatorias que la accionada había tenido en cuenta para decidir aplicar una sanción de cesantía al actor y ella se basaba, principalmente, en la valoración de diferentes y concordantes declaraciones testimoniales obrantes en el sumario administrativo que describían y afirmaban la materialidad de la conducta que la Administración reprochaba al amparista (conocimiento de las conductas impropias que el Jefe de Técnicos del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital de Agudos Carlos G. Durand tenía con sus dependientes mujeres y que, no obstante tal conocimiento y a pesar de ser su superior jerárquico, no había adoptado medida alguna para hacer cesar o sancionar tal comportamiento) con un grado de precisión y coincidencia que tornaban razonable el criterio de la Administración consistente en tener por acreditada la infracción objeto de reproche; *c)* no había sido objeto de debate en autos la veracidad o falsedad de las declaraciones testimoniales, desde que el amparista solamente se había limitado "…a cuestionar la apreciación o valoración que de las constancias probatorias efectuó la Administración, más sin cuestionar su existencia…"; y *d)* el actor no había desplegado una adecuada actividad probatoria tendiente a demostrar, de manera eficaz, la existencia o no de los presupuestos fácticos que determinaron la decisión de la Administración de aplicarle una sanción de cesantía. Concluyó, por tanto, en que toda vez que la ponderación de la falta no había sido irrazonable, en función de los hechos imputados y el resultado de la prueba, el ejercicio de la potestad sancionatoria no resultó manifiestamente ilegítimo o arbitrario, ni configuraba una lesión o restricción manifiestamente ilegítima y arbitraria de derechos o garantías constitucionales o legales.

4. Disconforme con la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones, el actor dedujo el correspondiente recurso de inconstitucionalidad (fs. 41/55 vta.).

En este sentido, argumentó que: *a)* "...me sancionan por un hecho que no se probó..." (el destacado pertenece al original); *b)* la decisión adoptada por el Secretario de Salud del GCBA constituyó una "ilegalidad manifiesta" ya que la Procuración General carecía de facultades legales para resolver acerca de la sanción de cesantía para uno y la exención de responsabilidad en otro (la del Dr. Álvarez), en las mismas condiciones y ante los mismos conocimientos, atento a que los despachos están en forma contigua; por lo que resulta claramente contraria a los derechos amparados por los arts. 16 de la C.N.; 1.1, 11.2, 17.1 y 19 de la CADH; *c)* la imperiosa necesidad de alcanzar rápidamente una tutela judicial en defensa de los derechos invocados con el objeto de obtener, sin ulteriores dilaciones, la reinserción a su actividad hacen que la acción de amparo sea la vía idónea; *d)* "...la resolución impugnada prescinde de diversos hechos y antecedentes acreditados en el expediente de referencia y por sobre todas las cosas, queda de manifiesto que no existen hechos que se toman como ciertos para el momento del dictado de la resolución con sanción de CESANTÍA, que en este acto se impugna..."; y *e)* el acto administrativo atacado "... conculca los derechos y garantías consagrados por los arts. 17, 41, 42, 43 y 75, inc. 22 —atento el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales— de la C.N., los arts. 12, 14, 20, 26, 30 y 58 de la CCBA y la ley 123 de esta Ciudad...".

5. La Cámara de Apelaciones, previo traslado al GCBA del recurso de inconstitucionalidad interpuesto (el que fue contestado a fs. 202/205 vta. de los autos principales), decidió no concederlo (fs. 57/58).

La sentencia del *a quo* sostuvo que "...la parte actora invocó de forma genérica la conculcación de diversas disposiciones constitucionales...". A ello añadió que el recurrente "...no fundamenta con claridad y precisión debidas la relación directa e inmediata entre la sentencia y cuestiones constitucionales..." y que su recurso se limitaba "…a mencionar su desacuerdo con la sentencia, sin adecuar su presentación a un agravio constitucional de manera concreta. Asimismo, del libelo recursivo se extrae una deficiente fundamentación que, por ello, no logra exponer debidamente (...) un genuino caso constitucional...". En relación a los restantes agravios referidos a la valoración de las circunstancias realizada durante la tramitación de la causa y a los problemas vinculados con la interpretación de las reglas aplicables al caso, señaló que ellos "...tienden a controvertir el fundamento jurídico de derecho infraconstitucional contenido en la sentencia recurrida, sin incluir razones de índole constitucional...". Puntualizó, en este sentido, que "...de la lectura del escrito se desprenden sólo discrepancias con respecto a cuestiones de hecho y prueba, aspectos que son ajenos al ámbito del recurso extraordinario de inconstitucionalidad...".

6. Ante el rechazo antes referido, el actor articuló la queja correspondiente (fs. 59/75 vta.).

El recurrente se remitió —fundamentalmente— a los argumentos que expuso en oportunidad de deducir el recurso de inconstitucionalidad; ellos son: *a)* la alzada se ha pronunciado desatendiendo las acabadas probanzas a lo largo del proceso; esto es, prescindiendo de diversos hechos y antecedentes acreditados en autos; *b)* la idoneidad y admisibilidad de la acción de amparo; y *c*) la violación de derechos y garantías constitucionales anteriormente invocados, a los que agregó la vulneración del derecho a la estabilidad en su empleo, por ser la causal de cesantía irrazonable y arbitraria.

7. El fiscal general adjunto, al contestar la vista, se pronunció por el rechazo de la queja (fs. 83/84 vta.), en tanto el actor no había logrado "…rebatir el fundamento central por el cual la Cámara denegó su recurso, es decir, la ausencia de un caso constitucional…".

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el Sr. Néstor González Taboada, no obstante haber sido deducido en tiempo y forma (art. 33, ley 402), no puede prosperar por los motivos que se exponen a continuación.

2. En primer término debe señalarse que, tal como lo destaca el señor fiscal general adjunto en su dictamen, la queja deducida no satisface la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el Tribunal *in re*: "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 92 y ss.), ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo —principalmente, ausencia de caso constitucional—, omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (doctrina de *Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

En efecto, las consideraciones que llevaron a la Cámara a decidir el rechazo del recurso incoado a fs. 182/195 vta. de los autos principales no han sido abordadas de manera concreta por el actor al interponer su queja. Ello así, en tanto la interesada, en esta última oportunidad, se ha limitado a reeditar —sin otro aditamento sustancial— los argumentos vertidos en el mencionado recurso de inconstitucionalidad.

En suma, el remedio intentado carece de la necesaria crítica de los ejes argumentales que dieron sustento a la decisión denegatoria del *a quo* —de los que ya se ha dado cuenta en el punto 5 del "resulta".

Ello basta para decidir el rechazo de la queja interpuesta.

3. Más allá de tener en cuenta que la queja incoada en el presente caso, como se dijo, sólo reedita los agravios esbozados en el recurso de inconstitucionalidad sin criticar de manera acabada las razones por las que se denegó el acceso a esta instancia de revisión excepcional, deseo enfatizar que, de todos modos, en ninguna de las dos intervenciones se ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

Los argumentos desplegados por el actor para intentar sostener sus agravios no alcanzan a exponer cuestión constitucional alguna, sino tan sólo una discrepancia con la sentencia de la Cámara, fundamentalmente en cuanto a la valoración que dicho Tribunal hizo de los hechos relevantes del caso, la prueba —declaraciones testimoniales— y las normas infraconstitucionales tenidas en cuenta para resolver la pretensión —ley 1225 y LPA de la CABA—, cuestiones todas ellas que, por regla, resultan ajenas al ámbito de la vía recursiva intentada (art. 27, ley 402).

Tanto en la queja como en el recurso de inconstitucionalidad, la interesada afirma de modo genérico la violación de derechos de raigambre constitucional —entre otros, derecho de igualdad, de propiedad, a trabajar dignamente y de estabilidad—, sin establecer la adecuada correspondencia entre las afectaciones que se invocan y el contenido específico de la sentencia recurrida.

Al respecto, cabe recordar que la referencia ritual de derechos o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. el Tribunal *in re*: "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 20 y ss.).

En este sentido, la recurrente considera que la Administración le atribuyó una conducta que no se encontraría debidamente acreditada en el sumario en el cual se dispuso su cesantía y que ello se traduciría en un comportamiento estatal ilegítimo y lesivo de sus derechos. Ahora bien, en este punto corresponde recordar que este Tribunal ha dicho en numerosas oportunidades que "cuestiones de hecho y prueba, como en el presente, en principio no habilitan el tratamiento de un recurso de inconstitucionalidad cuando no existe, por parte de quien tiene la carga de fundar el recurso y sostener la queja, una argumentación plausible que logre conectar aquellas cuestiones con la infracción a normas y

principios constitucionales" [TSJ *in re*: "Falbo de Martínez, Palmira s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Falbo de Martínez c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 1923/02, sentencia del 19/2/2003, entre otros].

En el caso, el actor pretende que se tenga por cumplido el recaudo de fundamentación antes referido con la sola transcripción de las normas que dice vulneradas, sin efectuar siquiera una evaluación somera de cada una de ellas con relación a la controversia planteada.

4. Por lo demás, es oportuno advertir que los desarrollos recursivos orientados a reafirmar la procedencia de la vía del amparo para canalizar la pretensión de nulidad que constituye el objeto del juicio, también resultan inconducentes para lograr la apertura del remedio intentado ante la evidente ausencia de gravamen. Ello es así, dado que, tal como lo afirman los jueces de la Cámara en el punto IV de la sentencia atacada, en el pronunciamiento objeto de reproche se entendió —en coincidencia con el planteo del amparista— que la vía procesal del art. 14 de la CCBA *resultaba formalmente procedente* para ventilar las objeciones levantadas contra el acto administrativo atacado, por más que luego esos magistrados concluyeran que, en definitiva, no se había logrado demostrar la existencia de un comportamiento arbitrario de la Administración a partir de su dictado.

Asimismo, resulta pertinente resaltar que el argumento vinculado a la supuesta vulneración del derecho a la estabilidad en el empleo mencionado por el actor no sólo presenta las carencias anteriormente señaladas (falta de conexión directa con el caso de autos), sino que, al haber sido introducido recién al formular la queja, además, resulta ser el producto de una reflexión tardía. Así, en tanto el apuntado agravio no fue planteado en momento alguno antes de la interposición de la presente queja, los jueces de la causa no han tenido oportunidad de considerarlo y resolverlo, circunstancia que impide su tratamiento en esta instancia.

Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, corresponde desestimar la queja interpuesta a fs. 59/75 vta.

Así lo voto.

Los jueces Luis F. Lozano y Ana María Conde dijeron:

Adherimos al voto de nuestro colega, el juez José O. Casás.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero a la solución propuesta por el señor juez de trámite, José O. Casás, en el sentido de que corresponde desestimar la queja que dedujera el Sr. Néstor González Taboada (fs. 59/75) por las razones que mi colega expone en los apartados 1 y 2 de su voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Que adhiere al voto del señor juez del trámite. *Obiter dictum*, sin embargo, quiere destacar que, a su juicio, no es posible reemplazar el procedimiento ordinario previsto por la ley procesal por el "amparo", como procedimiento genérico de sustitución a gusto del actor (tal como lo he dicho múltiplemente: véase, recientemente, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Parcansky, Manuel Jorge c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA]'", expte. nº 4970/06, resolución del 5/6/2007). No obstante, como lo expresa en su voto el señor juez del trámite, éste no es un agravio tolerable del recurso para el actor, pues los jueces de mérito le admitieron la vía y sentenciaron, decisión hoy recurrida.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Desestimar* la queja interpuesta por Néstor González Taboada.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con esta queja.

Fdo.: *Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier y José O. Casás.*

LXXIII

"BARILATI, JUAN IGNACIO C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Norma de carácter general. Ley de Coparticipación Federal de impuestos.

1. Constituyen requisitos esenciales del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad, que quien la inicie precise con claridad cuales son las normas de carácter general sobre las que solicita el control de constitucionalidad, cuales los preceptos y principios constitucionales con los que ellas entran en colisión, y una explicación clara y pormenorizada de las razones en las que se sustenta la tacha de arbitrariedad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

2. Corresponde declarar inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad cuando no se cumple la carga de identificar claramente la o las reglas

particulares del orden jurídico local que se pretende que sean excluidas del catálogo que lo conforma, citando con absoluta precisión el texto o segmento normativo cuya pérdida de vigencia demanda como efecto de la sentencia que dictará el Tribunal (art. 113, inc. 2º, CCBA), pues la impugnación *in totum* de una ley sólo será admisible cuando el actor exprese las razones que señalen un vicio constitucional que obligue a invalidar hasta las disposiciones formales de la ley. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

3. La declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye una medida de extrema gravedad institucional, por lo que corresponde exigir a quien pretenda obtenerla un sustento argumental sólido que contenga la propuesta de un debate constitucional serio y fundado. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

4. Si la fundamentación de la acción declarativa de inconstitucionalidad se relaciona con la presunta vulneración de la Ley de Coparticipación Federal tributaria, y la confrontación de la normativa local no se propone frente a las constituciones porteña o nacional, como exige el art. 113, inc. 2º de la CCBA, y además ni siquiera se sustenta en la violación del principio de supremacía establecido en el art. 31 de la C.N., la acción resulta inadmisible. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez Luis F. Lozano).*

5. Corresponde declarar inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad cuando no cumple adecuadamente con lo prescripto por el inc. 2° del art. 19 de la ley 402 que exige, por un lado, la mención precisa de las normas que se estiman contrarias a la C.N. o a la CCBA y, por otro, el desarrollo de los fundamentos que motivan la pretensión. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. Cabe admitir la acción declarativa de inconstitucionalidad si se individualizan las normas que se estiman inconstitucionales, al igual que las cláusulas constitucionales que podrían verse afectadas (principio de reserva de ley, principio de razonabilidad) y se señala que podría existir una presunta violación al régimen de coparticipación tributaria instituido por la ley 23.548, ante la presencia de un tributo que resultaría análogo a otro nacional, lo cual sería atentatorio de la obligación asumida por las provincias en el art. 9º, inc. b) de dicho plexo normativo. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

7. Si bien los fundamentos que sustentan la acción de inconstitucionalidad intentada no son concluyentes para tener a esta altura del proceso, configurados en el caso los presupuestos que condicionan la acción concentrada de control de constitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2º CCBA, ante la existencia de duda razonable acerca de su andamiento, debe permitirse a las partes sustanciar el debate requerido y obtener una decisión judicial acerca del planteo efectuado. *(Voto en disidencia del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 6278/08 - 26/3/2009

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Juan Ignacio Barilati promueve acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA, y art. 17 y ss. de la ley 402, "a los efectos de que se declare la invalidez de la resol. 816, del 23/3/2007, del Ministerio de Hacienda del Gobierno de la Ciudad, de las resoluciones 3807 del 14/11/2007 y 2355 del 5/12/2007 de la Dirección General de Rentas, y de las resoluciones complementarias, modificatorias y ampliatorias, por ser contrarias a la Constitución de la Ciudad, art. 51, a la Constitución Nacional, arts. 17, 28 y 31, y a la ley 23.548 de Coparticipación Federal de impuestos" (fs. 1, acápite I, "Finalidad de este escrito", y fs. 4 vta. acápite IV "Petitorio").

En sustancia sostiene que "las disposiciones impugnadas han creado un Sistema de recaudación y Control de Acreditaciones Bancarias 'SIRCREB' que establecen una apropiación por parte del Gobierno de la Ciudad, de un determinado porcentaje de cada depósito en pesos o en moneda extranjera, que los contribuyentes del impuesto sobre los ingresos brutos, efectúen en cuentas en instituciones bancarias que revistan calidad de contribuyentes de la ciudad de Buenos Aires".

Afirma que el "SIRCREB funciona como un nuevo impuesto que se imputa al pago de los anticipos sobre ingresos brutos" que por ser creado "por simples resoluciones administrativas resulta manifiestamente inconstitucional en su confrontación con el secular principio de reserva de ley (art. 51 Constitución de la Ciudad y 17 de la C.N.)".

También sostiene que se vulnera el principio aludido en la medida de que la designación de los agentes de retención o percepción sólo puede realizarla el legislador.

Agrega que se violenta el principio de razonabilidad de las leyes y describe diversas situaciones que considera ejemplificadoras de tal transgresión.

Finalmente alega que "el SIRCREB, aunque contara con sanción legislativa, contraviene a la Ley de Coparticipación Federal tributaria 23.548, régimen al cual la Ciudad se adhirió expresamente por ley 4, que prohíbe a los fiscos locales establecer impuestos análogos a los tributos nacionales coparticipados (art. 9º, inc. 9º, ley 23.548)".

2. A fs. 10/15 emite dictamen el señor fiscal general y se pronuncia por la inadmisibilidad de la demanda.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El actor está legitimado para instar esta acción de inconstitucionalidad en los términos del art. 18, inc. 1º, ley 402, sin embargo, la demanda es inadmisible por las razones que seguidamente expongo.

2. Desde sus primeros pronunciamientos este Tribunal ya ha advertido "que es un requisito esencial del trámite preliminar de admisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad que quien la inicie precise con claridad cuáles son las normas de carácter general sobre las que solicita el control de constitucionalidad, y cuáles los preceptos y principios constitucionales, con los que las primeras entran en colisión. También es ineludible que explique de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad" (*in re*, "Massalin Particulares S.A. c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, *Constitución y Justicia*, Fallos del TSJBA, t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 56 y ss.; "Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1254/01, 15/11/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos de TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 622/623, entre otros).

En el *subjudice*, en primer lugar, el accionante ataca *in totum* las resols. 816 MHGC/07, 2355 DGR/07 y 3807 DGR/07 contraviniendo la doctrina sentada en numerosos fallos (v. gr. en "Villegas..." citado precedentemente) en el sentido de que "el actor tiene la carga de identificar precisamente la o las reglas particulares del orden jurídico local que pretende que sean excluidas del catálogo que lo conforma. Debe citar con absoluta precisión el texto o segmento normativo cuya pérdida de vigencia demanda, como efecto de la sentencia que dictará el Tribunal (art. 113, inc. 2º, CCBA). Pues no parece posible que, frente a una demanda de esta naturaleza, sea el Tribunal quien precise su objeto. La impugnación *in totum* de una ley... sólo será admisible cuando el actor exprese las razones que señalen un vicio constitucional que obligue a invalidar hasta las disposiciones formales de la ley". Esta carga no ha sido cumplida por el actor.

En segundo lugar, tampoco individualiza "las resoluciones complementarias, modificatorias y ampliatorias" que asimismo impugna (véanse 1, acápite I, "Finalidad de este escrito", y fs. 4 vta. acápite IV, "Petitorio").

En tercer lugar trasunta una confusión conceptual en la medida de que sostiene que "las disposiciones impugnadas han creado un Sistema de Recaudación y Control de Acreditaciones Bancarias 'SIRCREB'..." pues basta una simple lectura de ellas y una breve indagación de sus antecedentes para advertir que:

— el Sistema de Recaudación y Control de Acreditaciones Bancarias SIRCREB fue aprobado por la resol. gral. 104/04 de la Comisión

> Arbitral creada por el Convenio Multilateral suscripto por la Ciudad en el año 1977, la resol. 816 MHGC/07 se circunscribe, por un lado, a adherir al "régimen de recaudación unificado que para los contribuyentes del Convenio Multilateral se acordara en el marco de los Organismos del Convenio Multilateral (Comisión Arbitral y Comisión Plenaria)" (art. 1º); y por otro lado (art. 2º) a "establecer un régimen de recaudación del impuesto sobre los ingresos brutos *adecuado* al Sistema de Recaudación y Control de Acreditaciones Bancarias SIRCREB" (el destacado me pertenece), la resol. 2355 DGR/07 tampoco "crea" al SIRCREB, sino tan sólo establece un régimen similar al dispuesto por la resol. 816 MHGC/07 —es decir, "adecuado" al SIRCREB— para los contribuyentes locales del impuesto de ingresos brutos (art. 1º), y la resol. 3807 DGR/07 se limita a establecer "el procedimiento... para la administración, control, seguimiento del padrón, consultas y reclamos concernientes al Sistema de Recaudación y Control de Acreditaciones Bancarias SIRCREB" (art. 1º)

En cuarto lugar —como bien lo señala el señor Fiscal en su dictamen—, también el presentante ha omitido toda consideración y análisis en relación a la circunstancia de que la Ciudad de Buenos Aires integra el Convenio Multilateral señalado *supra* a cuyo amparo se estableció el SIRCREB y, asimismo y específicamente, en orden al propio SIRCREB —no al régimen establecido por la Ciudad para adecuarse al SIRCREB—, extremo que resultaba insoslayable en la medida de que algunas de las normas contenidas en las resoluciones que ataca —v. gr. la designación de los agentes de retención o percepción, arts. 5º, resol. 816 MHGC/07 y 4º resol. DGR 2355/07, respectivamente— tienen su origen en la regulación establecida por aquel sistema (art. 2º de la resol. gral. 104/04 de la Comisión Arbitral, hoy art. 86 de la resol. gral. 1/2008 de la misma Comisión).

3. Tras lo expuesto en el punto anterior, no está de más recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una norma constituye una medida de extrema gravedad institucional, por lo que corresponde exigir a quien pretenda obtenerla un sustento argumental sólido que contenga la propuesta de un debate constitucional serio y fundado (conf. mi voto en "Tórtora, Carlos Alfredo c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4884/06, resolución del 1º/11/2006), notas —en suma— que no advierto en la demanda interpuesta.

4. Párrafo aparte merece la fundamentación de la acción en la presunta vulneración de la Ley de Coparticipación Federal tributaria, en la medida de que la confrontación de la normativa local no se propone frente a las constituciones porteña o nacional —como exige el art. 113, inc. 2º, CCBA— y, además, ni

siquiera la sustenta en la violación del principio de supremacía establecido en el art. 31, C.N. Ello sin mengua de advertir que el actor no se hace cargo de cuestiones sustanciales que, por las razones expresadas en el último párrafo del punto anterior no podían ser omitidas en un planteo serio de la acción de inconstitucionalidad intentada, tales como que el sistema que impugna se refiere sólo a acreditaciones (es decir, no comprende también a los débitos, como la ley que cita) y sólo en relación a las cuentas en las que algún titular es contribuyente de IIB, cosa que no ocurre con la ley 25.413, que se refiere a todas las cuentas, cualquiera sea su naturaleza.

5. Por todo lo expuesto, considero que la acción intentada es inadmisible, sin perjuicio de dejar sentado que la decisión del Tribunal en el sentido que propicio, no obstará para que el actor pueda insistir en su planteo mediante la interposición de una nueva demanda que satisfaga los extremos exigidos por la ley y la jurisprudencia del Tribunal para superar la etapa de la admisibilidad de la acción prevista por el art. 113, inc. 2º, CCBA.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Me adhiero al voto de la jueza Ana María Conde.

El juez José O. Casás dijo:

1. La actora se encuentra legitimada para interponer la demanda de inconstitucionalidad de acuerdo a lo dispuesto por el art. 18, inc. 2º, de la ley 402.

2. En la presentación se individualizan las normas que se estiman inconstitucionales —resolución 816, del 23/3/2007, del Ministerio de Hacienda del Gobierno de la Ciudad y resoluciones 3807, del 14/11/2007, y 2355 del 5/12/2007, de la Dirección General de Rentas—, al igual que las cláusulas constitucionales que podrían verse afectadas (principio de reserva de ley, principio de razonabilidad) y se señala que podría existir una presunta violación al régimen de coparticipación tributaria instituido por la ley 23.548, ya que se estaría en presencia de un tributo que resultaría análogo a otro nacional, lo que resultaría atentatorio de la obligación asumida por las provincias en el art. 9º, inc. b), de dicho plexo normativo.

3. Si bien no se me escapa que los fundamentos que sustentan la acción de inconstitucionalidad intentada no son concluyentes para tener, a esta altura del proceso, configurados en el caso los presupuestos que condicionan la acción concentrada de control de constitucionalidad prevista en el art. 113, inc. 2°, CCBA, y tal como lo he propiciado en anteriores oportunidades (conf.: "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 3881/2005, resolución del 18/5/2005), considero que, ante la existencia de, cuanto menos, duda razonable acerca de

su andamiento, debe permitirse a las partes sustanciar el debate requerido y obtener una decisión judicial acerca del planteo efectuado.

4. Por lo demás, y en punto a la alegada violación al sistema de coparticipación consagrado por la ley 23.548, creo oportuno señalar que dicho régimen, instituido mediante el mecanismo de *ley-convenio*, ha adquirido rango constitucional a partir de su consagración explícita en el art. 75, inc. 2º de la ley fundamental, y que conforme lo ha señalado la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, *in re:* "El Cóndor Empresa de Transportes S.A. v. Provincia de Buenos Aires", sentencia del 7/12/2001 (*Fallos,* 324:4226 –conf. consid. 8—), la afectación de dicho régimen involucra, en principio, una cuestión constitucional (véase en igual sentido: *Fallos,* 327:1034, 1051, 1083, 1108; 1473; 328:3340, entre muchos otros).

A ello cabe añadir que la prohibición de instituir impuestos locales *análogos*, que contempla el art. 9º, inc. b) de la Ley de Coparticipación Provincial en Impuestos Nacionales a que adhiriera la Ciudad mediante la ley 4, *no requiere absoluta identidad* de las hipótesis de incidencia tributaria, tal cual lo ha pregonado el Alto Tribunal desde la causa: "Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado v. Provincia de Buenos Aires*"* (*Fallos,* 308:2153), sentencia del 13/11/1986, en donde se tuvo por operada la superposición tributaria entre el impuesto sobre los ingresos brutos (local), como consecuencia de alterarse la matriz técnica de este tributo, y el impuesto a las ganancias (nacional) —véase en igual sentido: *Fallos,* 321:2501; 328:4198, entre otros.

Por ello, sin perjuicio del juicio de procedencia de la acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta que pueda efectuarse luego de escuchadas las partes en el debate con el que se sustancia este proceso, me pronuncio por su admisibilidad y, por consiguiente, estimo que debe correrse el traslado de ley a la accionada.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El actor está legitimado para interponer esta acción de inconstitucionalidad en los términos del art. 18, inc. 1º de la ley 402. No obstante, como lo señala la señora jueza de trámite, la demanda es inadmisible.

2. El accionante no cumple adecuadamente con lo prescripto por el inc. 2º del art. 19 de la ley 402 que exige, por un lado, la mención precisa de las normas que se estiman contrarias a la C.N. o a la CCBA y, por otro, el desarrollo de los fundamentos que motivan la pretensión.

2.1. Respecto de la carga de identificar con precisión las reglas particuares del orden jurídico local cuestionadas, el Tribunal ha sostenido que se debe citar "con absoluta precisión el texto o segmento normativo cuya pérdida de vigencia

demanda, como efecto de la sentencia que dictará el Tribunal (art. 113, inc. 2º, CCBA). Pues no parece posible que, frente a una demanda de esta naturaleza, sea el Tribunal quien precise su objeto." (conf. "Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", *Constitución y Justicia*, t. III, p. 620).

El Sr. Juan Ignacio Barilati promueve acción declarativa de inconstitucionalidad "a los efectos de que se declare la invalidez de la resol. 816, del 23/3/2007, del Ministerio de Hacienda del Gobierno de la Ciudad, de las resoluciones 3807, del 14/11/2007 y de la 2355 del 5/12/2007 de la Dirección General de Rentas, y de las resoluciones complementarias, modificadoras y ampliatorias, por ser contrarias a la Constitución de la Ciudad, art. 51, a la Constitución Nacional, art. 17, 28 y 31, y a la Ley 23.548 de Coparticipación Federal de Impuestos" (fs. 1).

El impugnante solicita la invalidez de las resoluciones 816/MHGC/2007, 3807/DGR/2007 y 2355/DGR/2007 en forma genérica, es decir, no especifica cuáles son las previsiones de cada una de las referidas normas cuya constitucionalidad cuestiona.

Asimismo, el Sr. Barilati no identifica cuáles son "las resoluciones complementarias, modificadoras y ampliatorias" (fs. 1) cuya constitucionalidad pretende poner en crisis. Y, como ya se indicó, el Tribunal no puede suplir al accionante en la delimitación del objeto de su acción.

2.2. Respecto de la fundamentación de la pretensión, también se ha indicado en el precedente citado más arriba, que la impugnación *in totum* de una norma sólo será admisible cuando quien demanda exprese las razones que señalen un vicio constitucional que obligue a invalidar hasta las disposiciones formales de la misma.

Sin embargo, al atacar las resols. 816/MHGC/2007, 3807/DGR/2007 y 2355/DGR/2007 *in totum,* el actor no consigue explicar cuál es la colisión con los preceptos constitucionales invocados que justificaría, a su criterio, que se dejasen sin efecto hasta las disposiciones formales de cada norma impugnada.

3. Por lo expuesto, voto por declarar inadmisible la demanda.

Por ello, oído lo dictaminado por el señor fiscal general, y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE

1º. *Declarar* inadmisible la demanda de inconstitucionalidad planteada por el Sr. Juan Ignacio Barilati a fs. 1/4.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

El juez Julio B. J. Maier no firma por estar con licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

LXXIV

"DI FILIPPO, FACUNDO Y OTRO C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Norma de carácter general vigente. Decreto del Poder Ejecutivo.

SUMARIOS:

1. La acción declarativa de inconstitucionalidad presupone que el control requerido opere sobre una norma vigente, es decir una que integre el ordenamiento jurídico local. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

2. Es inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad que cuestiona un decreto que vetó una ley pues ataca un proceso legislativo en curso, y a su vez las objeciones formuladas no postulan la obstrucción inconstitucional del procedimiento de formación de la ley para demostrar la invalidez del decreto atacado, supuesto, este último, para el que el proceso regulado por el art. 113, inc. 2º, de la CCBA muestra especial aptitud. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. En el marco de la acción declarativa de inconstitucionalidad, el carácter general de una norma resultará de que sus prescripciones sean aplicables a un universo de casos —más o menos amplio— y, en abstracto, a sujetos indeterminados, como interferencias intersubjetivas, ya que tal operatividad será consecuencia de la verificación concreta en el mundo fenomenológico de la realidad de los presupuestos de hecho, abstracta y generalmente definidos en las reglas que, una vez acaecidos, acarrearán consecuencias jurídicas. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

4. Es inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad si no se brindan argumentos conducentes para acreditar que el decreto impugnado prescribe una regla de conducta con vocación de permanencia y repetibilidad susceptible de producir efectos jurídicos con alcance general o indeterminado, en tanto su único efecto es impedir, según el procedimiento previsto en la Constitución, que las normas observadas del proyecto de ley adquieran vigencia y, a continuación, *trasladar* esa decisión a la Legislatura para que acepte el veto parcial con la misma mayoría requerida para la sanción de la norma o insista con el proyecto original mediante el voto de la mayoría de los dos tercios de sus miembros (conf. art. 88, CCBA). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

5. No resulta admisible la acción enderezada a impugnar un veto por el cual el señor Jefe de Gobierno objeta algunos artículos del proyecto de ley sancionado bajo el nº 2973, que propone al Tribunal una cuestión no revisable por la vía intentada, en mérito al rol prevalente que nuestra Carta Magna asigna a la Legislatura, marcando la necesidad de reenvío de la norma para que ella

se allane a la objeción del Poder Ejecutivo o insista con mayoría calificada en el proyecto original. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

6. La acción de inconstitucionalidad (art. 113 CCBA) es adecuada para denunciar la invalidez del producto final del proceso de creación de leyes y no para interferir en el proceso de su aprobación definitiva, tal como sucede si se pretende impugnar la validez de un decreto que veta determinados artículos de una ley, que no anula, deroga ni invalida esa ley, sino que es una de las formas a través de las cuales el Jefe de Gobierno colegisla. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. Mientras un proyecto de ley no adquiera el carácter de ley a través de la intervención tanto del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo, no puede ser objeto de una acción de las previstas en el art. 113, inc. 2º, CCBA. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6371/09 - 26/3/2009

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. Los Sres. Facundo Di Filippo y Andrés Gil Domínguez promueven acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos de los arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17 y ss. de la ley 402, contra el dec. 9/09 "mediante el cual el Jefe de Gobierno vetó parcialmente los arts. 4º, 5º y 6º del proyecto de ley 2973 (...) que había tenido por objeto garantizar progresiva y proporcionalmente el derecho fundamental y el derecho humano (...) a la vivienda" (fs. 4); por vulnerar los arts. 28 y 75, inc. 22, C.N., los arts. 2.1 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y arts. 10 y 31, CCBA (fs. 4 y fs. 27).

La demanda señala que el veto es una norma porque el decreto fue dictado cumpliendo con las formas de producción del derecho establecidas por el art. 88 de la CCBA y fue publicado en el *Boletín Oficial,* y agrega que es de "alcance general (…) por vinculación directa e indirecta. En primer lugar, por cuanto sus fundamentos no remiten a situaciones ni a normas particulares. En segundo lugar, en la medida de que obstruye la plena vigencia de una norma de alcance general". Por su parte, para fundar la inconstitucionalidad postulada, sostiene que la ley vetada "estableció en el campo tuitivo de la progresividad, una garantía que protege el derecho a una vivienda digna impidiendo al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires desalojar los inmuebles de dominio público donde habiten familias en estado o situación de pobreza sin que se les garantice el pleno ejercicio de este derecho.// En este punto, el dec. 9/09 viola, en general,

la garantía de la progresividad y la interdicción de la no regresividad" (fs. 6 vta./7 y fs. 26).

2. A fs. 31/32 el señor fiscal general adjunto emitió dictamen y opinó que "la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada es manifiestamente improcedente".

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Los actores están legitimados de acuerdo a lo dispuesto en el art. 18, inc. 1º, de la ley 402.

Sin embargo la demanda no es admisible.

2. La acción declarativa de inconstitucionalidad presupone, según tiene dicho este Tribunal, que el control requerido opere sobre una norma vigente, es decir una que integre el ordenamiento jurídico local (conf. TSJ *in re* "Ortiz Basualdo, Susana Mercedes y otra c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 32/99, sentencia del 4/6/1999 y "Durán, Hugo Arturo y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 441/00, sentencia del 28/6/2000).

La demanda, al cuestionar el dec. 9/09 que vetó la ley 2973 ataca un proceso legislativo en curso. A su vez, las objeciones formuladas no postulan la obstrucción inconstitucional del procedimiento de formación de la ley para demostrar la invalidez del decreto atacado. Supuesto, este último, para el que el proceso regulado por el art. 113, inc. 2º, de la CCBA muestra especial aptitud.

El planteo de los actores, en cambio, se dirige a cuestionar una opción en materia de política habitacional que estiman contraria a los arts. 28 y 75, inc. 22, C.N., los arts. 2.1 y 11 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y arts. 10 y 31, CCBA. En este sentido, ellos apuntan que "[m]ientras que la ley 2973, respetando los contenidos constitucionales y asegurando la progresividad, postula como primera medida que el Estado cumpla con sus obligaciones, y luego de forma consensuada con el grupo familiar, concrete el desalojo. Es claramente más razonable y proporcional la opción constitucional de la Legislatura e inconstitucional la desarrollada por el dec. 9/09" (fs. 26 vta.).

Por lo expuesto considero que la acción intentada es inadmisible.

El juez José O. Casás dijo:

1. La acción declarativa de inconstitucionalidad interpuesta para lograr la pérdida de vigencia del dec. 9/09, mediante el cual el señor Jefe de Gobierno de

la Ciudad *vetó parcialmente* el proyecto de ley sancionado por la Legislatura bajo el nº 2973, no resulta admisible.

2. La acción declarativa de inconstitucionalidad constituye una herramienta provista por el ordenamiento jurídico local para cuestionar en abstracto la validez constitucional de disposiciones normativas de carácter general emanadas de las autoridades de la Ciudad (arts. 113, inc. 2°, CCBA y 17, ley 402).

Como he tenido oportunidad de señalar en diversos precedentes, el carácter general de una norma resultará de que sus prescripciones sean aplicables a un universo de casos —más o menos amplio— y, en abstracto, a sujetos indeterminados, como interferencias intersubjetivas, ya que tal operatividad será consecuencia de la verificación concreta en el mundo fenomenológico de la realidad de los presupuestos de hecho, abstracta y generalmente definidos en las reglas que, una vez acaecidos, acarrearán consecuencias jurídicas. Ello sin perjuicio de que, en algunos casos, se pueda por inferencias lógicas y reglas experimentales determinar de antemano los posibles sujetos abarcados, independientemente de que los preceptos no contengan acepción singular de personas (conf. punto 2 de mi voto en la causa "Doy, Miguel c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad y nulidad", expte. nº 52/99, sentencia del 20/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. III, pp. 107 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004 y, en fecha más reciente, "Brusca, Vicente c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5466 y su acumulado, "Epszteyn, Eduardo Ezequiel y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 5467/07, sentencia del 6/11/2007.

3. A modo de introducción, cabe recordar que no todo decreto del Poder Ejecutivo contiene una norma de carácter general, ya que, en nuestro país, también se utiliza idéntica denominación para identificar los actos de alcance particular que dicta el titular de la aludida rama del Gobierno.

Así, desde mi punto de vista, el escrito de inicio se ha desentendido de un aspecto esencial que hace a la admisibilidad formal de la presente acción, al limitarse a afirmar que el dec. 9/09 posee alcance general "en la medida que obstruye la plena vigencia de una norma de alcance general" y en atención a que "sus fundamentos no remiten a situaciones ni a normas particulares" (fs. 6 vta.).

4. Entiendo que no se han brindado argumentos conducentes para acreditar que el dec. 9/09 prescriba una regla de conducta con vocación de permanencia y repetibilidad susceptible de producir efectos jurídicos con alcance general o indeterminado, en tanto su único efecto es *impedir*, según el procedimiento previsto en la Constitución, que las normas observadas del proyecto de ley sancionado bajo el nº 2973 adquieran vigencia y, a continuación, *trasladar* esa decisión a la Legislatura para que *acepte* el veto parcial con la misma ma-

yoría requerida para la sanción de la norma o *insista* con el proyecto original mediante el voto de la mayoría de los dos tercios de sus miembros (conf. art. 88, CCBA).

Para descartar una *indeterminación en ocasión de la aplicación* del dec. 9/09 puede resultar útil dar el siguiente ejemplo: si la Legislatura aceptara el veto parcial de la ley 2973 y durante el próximo año legislativo (o más adelante) sancionara un nuevo proyecto de ley con *artículos idénticos* a los que ahora han sido objeto de veto mediante la disposición atacada, el Poder Ejecutivo, para impedir su entrada en vigencia, llegado el caso, debería *vetar nuevamente* esas normas, ya que ninguna incidencia formal podría tener el mentado dec. 9/09 sobre el nuevo proyecto sancionado —toda vez que sus efectos jurídicos se habrían agotado en el marco del procedimiento legislativo que involucraba a la ley 2973.

Por otra parte, la *interferencia intersubjetiva* del dec. 9/09 también debe ser descartada, dado que un proyecto de ley sancionado que no resultó promulgado de manera expresa o tácita, en realidad, nunca adquirió vigencia en el plano jurídico, independientemente de cuáles sean los fundamentos de una y otra norma.

Desde la perspectiva delineada, entonces, los accionantes no han logrado demostrar que el decreto objeto de reproche constituya una norma de carácter general en los términos previstos en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, pues sus disposiciones están signadas por la singularidad de su destinatario —el Poder Legislativo— y porque su interferencia en el plano de la realidad se agota con la actuación de la Legislatura en el marco del trámite parlamentario que involucra al proyecto de ley sancionado bajo el nº 2973 (como se dijo, para aceptar el veto parcial o insistir en el proyecto original).

Es por ello que, en definitiva, considero que los accionantes no han brindado argumentos conducentes para demostrar que, a pesar de lo expuesto, la disposiciones del dec. 9/09 puedan llegar a generar, de todos modos, efectos generales para situaciones indeterminadas que puedan llegar a suscitarse en el futuro.

5. Desde otro punto de vista, también parece oportuno consignar que, en el diseño del sistema de frenos y contrapesos que disciplina la actuación de los distintos departamentos del Gobierno, en principio, es la Legislatura —no el Poder Judicial— el órgano encargado de evaluar el contenido preceptivo de un veto parcial a la ley.

En este punto, cabe destacar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al referirse a la Constitución Nacional en un aspecto que puede ser trasladado al ámbito local, se ha encargado de explicar que "(s)i bien lo relativo al proceso de formación y sanción de las leyes, al constituir una atribución propia de

los dos poderes constitucionalmente encargados de ello —arts. 77 a 84 de la C.N.—, resulta, por regla general, ajeno a las facultades jurisdiccionales de los tribunales, ello reconoce excepción en los supuestos en que se ha demostrado fehacientemente la falta de concurrencia de los requisitos mínimos e indispensables que condicionan la creación de la ley" (*in re*: "Famyl v. Nación Argentina", sentencia del 29/8/2000, *Fallos,* 323:2256, entre otros).

A continuación, debe enfatizarse que, en la presente acción declarativa de inconstitucionalidad, no se da el caso excepcional al que alude el Alto Tribunal en el precedente citado, ya que los accionantes no han cuestionado el dec. 9/09 por considerar que su emisión vicia de algún modo el procedimiento de creación de la ley, por haberse realizado sin respetar los recaudos constitucionales previstos al efecto. En este juicio, por el contrario, se ha objetado directamente la razonabilidad (en abstracto) del contenido mismo del dec. 9/09, es decir, de las concretas objeciones que el señor Jefe de Gobierno formuló en relación al proyecto de ley sancionado bajo el nº 2973 —realizadas, cabe añadir, desde un punto de vista que se sustenta en razones de legitimidad y oportunidad, mérito y conveniencia política.

Por lo tanto, también es posible afirmar que la presente acción, enderezada a impugnar un veto por el cual el señor Jefe de Gobierno objeta algunos artículos del proyecto de ley sancionado bajo el nº 2973, propone al Tribunal una cuestión no revisable por la vía intentada, en mérito al rol prevalente que nuestra Carta Magna asigna a la Legislatura, marcando la necesidad de reenvío de la norma para que ella se allane a la objeción del Poder Ejecutivo o insista con mayoría calificada en el proyecto original.

En virtud de las consideraciones expuestas, entiendo que la acción propuesta debe ser declarada formalmente inadmisible.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Me adhiero al voto del juez Luis F. Lozano.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El actor está legitimado para interponer esta acción de inconstitucionalidad en los términos del art. 18, inc. 1º de la ley 402. No obstante, como lo señala el señor juez de Trámite, la demanda es inadmisible.

2. El accionante impugna el dec. 9/09 según el cual el Jefe de Gobierno vetó los arts. 4º, 5º y 6º del proyecto de ley 2973. La primera de las dificultades de la demanda reside en las razones desarrolladas por el accionante para sostener su cuestionamiento al decreto, las cuales en realidad remiten al contenido del proyecto de ley, el cual no es (ni podría ser) objeto de la acción intentada.

3. Los arts. 86, 87 y 88 (Capítulo Tercero, Sanción de las Leyes, CCBA) disponen que "sancionado un proyecto de ley por la Legislatura pasa sin más

trámite al Poder Ejecutivo para su promulgación y publicación...", "el Ejecutivo puede vetar totalmente un proyecto de ley... expresando los fundamentos". Cuando esto ocurre el proyecto "vuelve a la Legislatura que puede insistir con mayoría de dos tercios de sus miembros, en cuyo caso el texto es ley. Si no se logra la mayoría requerida, el proyecto no puede volver a considerarse en ese año legislativo". Por fin, se prohíbe expresamente "la promulgación parcial sin el consentimiento de la Legislatura" y se establece que en caso de veto parcial el proyecto debe volver íntegramente y los legisladores podrán aceptar el veto "con la misma mayoría requerida para su sanción o insistir en el proyecto original con mayoría de dos tercios de sus miembros". A su vez, el art. 102 CCBA indica que el Jefe de Gobierno participa en la formación de las leyes, las promulga y las hace publicar.

4. El veto no anula, deroga ni invalida una ley. Es una de las formas a través de las cuales el Jefe de Gobierno colegisla. La acción de inconstitucionalidad (art. 113, CCBA) es adecuada para denunciar la invalidez del producto final del proceso de creación de leyes y no para interferir en el proceso de su aprobación definitiva, tal como sucede en estas actuaciones.

La CCBA en los artículos citados, distingue con toda precisión entre proyecto y ley. Mientras el proyecto no haya adquirido el carácter de ley a través de la intervención tanto del Poder Legislativo como del Poder Ejecutivo, no puede ser objeto de una acción de las previstas en el art. 113, inc. 2º, CCBA.

A fin de evitar cualquier equívoco, quiero destacar que el actor no discute la validez constitucional del veto, por ejemplo, en atención a circunstancias vinculadas a la competencia o incompetencia de quién lo dispusiera, sino que como ya dije más arriba, su demanda está orientada a desvirtuar el proceso de creación de leyes.

Asimismo subrayo que en la situación traída a decisión no es necesario ni siquiera definir si el dec. 9/09 es o no una norma general, dada la improponibilidad del objeto de la acción intentada tal como fue definida en los apartados anteriores.

Por lo expuesto, voto por declarar inadmisible la demanda.

Por ello, y oído el señor fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible la demanda de inconstitucionalidad interpuesta a fs. 1/27 por los señores Facundo Di Filippo y Andrés Gil Domínguez.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

El juez Julio B. J. Maier no firma por estar con licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

LXXV

"SPERONI, SANTIAGO C/GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'SPERONI, SANTIAGO C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS (EXCEPTO RESP. MÉDICA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Arbitrariedad de sentencia. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Cuestiones de hecho y prueba. Derecho infraconstitucional. INUNDACIÓN: Indemnización de daños y perjuicios. Responsabilidad del Estado.

SUMARIOS:

1. Corresponde hacer lugar al recurso de queja si la Cámara condenó a la demandada como responsable de los daños que originaron el pleito, sin analizar los presupuestos propios de la obligación que impuso. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Corresponde hacer lugar al recurso de queja si la sentencia no indica cuál es la prueba que acredita la falta de servicio imputada o cómo tuvo por acreditado el supuesto contemplado en el art. 1113, 2º párr. del CC, que se invocó para atribuir responsabilidad al Gobierno de la Ciudad demandado, pues si bien el *a quo* parece haber estimado que la inundación generadora de los daños reclamados evidenciaba, por sí, la insuficiencia o mal estado del sistema de drenaje, omitió señalar qué precisiones técnicas o peritajes obrantes en la causa permitirían sostener esa conclusión. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

3. Si se hizo lugar a la demanda por falta de servicio, el fallo no pudo asumir automáticamente que los daños provocados por una inundación comprometen la responsabilidad del Estado, sino que debió indicar cuál era la prueba que acredita la insuficiencia del sistema de drenaje y el defectuoso estado de conservación de los sumideros para, luego, identificar la normativa que permite sindicar la inactividad material reprochada como antijurídica. (*Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

4. La invocación del supuesto de responsabilidad contemplado en el art. 1113, 2º párrafo del CC, requiere acreditar que el daño fue causado por la infraestructura que depende del GCBA y que, además, no se verificaban las causales de eximición allí contempladas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

5. Obligar al Estado a reparar los daños originados en el ejercicio de potestades lícitas, no identificadas en el fallo pero relativas, presumiblemente, a la prioridad asignada en materia de obra pública, no exige demostrar obrar antijurídico pero sí requiere exhibir la existencia de un sacrificio especial de un grupo seleccionado a favor del interés público, así como un riguroso estudio de la relación de causalidad para probar el nexo inmediato y exclusivo entre el obrar reprochado y los daños reclamados. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

6. Cuando el rol asumido por el Estado frente a daños ocasionados por anegamiento con motivo de una inundación, se traduce en la entrega de subsidios, es a cargo del beneficiario mostrar por qué la ayuda pública debió ser mayor que la estipulada o ser suministrada sin cumplir con los requisitos exigidos por la norma que la acuerda. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

7. Si planteos cuya ponderación obvió la Cámara tratan sobre cuestiones de hecho, prueba y derecho infranconstitucional —ajenas por regla a la consideración de este Tribunal— la causa debe ser devta. a ella para que, por intermedio de jueces distintos de los que intervinieron en autos, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Ana María Conde y José O. Casás).*

8. Cabe rechazar el recurso de queja que carece de una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 5983/08 - 26/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Santiago Speroni planteó demanda contra el GCBA a fin de obtener el resarcimiento por daños y perjuicios derivados del anegamiento —producto de la intensa lluvia del día 24/1/2001— del subsuelo del inmueble sito en la calle Mendoza 3358/60 de esta Ciudad, donde el demandante, en carácter de locatario, lleva adelante una explotación comercial consistente en la prestación de servicio de garaje y estacionamiento de vehículos.

Fundó su pretensión en el dictado del dec. de necesidad y urgencia nº 1/10 (en adelante, D.N.U. nº 1/01), que dispuso una ayuda directa a las personas que desarrollaran actividades comerciales, industriales y de servicios que hubieran

sido perjudicadas materialmente por el temporal del día 24/1/2001. El actor indica haber realizado el correspondiente reclamo administrativo que nunca fue contestado. Aclaró que lo que buscaba mediante el reclamo no era "la impugnación de un acto administrativo, sino que se haga extensiva su aplicación por haber sido excluido arbitrariamente en la ejecución del mismo". En la demanda, dedicó un capítulo a "Daños y Perjuicios" en donde detalló una serie de rubros reclamados: *i)* en concepto de gastos (costos de desagote, reparaciones de la red eléctrica, gastos notariales) y en concepto de *ii)* lucro cesante, la suma de $ 11.520,78. El Gobierno contestó demanda y solicitó su rechazo.

La jueza de primera instancia Lidia E. Lago rechazó la demanda (fs. 25/28 de la queja). Para así resolver, luego de analizar la normativa aplicable al caso (D.N.U. nº 1/01 y resols. 29/SDE/01 y 64/SG/01), la magistrada puntualizó que "[e]l art. 8º del DNU prevé ayuda directa para las personas que desarrollan actividades comerciales, industriales o de servicios que hubieran sufrido pérdidas ocasionadas por el temporal, en tanto el anexo de la resolución 29 antes referida precisa dichas pérdidas como las recaídas en mercaderías y mobiliario, excluyendo expresamente los daños en inmuebles. La parte no impugna dichas normas en las que, por el contrario, funda precisamente su reclamo, ni invoca razones claras y precisas que justifiquen debidamente la supuesta irrazonabilidad que alega. No efectúa tampoco una impugnación concreta del acto administrativo que rechazó su pretensión (resol. 11 del 8/2/2002 de la Secretaría de Desarrollo Económico), ni se hace cargo de los fundamentos que éste sustenta el que, por otra parte, ha sido dictado conforme las facultades y con el alcance que surgen del plexo normativo reseñado [...]. Asimismo, no debe perderse de vista que el otorgamiento de subsidios es una facultad discrecional del Estado, la que es objeto de control judicial cuando mediante su ejercicio se afecten razonablemente derechos constitucionales reconocidos [*sic*] circunstancia ésta que la parte no menciona ni ha intentado siquiera demostrar". Agrega la jueza "[q]ue por otra parte [...], no puede soslayarse que el DNU nº 1/01 requería expresamente, para acceder a sus beneficios, acreditar el cumplimiento de las obligaciones impositivas o haber adherido a un plan de facilidades (conf. art. 11); incluso el Anexo I de la resol. 29 exigía respecto de las personas que desarrollaran actividades comerciales, industriales y de servicios, no ser deudores del impuesto a los ingresos brutos. El actor, sin embargo, al suscribir la 'Declaración Jurada de Pérdidas Económicas' reconoció un atraso de seis meses en el pago del impuesto sobre Ingresos Brutos (conf. fs. 28), y no surge de autos ni lo dice la parte, que ello hubiese sido subsanado ya sea mediante el pago de todo lo adeudado o de la suscripción de un plan de facilidades. Por lo que tal circunstancia constituía también un valladar infranqueable para el otorgamiento del subsidio".

2. En lo que interesa a los fines del presente recurso de queja, debe señalarse que la actora apeló esa decisión. La Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, por unanimidad, hizo lugar al recurso de apelación, revocó en su totalidad la sentencia de grado y mandó, previa reasignación de la causa dictar una nueva sentencia sobre el mérito del asunto.

El 14/8/2007 la jueza de grado Elena Liberatore a quien se reasignó la causa, dictó sentencia (fs. 42/44). Hizo lugar a la demanda, condenó al Gobierno de la Ciudad a abonar al actor la suma de $ 11.720,78 con más intereses e impuso las costas a la vencida. Fundó su decisión en que la demandada no logró demostrar la existencia de caso fortuito y consideró, como factor de atribución de responsabilidad, la obligación de guarda con relación a los bienes que conforman el dominio público, en particular "...el estado de conservación, mantenimiento y eventual ampliación de los desagües pluviales que en la especie no resultaron aptos para evitar los perjuicios sucedidos".

Disconforme con lo decidido, la demandada apeló la sentencia (fs. 34/37 vta.). El GCBA se agravió en razón de que la sentenciante, si bien admitió que el acontecimiento metereológico del 24/1/2001 resultó extraordinario, afirmó que no resultó acreditado el caso fortuito. Enfatizó el apelante acerca del nivel que alcanzaron las precipitaciones aquel día —146,30 mm—, las consecuencias que ello provocó —desbordes de varios arroyos subterráneos— y la intensidad con que se desarrolló la lluvia. Entendió injusta la imputación de responsabilidad "...por una supuesta omisión de medidas u obras para impedir la inundación del local, cuando en realidad ni siquiera el actor esgrime esa razón en su demanda, ya que lo que cuestiona es no haber sido alcanzado por las medidas arbitradas, es decir el decreto de necesidad y urgencia ya mencionado, que, por otra parte el GCBA no estaba legal ni administrativamente obligado a brindarlas".

La Sala II de la CCAyT, por mayoría, rechazó la apelación interpuesta, con costas (fs. 50/54 vta.). Para arribar a esa solución, el tribunal superior de la causa invocó —en lo que aquí importa—: *i)* el principio de que todo perjuicio injustamente causado por el Estado debe repararse, *ii)* la teoría del sacrificio especial y su relación con la igualdad en las cargas públicas, *iii)* los principios de derecho público contenidos en los arts. 1112 y 1113 del Cód. Civil; la mención *iv)* de los elementos de la responsabilidad y, en particular, la falta de carácter novedoso de la precipitación y los consecuentes anegamientos; en este último sentido el tribunal hizo referencia a un caso análogo resuelto por la Sala ("Consorcio de Propietarios Olazábal 2546/50"). Sostuvo que "[e]l fundamento no es otro que la omisión de mantener en buen estado de uso y conservación las calles y caminos que se encuentran bajo su custodia, de acuerdo con lo previsto en los arts. 2340, inc. 7º del Cód. Civil y 2º de la ley 19.987". Con apoyo del

precedente antes mencionado, en particular en un informe producido allí por la Dirección de Emergencias Sociales y Defensa Civil, la Sala consideró que el Gobierno incurrió en una omisión antijurídica en tanto no cumplió con la obligación de adoptar las medidas de precaución necesarias para evitar que las precipitaciones causen la inundación por la parte que se reclama y, asimismo, descartó que se encontrara reunida la condición de imprevisibilidad para configurar el caso fortuito. En particular, sostuvo que "...el uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares importa para el estado la obligación de colocar sus bienes en condiciones de ser utilizados sin riesgos, de allí que la demandada debió adoptar las medidas de seguridad destinadas a ese fin. En consecuencia, debe concluirse que la omisión del deber estatal en procurar sistemas de drenaje eficaces y eficientes, ha funcionado como *causa adecuada* del daño sufrido por el actor, sin que la exigente invocada —caso fortuito— se haya verificado en el caso". Por último, en cuanto a este aspecto, afirma el tribunal que "toda vez que la inundación fue apta para deteriorar el inmueble por el que se reclama y no mediando en autos razón alguna que permita liberar al gobierno de su responsabilidad —culpa de la víctima o de un tercero por quien no deba responder—, existe el deber del estado de resarcir".

Asimismo, el tribunal superior de la causa, con remisión a lo que éste decidiera a fs. 306/8 —revocación de la primera decisión de primera instancia— desechó el agravio del Gobierno que consideraba injusta la atribución de responsabilidad por la omisión de medidas u obras para impedir la inundación del local, por cuanto ello no había sido esgrimido por el actor en su demanda, ya que éste sólo cuestionaba no haber sido alcanzado por el dec. 1/01.

Luego de corregir oficiosamente el capital de condena a $ 11.520, confirmó la sentencia apelada e impuso las costas al vencido.

3. Contra lo decidido por la Sala II de la CCAyT el Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 55/64 vta.). Los agravios constitucionales se circunscribieron a considerar arbitraria la sentencia impugnada. Consideró que se violó su derecho de defensa en juicio por el "hecho de no haber tenido en cuenta la Excma. Cámara, los hechos expresados por mi parte, en oportunidad de contestar la presente acción y la prueba que ofreciera al Servicio Meteorológico de la Nación, y el derecho invocado, y en la prescindencia del Tribunal de integrar debidamente el marco normativo que rige la noción de caso fortuito o fuerza mayor y los requisitos para que este instituto, se configure". Agrega que "[l]a Excma. Cámara desvirtúa la verdadera índole del reclamo, ya que el mismo fue perfectamente definido por el actor, que se quejó de no estar incluido en el plan del D.N.U. 1/01, del GCBA, siendo además que no lo estaba por no estar expresamente contemplado su caso en dicha norma.// Apartándose de normas

vigentes en el ámbito del GCBA, se decide, en el fallo que cuestiono, que el actor pretendía algo distinto a lo que surge del escrito de inicio".

El tribunal superior de la causa desestimó el recurso de inconstitucionalidad (fs. 66/67) con apoyo principal en el argumento de que el recurrente discrepa sobre la interpretación de reglas de derecho común y sobre la valoración de la prueba, por lo que concluyó que ello no significa que la sentencia sea infundada y, por ende arbitraria, ni tampoco pone de manifiesto la existencia de un caso constitucional.

4. Contra la denegatoria, el GCBA interpuso la presente queja (fs. 68/81). Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto sostuvo a fs. 99/101: "...el recurrente intenta demostrar que el análisis efectuado por el tribunal sobre las circunstancias fácticas y las pruebas producidas en autos, es constitucionalmente reprochable. Sin embargo del decisorio no surge que éste sea carente de fundamento o basado solamente en la voluntad de los sentenciantes. El hecho de que su actividad se oriente en una dirección contraria a los intereses del agraviado no importa afectación de derechos constitucionales, ni habilita a calificar al fallo de arbitrario". Por ello, consideró que "...las cuestiones alegadas por el demandado en sustento de los recursos de inconstitucionalidad y de queja, no habilitan —en principio— su tratamiento por ante esta instancia extraordinaria, pues los argumentos expuestos no logran conectar aquellas cuestiones con la infracción a las normas y principios constitucionales invocados".

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo. El Gobierno, en una errática presentación, intenta revertir lo decidido por la resolución que denegó su recurso de inconstitucionalidad. El quejoso consigna en su escrito bajo el título "IV.-Impugna Denegación del Recurso", una serie de argumentos expuestos de manera confusa y desordenada. Así, algunas de las alegaciones intentan muy vagamente cuestionar el auto denegatorio del recurso, otras pretenden de modo inadecuado y evocando los agravios del recurso denegado, sostener la queja volviendo sobre la sentencia de fondo.

En síntesis, la ausencia de una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad determinan la inadmisibilidad de la queja interpuesta.

2. No puedo dejar de señalar como *obiter,* que advierto la existencia en este proceso de una gran cantidad de errores técnicos, algunos de ellos muy elementales. Desde una demanda harto confusa que presenta de manera ambigua la causa de la pretensión, hasta una aplicación cuanto menos dudosa del prin-

cipio *iura novit curiae* por parte de la Cámara que se suman a la inexplicable abstención de ejercer su competencia positiva al considerar la sentencia de primera instancia dictada por la Dra. Lago. Estas observaciones, sin embargo, no podrían sostener una intervención que exceda los límites de la competencia que constitucionalmente le ha sido otorgada al Tribunal, abriendo un recurso de queja insostenible.

3. Por lo expuesto la queja es improcedente y consecuentemente he de confirmar que el recurso de inconstitucionalidad es inadmisible. Así voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de queja del GCBA crítica de modo mínimo, pero aun así suficiente, el auto denegatorio dictado por la alzada y sus agravios remiten al análisis de planteos de naturaleza constitucional vinculados con la afectación del derecho de defensa. En ese sentido, tal como fuera desarrollado al interponerse el recurso de inconstitucionalidad, se muestra que la Sala II CAyT condenó a la demandada como responsable de los daños que originaron el pleito, sin analizar los presupuestos propios de la obligación que impuso.

En cambio, la objeción del recurrente vinculada con el alcance que la sentencia de fs. 306/308 otorgó a la pretensión articulada en autos no puede progresar. El agravio del recurrente no desarrolla una crítica concreta y razonada del pronunciamiento de la Sala II, anterior a la sentencia de condena ahora impugnada, en el que se definió el objeto del pleito. En este sentido, el demandado no explica cómo aquella decisión que estimó que la demanda articulada por el Sr. Speroni "contiene (...) una acción por responsabilidad del Estado" menoscabó su derecho de defensa. Al margen de su acierto o error, el pronunciamiento apuntado involucra el ejercicio de una potestad privativa de los jueces de la causa que el recurrente no exhibe como arbitraria, pues no rebate el argumento del *a quo* según el cual "el tratamiento de la acción como un caso de responsabilidad del Estado en modo alguno podría importar una violación al derecho de defensa (...) habida cuenta de que, al momento de contestar demanda, el G.C.B.A. se refirió en forma detallada a su ausencia de *responsabilidad* en la producción de los daños alegados por el actor" (fs. 307 vta. de los autos principales). En este punto, el GCBA no demuestra que el modo en que se defendió en autos no guardaba relación con el contenido asignado a la pretensión de autos, ni por qué habría quedado impedido de debatir y producir la prueba que estimara acorde a un acción que advirtió se orientaba a reclamar la responsabilidad del estado local.

Con el alcance indicado, la queja debe ser admitida y el recurso de inconstitucionalidad, considerado.

2. Al emitir la sentencia que condenó al GCBA, la Sala II CAyT sostuvo que "Tal como fuera sentenciado por este Tribunal en (...) 'Consorcio de Pro-

pietarios Olazábal 2546/50', sustancialmente análogo al presente, la inundación del día 24/1/2001 no constituyó un hecho imprevisible —lo que descarta, claro está, el caso fortuito invocado— sino que resultó producto de la insuficiencia del sistema de drenaje de aguas. Incurrió así el gobierno local en una omisión antijurídica en tanto no cumplió con la obligación de adoptar las medidas de precaución necesarias para evitar que las precipitaciones causen la inundación por la que se reclama". Por ello, concluyó que "(...) la omisión del deber estatal en procurar sistemas de drenaje eficaces y eficientes ha funcionado como *causa adecuada* del daño sufrido por la actora". Además, agregó que "el daño es indemnizable (...) por el carácter del estado local de dueño o guardián de las calles públicas, dado que de acuerdo al art. 1113, 2º párr. del Cód. Civil, existe un deber objetivo de que las cosas no se tornen riesgosas ni se constituyan en fuente de daños para los ciudadanos" (fs. 402 de los autos principales).

Sin embargo, la sentencia no indica cuál es la prueba que acredita la falta de servicio imputada o cómo tuvo por acreditado el supuesto contemplado en el art. 1113, 2º párr., que se invocó para atribuir responsabilidad al demandado. En este sentido, si bien el *a quo* parece haber estimado que la inundación generadora de los daños reclamados evidenciaba, por sí, la insuficiencia o mal estado del sistema de drenaje, omitió señalar qué precisiones técnicas o peritajes obrantes en la causa permitirían sostener la conclusión aludida. El escueto fundamento de la sentencia recurrida, que remite a otro fallo cuya copia no se ordenó agregar a este pronunciamiento, impide al Tribunal considerar si la motivación *in aliunde* resultaba o no suficiente para responder a los planteos del GCBA.

3. En este sentido, la complejidad de la cuestión debatida imponía un desarrollo tan circunstanciado como fuere necesario para mostrar acabadamente la relación trazada entre los daños provocados por la lluvia y el sistema de drenaje y sumideros. La demora del escurrimiento de las aguas que ingresaron en el inmueble de la actora quedó ligada, en el pronunciamiento atacado, a la supuesta insuficiencia de la infraestructura mencionada sin que se hubiera explicado cómo se probó el punto. Así, por ejemplo, la influencia que pudo tener que el sector del inmueble que sufrió los daños reclamados fuera un subsuelo que funcionaba como garage de vehículos no mereció consideración alguna. Tampoco se analizó si, como sostuvo el GCBA al contestar demanda, la construcción de cocheras subterráneas no estaba prohibida pero exigía a sus propietarios "tomar las precauciones necesarias a los efectos de evitar filtraciones e inundaciones sobredimensionando sus sistemas de impermeabilización y desagüe" (fs. 67 de los autos principales). A este respecto, aunque la accionante esgrimió que contaba con una bomba de desagote que no pudo ser utilizada ante el corte de electricidad también provocado, según dijo, por las lluvias y, por su parte, el demandado sostuvo que no le constaba la existencia de una bomba instalada

en el local (fs. 7 y 66 vta. de los autos principales), la sentencia no analizó cuál sería la injerencia que esas cuestiones pudieron tener en relación con los daños reclamados en autos ni explicó en su caso, como contrapartida, por qué su valoración resultaría inconducente para resolver este pleito.

Por lo demás, aún dentro de la línea asumida por el *a quo*, el pronunciamiento no contiene desarrollo alguno que muestre cuál habría sido el resultado de contar con un sistema de drenaje de mayor volumen si, en ese aspecto, se analiza el efecto que puede provocar un conducto con más capacidad pero que, por sus características, al tiempo que aumenta la cantidad de liquido capaz de desagotar, también incrementa el volumen que puede transitar en sentido inverso por crecidas del curso de agua en el que desemboca la instalación.

En cualquier caso, es cierto, el mayor o menor desarrollo de los tópicos antes enunciados a modo de ejemplo, depende del marco legal definido para resolver el pleito; aspecto al que me referiré en lo que sigue.

4. De modo preliminar, conviene señalar que los presupuestos que deben verificarse ante las diferentes hipótesis que pueden suscitar la responsabilidad del Estado, no son siempre iguales entre sí, aunque algunos resulten comunes a todas ellas (v. gr. daño, imputabilidad y relación de causalidad). Por tanto, cuando se persigue o acuerda una reparación originada en el obrar ilegítimo del Estado será menester probar, como requisito distintivo, la antijuricidad del acto, hecho u omisión generador del daño. En cambio, cuando la obligación de reparar provenga de una actividad lícita del Estado, se deberá acreditar la existencia de un sacrificio especial de un sector, en beneficio del bien común, así como la relación *inmediata* y *exclusiva* entre el obrar lícito y el daño reclamado (*Fallos,* 312:2022). A su vez, la extensión de la reparación no siempre será idéntica porque, por ejemplo, la responsabilidad contractual restringe, por regla, los rubros indemnizables, si se la compara con la originada en obligaciones nacidas de una relación extracontractual; extensión que también puede mermar según que se trate del obrar legítimo o ilegítimo del Estado (v. gr. LPACABA, arts. 18, 9º, ley 238 y 122, ley 2095).

A este respecto, el fallo impugnado señala que en supuestos como el de autos la responsabilidad del estado encuentra sustento en "(...) la teoría del sacrificio especial y la igualdad ante las cargas públicas, porque los arts. 4º y 16 *in fine* de la C.N. determinan que las contribuciones exigidas a los habitantes deben ser equitativas y proporcionales. Si se produce un sacrificio especial por el acto legítimo o ilegítimo de cualquier órgano, debe restablecerse la igualdad de todos los habitantes a través de una indemnización, que estando a cargo del Estado, generalice el sacrificio especial que se ha exigido al damnificado" (fs. 400/401 de los autos principales).

La presentación unificada del fenómeno de la responsabilidad que formula el *a quo*, al margen de la opinión que pudiera suscitar, impone señalar algunas cuestiones. En primer término, el restablecimiento de la igualdad ante las cargas públicas requiere determinar si el hecho dañoso podría ser considerado como una carga o, siempre dentro del encuadre bajo estudio, si hay demostración de que el sistema público de escurrimiento impone un sacrificio especial a un grupo determinado. Cualquiera sea el tino de abordar el asunto desde esa perspectiva, lo cierto es que la parte actora reclama los daños ocasionados por un fenómeno natural, del que cree se derivaron en su desmedro mayores perjuicios que los causados a otros integrantes de la sociedad. A su vez, la sentencia impugnada asume que tales daños debieron ser evitados por el Estado, o mejor soportados por él, en un rol, equivalente al de un asegurador, para el que no busca apoyo ni en la C.N., ni en la CCBA ni en la ley.

De todos modos, la línea adoptada por el fallo en realidad parece postular una yuxtaposición de diversos supuestos de responsabilidad, en tanto alude a la hipótesis de falta de servicio (art. 1112 del Cód. Civil), a la contemplada en el art. 1113, 2º párr., también del Cód. Civil y, finalmente, al caso de responsabilidad por actividad lícita (fs. 401 y 402, puntos 5/6 de los autos principales). En tal contexto, la sentencia impugnada, por el modo en que abordó la cuestión no logró formular, para ninguna de las hipótesis enunciadas, un análisis de los presupuestos de responsabilidad que resulte completo. Así, la obligación que pesaba sobre el *a quo* en relación con el deber de fundar la condena emitida, exigía analizar los requisitos propios de la indemnización acordada.

Por tanto, si se hizo lugar a la demanda por falta de servicio, el fallo no pudo asumir automáticamente que los daños provocados por una inundación comprometen la responsabilidad del estado, pues debió indicar cuál era la prueba que acredita la insuficiencia del sistema de drenaje y el defectuoso estado de conservación de los sumideros para, luego, identificar la normativa que permite sindicar la inactividad material reprochada como antijurídica.

Por otra parte, la invocación del supuesto de responsabilidad contemplado en el art. 1113, 2º párr. del Cód. Civil, requería acreditar que el daño fue causado por la infraestructura que depende del GCBA y que, además, no se verificaban las causales de eximición allí contempladas.

A su turno, obligar a reparar los daños originados en el ejercicio de potestades lícitas del Estado, no identificadas en el fallo pero relativas, presumiblemente, a la prioridad asignada en materia de obra pública, no exigía demostrar obrar antijurídico pero sí, en cambio, requería exhibir la existencia de un sacrificio especial de un grupo seleccionado a favor del interés público, así como un riguroso estudio de la relación de causalidad para probar el nexo *inmediato* y *exclusivo* entre el obrar reprochado y los daños reclamados. En este terreno, adoptar la figura del Estado responsable, obligaría a precisar el análisis en torno,

por ejemplo, a la concurrencia de cuestiones como: existencia de una red de infraestructura insuficiente en condiciones habituales; prohibición de proveer un mayor servicio por decisión y a costa de los propietarios de inmuebles; evaluación de costos para determinar la relación entre la inversión requerida y los daños susceptibles de ser evitados o morigerados por el mejoramiento de los sistemas en juego, en orden a definir su factibilidad, entre otras. Se trata de una cuestión sumamente compleja que no cabe asimilar a la que justificó la compensación en precedentes como los de *Fallos,* 312:2266 (CSJN *in re* "Juncalan"), por estar ellos vinculados precisamente a una situación opuesta en que el estado condenado fue encontrado como habiendo contribuido con su obra a redistribuir el impacto del escurrimiento de las aguas que habría resultado de las fuerzas de la naturaleza. Basta señalar que allí la responsabilidad del estado se reclamaba, en términos generales, a partir de una decisión estatal que determinó orientar ex profeso un curso de agua hacia fundos particulares, a fin de preservar otras zonas, en función del interés público que se estimó comprometido.

Tampoco podría soslayarse que, cuando el rol asumido por el estado frente a daños como el que nos ocupa se traduce en la entrega de subsidios, será a cargo del beneficiario mostrar por qué la ayuda pública debió ser mayor que la estipulada o ser suministrada sin cumplir con los requisitos exigidos por la norma que la acuerda.

Desde la perspectiva que brindan las consideraciones precedentes, resulta indisputable que los presupuestos que fundan la responsabilidad del estado no admiten un tratamiento promiscuo que se desentienda del hecho generador de la responsabilidad para, en definitiva, terminar por neutralizar los unos con los otros.

En el marco reseñado, por las razones dadas, la sentencia impugnada presenta una fundamentación aparente que conduce a descalificarla como decisión jurisdiccional válida.

5. Todo lo dicho, sin embargo, no concede la razón (ni la niega) al planteo del GCBA referido al caso fortuito, ni conlleva admitir que el informe del Servicio Meteorológico Nacional permita sostener las conclusiones que el recurrente extrae de él. Lo que resulta evidente es que la condena dispuesta en autos ha omitido valorar cuestiones de hecho y derecho sin demostrar que ellas resultaban inconducentes para la decisión del pleito.

En tanto los planteos cuya ponderación obvió la Cámara tratan, centralmente según quedó expuesto, sobre cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional —ajenas por regla a la consideración de este Tribunal— la causa debe ser devuelta a la Cámara para que, por intermedio de jueces distintos de los que intervinieron en autos, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho.

Por las razones expuestas, voto por hacer lugar parcialmente a los recursos de queja e inconstitucionalidad planteados por el GCBA, revocar la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT obrante a fs. 400/404 del expediente principal, y remitir las actuaciones a la Cámara para que, con la intervención de otros jueces, se dicte una nueva sentencia en relación con el recurso de apelación de la parte demandada. Las costas del recurso de inconstitucionalidad deben ser impuestas a la vencida (art. 62, CCAyT).

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero al voto precedente del juez Luis F. Lozano por compartir los argumentos que lo sustentan. En efecto, entiendo que el recurso del Gobierno —pese a contener un escaso desarrollo de fundamentos constitucionales— resulta, sin embargo, suficientemente apto para justificar la apertura de la queja; en especial frente a una sentencia con defectos ostensibles de construcción de la decisión judicial que, aun en forma somera, han sido alegados por el recurrente. En suma, ante la duda que podría generar un recurso con ciertas falencias argumentativas pero que contiene básicamente planteos impugnatorios ciertos, debe primar el derecho constitucional de defensa en juicio y abrirse el recurso para su tratamiento por parte del Tribunal.

2. La lectura de la sentencia de Cámara permite advertir —tal como lo señala el Dr. Lozano— importantes deficiencias que impiden calificar al fallo como un pronunciamiento judicial válido por la carencia de fundamentos que sustenten la decisión a que se arriba. Da cuenta de ello, con total exactitud, el punto 2 del voto al que adhiero, al transcribir el fundamento central de la sentencia cuestionada que consiste básicamente en un precedente análogo que no sólo no se agrega en copia, sino que además, ni siquiera replica la parte de ese fallo que contendría los elementos probatorios (oficios, informes, pericias técnicas, opiniones de expertos, etc.) que condujeran a los jueces a determinar la existencia de responsabilidad estatal por los daños sufridos como consecuencia de la inundación del día 24/1/2001.

En tales condiciones, se configura un supuesto de arbitrariedad de sentencia que violenta el derecho constitucional de defensa en juicio (art 18, C.N.).

3. Por último, no puedo dejar de señalar mi coincidencia con las observaciones sobre el proceder de la Cámara en esta causa que efectúa la Dra. Alicia Ruiz en el 2° punto de su voto, aunque, precisamente, me conducen a la solución opuesta respecto de la apertura de la queja.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero a los puntos 1 a 3 del fundado voto del doctor Luis F. Lozano, en tanto allí se da acabada respuesta a los distintos agravios planteados por el

GCBA y se exponen con suficiencia los motivos por los cuales corresponde hacer lugar parcialmente a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por la accionada, revocar la sentencia obrante a fs. 400/404 de los autos principales y decidir el reenvío de la causa a la Cámara de Apelaciones en lo CAyT para que, por intermedio de otros jueces, se dicte un nuevo pronunciamiento.

2. Asiste razón al recurrente cuando alega la arbitrariedad de la sentencia impugnada (ello dicho en el sentido técnico del término) con motivo en que el tribunal *a quo* omitió el tratamiento de aspectos conducentes para dilucidar si correspondía atribuir responsabilidad al Estado local por los daños que se produjeron en el subsuelo del inmueble individualizado en autos, a partir de una inundación que tuvo lugar el 24/1/2001 luego de las intensas lluvias que arreciaron sobre la ciudad.

En efecto, en la decisión objetada no se han identificado las *pruebas* que llevaron a la Cámara a constatar la *falta de servicio* imputada a la demandada en el caso.

El tribunal *a quo* sostuvo que no correspondía atribuir carácter *imprevisible* a la inundación de marras, a pesar de que el fenómeno que la generó fue calificado por el Servicio Meteorológico Nacional como "una tormenta localmente muy intensa con récord de precipitación, medido en dos horas, de 132 mm y una intensidad máxima de 23.3 mm en cinco minutos"… "superando los valores extremos de todo el record del Observatorio de Buenos Aires" y "en cuanto a los vientos, en algunos barrios de la Ciudad (Villa Urquiza, Coghlan, Belgrano) las corrientes descendientes de la tormenta probablemente alcanzaron velocidades del orden de 100 km/h" (conf. fs. 134 bis/136 bis). Para fundar tal aserto, la Cámara afirmó sorpresivamente que, de acuerdo con las constancias de *otro expediente* que no se acompañan ni trascriben —circunstancia que impide tanto a la contraria como al Tribunal tenerlas en cuenta—, el GCBA tenía conocimiento de que incluso menores precipitaciones podían llegar a generar inundaciones en la zona (conf. fs. 402).

Así las cosas, considero que la genérica fundamentación utilizada en la decisión recurrida se revela insuficiente y no resulta idónea para contestar los argumentos vertidos por la demandada en el caso —teniendo en cuenta el inmueble involucrado en autos y sus características—. En este sentido, cabe añadir que no se ha explicado de qué modo los trabajos supuestamente omitidos por el GCBA hubieran resultado aptos para prevenir el daño cuya indemnización se pretende.

Al margen de lo expuesto, desde mi punto de vista, no resulta posible en el caso identificar —con el grado de certeza exigible para estos supuestos— cuáles son *los preceptos jurídicos* que el tribunal *a quo* consideró incumplidos por el GCBA, a la luz de las pruebas colectadas, para constatar la *falta de servicio* que justificó la condena —omisión consistente en no haber adoptado

"medidas de precaución necesarias para evitar que las precipitaciones causen la inundación por la que se reclama".

Las costas del recurso de inconstitucionalidad deben ser impuestas a la parte vencida (art. 62, CCAyT).

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* parcialmente a los recursos de queja e inconstitucionalidad planteados por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Revocar* la sentencia de la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario obrante a fs. 400/404 del expediente principal.

3º. *Remitir* las actuaciones a la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que, con la intervención de otros jueces, se dicte una nueva sentencia en relación con el recurso de apelación de la parte demandada.

4º. *Imponer* las costas del recurso de inconstitucionalidad a la vencida (art. 62, CCAyT).

5º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva a la Cámara como está dispuesto en el punto 3.

El juez Julio B. J. Maier no vota por estar en uso de licencia.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - José O. Casás.*

LXXVI

"MORELLO, ROBERTO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MORELLO, ROBERTO S/INF. ART. 4.1.1, AUSENCIA DE HABILITACIÓN Y DESVIRTUACIÓN DE RUBRO, L 451'"

RECURSO DE QUEJA: Suspensión del proceso. Gravamen irreparable.

SUMARIOS:

1. Del art. 33 de la ley 402 se desprende que el efecto suspensivo no es automático, ni propio de un recurso de queja interpuesto por el de inconstitu-

cionalidad denegado, y el TSJ puede conceder la suspensión, por excepción, cuando existen motivos suficientes que demuestren un daño de reparación posterior imposible. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhieren los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

Expte. nº 6365/08 - 31/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El imputado Roberto Morello interpuso recurso de queja (fs. 114/129) contra el auto denegatorio de los recursos de inconstitucionalidad agregados a fs. 83/95 y 96/111. Estos remedios procesales se vinculan, en lo que aquí importa, con la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones que confirmó parcialmente la sentencia de primera instancia —en cuanto había condenado al recurrente en relación a la falta prevista en el art. 4.1.1.2 de la ley 451—, redujo a la suma de mil unidades fijas la pena de multa impuesta y mantuvo la clausura parcial del establecimiento (conf. fs. 6/10 y rectificatoria de fs. 113).

2. El recurrente, en una presentación posterior a su queja (fs. 158), solicitó que "se decrete la suspensión del curso del procedimiento en los términos del art. 33 de la ley formal para este Excmo. Tribunal". Asimismo, informó que la sanción de clausura impuesta ya había sido ejecutada y, además, aportó copia de la decisión de primera instancia que —al tiempo que ordenó aplicar la pena de clausura— lo intimó al pago de la multa mencionada en el punto anterior (fs. 151/157).

El juez de trámite puso a consideración del Tribunal la petición reseñada en el párrafo anterior (fs. 159).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Como se desprende del art. 33 de la ley 402, el efecto suspensivo solicitado no es automático, ni propio de un recurso de queja interpuesto por el de inconstitucionalidad denegado. El TSJ puede conceder la suspensión, por excepción, cuando existen motivos suficientes que demuestren un daño de reparación posterior imposible.

Nuestro recurrente sólo ha formulado la petición, pero no la ha fundado, aspecto que sella su suerte. Por lo tanto, propongo no conceder efecto suspensivo al recurso de queja.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Luis F. Lozano dijeron:

Adherimos al voto del señor juez de trámite, Julio B. J. Maier.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero a los fundamentos y a la solución propuesta por el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, y me remito a los argumentos vertidos en sentido concordante al emitir mi voto en la causa "Tossi, Mauro Albis s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Nanfra, Damián Rodrigo y Tossi, Mauro Albis (responsables del local Eleven) s/inf. art. 82, CC'", expte. n° 6390/09, resolución firmada en el día de la fecha.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

La solicitud que se efectúa en los términos del art. 33, ley 402, para que el Tribunal Superior suspenda el trámite de ejecución de una sentencia condenatoria, no opera de manera automática frente a la simple petición del recurrente, sino que demanda —por su carácter excepcional— un desarrollo argumental serio y una demostración fundada acerca del gravamen concreto que podría provocar la continuación normal del curso del proceso, desarrollo y demostración que, como lo señala el señor juez de trámite, están ausentes en este caso. En consecuencia, no corresponde hacer lugar a la suspensión solicitada.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la solicitud de suspensión del proceso efectuada a fs. 158.

2º. *Mandar* que se registre y se notifique.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

En similar sentido se resolvió en la causa n° 6390/09 "Tossi, Mauro Albis s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Nanfra, Damián Rodrigo y Tossi, Mauro Albis (responsables del local Eleven) s/infr. art. 82 CC'" y su acumulado, expte. n° 6391/09 "Nanfra, Damián Rodrigo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Nanfra, Damián Rodrigo y Tossi, Mauro Albis (responsables del local Eleven) s infr. art. 82, CC'", también del 31/3/2009.

LXXVII

"GERIALEPH S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'RESPONSABLE DE LA FIRMA GERIALEPH S.A. S/INF. ART.(S) 2.2.14 SANCIÓN GENÉRICA L 451'"

RECURSO DE QUEJA: Suspensión del proceso. Gravamen irreparable.

SUMARIOS:

1. No puede admitirse la petición de aplicar efecto suspensivo al recurso de queja, fundado en que el pago de la multa colocaría en riesgo el "giro comercial" de la empresa, pues el hecho de denunciar el riesgo no significa demostrar que el gravamen es irreparable; mucho menos frente a la existencia de otras sanciones pecuniarias no recurridas. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

2. La solicitud, en los términos del art. 33, ley 402, de suspensión del trámite de ejecución de una sentencia condenatoria, no opera de manera automática frente a la simple petición del recurrente, sino que demanda —por su carácter excepcional— un desarrollo argumental serio y una demostración fundada acerca del gravamen concreto que podría provocar la continuación normal del curso del proceso, desarrollo y demostración que están ausentes en este caso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

3. Dado que la multa establecida por la controladora de faltas en la suma de $ 1.000 fue elevada, de oficio en sede judicial, a $ 10.000 el agravio de la recurrente está directamente relacionado con los arts. 13.3 y 106 de la CCBA, circunstancia suficiente para otorgar el efecto suspensivo requerido que, en realidad, es el que hubiera merecido el recurso de inconstitucionalidad. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6408/09 - 31/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La apoderada de Gerialeph S.A. interpuso recurso de queja (fs. 2/19) contra el auto de fs. 64/65 que denegó el recurso de inconstitucionalidad agre-

gado a fs. 54/62. A su vez, este último remedio procesal fue interpuesto contra la decisión de la Sala III de la Cámara de Apelaciones que, en lo que aquí interesa, confirmó la condena impuesta a la recurrente por la infracción prevista en el art. 2.1.2 de la ley 451 (acta de comprobación, serie 2, n° 1.110.214) y la multa de $ 10.000, decidida en primera instancia (fs. 38/43).

2. La recurrente, en dos presentaciones posteriores a su queja (fs. 66 y 72), solicitó al Tribunal la suspensión de las actuaciones tendientes al cobro de la multa cuestionada.

El juez de trámite puso a consideración del Tribunal la petición reseñada en el párrafo anterior (fs. 73).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Lo único cuestionado en las quejas es una de las multas impuestas (aquella fijada en $ 10.000).

2. El pedido de la recurrente se funda en que el pago de la multa colocaría en riesgo el "giro comercial" de la empresa (fs. 66). El hecho de denunciar el riesgo no significa demostrar que el gravamen es irreparable; mucho menos frente a la existencia de otras sanciones pecuniarias no recurridas. Debido a ello, propongo no admitir la petición de aplicar efecto suspensivo al recurso.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero al voto del señor juez de trámite, Julio B. J. Maier.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero a la solución que propicia en su voto el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, en tanto la solicitud para que se disponga el efecto suspensivo del recurso de queja deducido carece de la necesaria fundamentación orientada a demostrar el carácter irreparable del perjuicio que se denuncia (conf. este Tribunal *in re*: "Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/inf. falta de habilitación y otros'", expte. n° 4808/06, resolución del 4/10/2006, e "Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/inf. art. 9.1.1, obstrucción de inspección —apelación—'", expte. n° 5881/08, resolución del 4/6/2008, y sus citas, entre otros).

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

La solicitud que se efectúa en los términos del art. 33, ley 402, para que el Tribunal Superior suspenda el trámite de ejecución de una sentencia condenatoria, no opera de manera automática frente a la simple petición del recurrente, sino que demanda —por su carácter excepcional— un desarrollo argumental serio y una demostración fundada acerca del gravamen concreto que podría provocar la continuación normal del curso del proceso, desarrollo y demostración que, como lo señala el señor juez de trámite, están ausentes en este caso. En consecuencia, no corresponde hacer lugar a la suspensión solicitada.

El juez Luis F. Lozano dijo:

La queja articulada a fs. 2/19 demuestra que el recurso de inconstitucionalidad planteado contra la sentencia de la Sala III PCyF —que, en lo que ahora importa, confirmó la condena impuesta a la recurrente por la infracción prevista en el art. 2.1.2 de la ley 451—, compromete la interpretación y aplicación de cláusulas constitucionales (v. gr. arts. 13 y 106 de la CCBA y 17, y 18 de la C.N.).

La sanción cuestionada constituye el ejercicio de una función materialmente jurisdiccional, aun cuando en su origen aparezca encomendada a un órgano administrativo como lo son las UACF (ley 1271). En tanto Gerialeph sostiene que la multa establecida por la controladora de faltas nº 2 en la suma de $ 1.000 fue elevada, de oficio en sede judicial, a $ 10.000 su agravio está directamente relacionado con los arts. 13.3 y 106 de la CCBA (conf. mi voto *in re* "Transportes Veintidós de Septiembre SAC s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Transporte 22 de Septiembre SACI s/infr. arts. 6.1.63 violación de semáforos sin poder identificar al conductor. Ley 451'", expte. nº 6037/08, sentencia del 25/2/2009).

Esa circunstancia, basta para otorgar el efecto suspensivo requerido que, en realidad, es el que hubiera merecido el recurso de inconstitucionalidad que, por las razones dadas, era formalmente admisible. Así lo voto.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la solicitud de suspensión del proceso efectuada a fs. 66 y 72.

2º. *Mandar* que se registre y se notifique.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LXXVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'LIM, KYONG YUN S/ INFR. ART. 111, CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES —CC—'"

RECURSO DE QUEJA: Suspensión del proceso. Gravamen irreparable.

SUMARIOS:

1. Corresponde denegar la solicitud para que se disponga el efecto suspensivo del recurso de queja si carece de la necesaria fundamentación orientada a demostrar el carácter irreparable del perjuicio que se denuncia. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

2. La suspensión a la que se refiere el art. 33 de la ley local 402 no puede vincularse al procedimiento judicial, sino que se refiere a los efectos de una sentencia de mérito provisoriamente ejecutable. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 6418/09 - 31/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Defensa del Sr. Kyong Yun Lim interpuso recurso de queja (fs. 39/61) contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad cuya copia obra a fs. 19/29. En lo que aquí importa, la Sala III de la Cámara de Apelaciones confirmó la resolución de primera instancia en cuanto no había hecho lugar al pedido de concederle a Kyong Yun Lim la suspensión del proceso a prueba (conf. fs. 15/17).

2. El recurrente, en una presentación posterior a su queja (fs. 72/73), solicitó que "se suspenda el trámite del proceso, ello en razón a lo previsto en el art. 33, párrafo quinto *in fine* de la ley 402". Fundó dicha solicitud en "...razones de economía procesal y la naturaleza alternativa al juicio y la pena del instituto". Asimismo, informó que la jueza de primera instancia ha fijado fecha de audiencia de debate para el 1º de abril del año en curso.

El juez de trámite puso a consideración del Tribunal la petición reseñada en el párrafo anterior (fs. 74).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

La presentación de fs. 72/73 no muestra que estén dadas las condiciones para conceder el efecto suspensivo previsto en el art. 33, LPTSJ, por lo que el pedido debe ser rechazado.

La jueza Ana María Conde dijo:

El señor Defensor General se presentó el día viernes 27 de marzo, en la última hora hábil de ese día (14:07), para solicitar al Tribunal que resuelva suspender inmediatamente el trámite del proceso y deje sin efecto la citación a la audiencia de debate convocada por la jueza de primera instancia para el día miércoles 1º de abril durante las primeras horas de la mañana (10). Más allá de la improcedencia formal y material de su solicitud de suspensión (conf. voto del Dr. Maier —al que adherí— *in re* "Indutrab S.R.L. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en Recurso de queja en autos 'Indutrab S.R.L. s/no poseer plan y planos de evacuación y otras'", expte. nº 5966/08, resolución del 4/6/2008; o, incluso, mi propia opinión *in re* "Ministerio Público —Defensoría en lo Contravencional y de Faltas Nº 5— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Erice, Fabián; Erice Ariel y otros s/inf. art. 116 y 117 ley 1472'", expte. nº 5285/07, resolución del 1/6/2007), pienso que no escapa al conocimiento del distinguido peticionante que este Tribunal Superior, por lo general y salvo supuestos especiales, fija sus acuerdos para los días miércoles y era realmente difícil atender su reclamo a término —con la previa deliberación de sus cinco jueces— con el plazo efímero que nos ha concedido para valorar la situación particular de su defendido. Es importante señalar que la tardanza de esta petición aparece cuanto menos injustificable si tenemos presente que la audiencia que se pretende dejar sin efecto tuvo que ser notificada con una anticipación no menor a "diez días" (art. 45, ley 12). En ese orden de ideas resta agregar que al día 2 de marzo, al momento de interponerse la queja, dicha citación ya era una situación conocida por el distinguido peticionante (fs. 40 vta.), pero —no obstante ello— nada se dijo o solicitó en esa oportunidad. Es de esperar que en lo sucesivo, si el Defensor General considera proponible y ajustada a derecho una petición excepcional en los términos del art. 33, ley 402, la formule en tiempo útil y sin demoras innecesarias.

Por lo demás, viene al caso aclarar concretamente que todas las citas jurisprudenciales de la CSJN ("Acosta", "Herrera", "Padula" y "Menna", entre otras) en las que el peticionante busca apoyo para argumentar esta solicitud no tienen relación alguna con la facultad excepcional que tiene este Tribunal (art. 33, ley 402). El hecho de que algunos aspectos de la "suspensión del *juicio* a prueba" (art. 76 bis, C.P.) puedan resultar de interés del alto Tribunal

o que de presentarse determinadas circunstancias, corresponda, conforme a esa jurisprudencia, equiparar una resolución a "definitiva" no es una cuestión que deba examinarse en esta ocasión para resolver acerca de los efectos de una queja.

Voto por rechazar el pedido efectuado.

El juez José O. Casás dijo:

Corresponde denegar la petición efectuada por la defensa, en tanto la solicitud para que se disponga el efecto suspensivo del recurso de queja deducido carece de la necesaria fundamentación orientada a demostrar el carácter irreparable del perjuicio que se denuncia (conf. este Tribunal *in re*: "Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Correo Oficial de la República Argentina S.A. s/inf. falta de habilitación y otros'", expte. n° 4808/06, resolución del 4/10/2006, e "Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Hipódromo Argentino de Palermo S.A. s/inf. art. 9.1.1, obstrucción de inspección —apelación—'", expte. n° 5881/08, resolución del 4/6/2008, y sus citas, entre otros).

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

La defensa peticionó al Tribunal que se suspenda el curso del procedimiento, esto es, impedir que la justicia contravencional prosiga el trámite de la causa hacia la sentencia.

Resulta imposible que el Tribunal paralice un procedimiento judicial previsto por la ley. La suspensión a la que se refiere el art. 33 de la ley local 402 no puede vincularse al procedimiento judicial, sino que se refiere a los efectos de una sentencia de mérito provisoriamente ejecutable. En otras palabras, el defensor no trata de evitar la ejecución de una sentencia definitiva, único objeto de la previsión contenida en el art. 33, 4° párr., de la ley 402 (véase mi voto en "Indutrab S.R.L. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Recurso de queja en autos: Indutrab S.R.L. s/no poseer plan y planos de evacuación y otras'", expte. n° 5966/08, resolución del 4/6/2008 y en "Ministerio Público —Fiscal de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Santana, Ángelo Martín s/inf. art. 85, CC —portar armas no convencionales en la vía pública sin causa que lo justifique— apelación'", expte. n° 6065/08, resolución del 24/9/2008).

Por ello, voto por no hacer lugar a la solicitud reseñada.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En virtud de las circunstancias que motivan la solicitud y los argumentos desarrollados en el escrito de fs. 72/73, voto por dictar el efecto suspensivo.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *No hacer lugar* a la solicitud de suspensión del proceso efectuada a fs. 72/73.

2º. *Mandar* que se registre y se notifique en forma urgente con habilitación de día y hora.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LXXIX

"AGRUPACIÓN DE VECINOS MALDITOS PARQUÍMETROS (AVMP) C/GCBA S/SAO –OTROS"

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES: Competencia.

SUMARIO:

1. Corresponde rechazar la solicitud de recomendación que no encuadra en los supuestos previstos por el art. 113 de la CCBA, en los incisos relativos a situaciones en las que este Tribunal interviene sin que exista caso o causa (v. gr. conflicto de poderes, acción declarativa de inconstitucionalidad y materia electoral o de partidos políticos). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, José O. Casás y Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 6427/09 - 31/3/2009

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

La Sra. Sandra Vellido, sin acompañar documental que lo acredite, invoca su carácter de titular de la "Agrupación de Vecinos Malditos Parquímetros" y solicita al Tribunal que, previo traslado al Poder Ejecutivo y al Poder Legislativo de la Ciudad, emita una "recomendación" destinada a lograr que se dejen sin

efecto las multas labradas durante el período de prueba del sistema de estacionamiento medido que implementaron las resoluciones 48/GCBA/SSTRANS/08 y 60/GCBA/SSTRANS708 (fs. 1/6).

Luego de mencionar la situación de vecinos supuestamente alcanzados por el aludido régimen de multas señala que, esas sanciones, "son ilegales porque el Poder Ejecutivo puede dictar normas transitorias y experimentales sobre estacionamiento en general, pero no puede incluir la implementación de sistemas tarifados porque requiere para ello una ley formal del Poder Legislativo" (fs. 2).

Finalmente, reproduce una resolución de la Defensoría del Pueblo que se habría expedido en un sentido acorde a lo que aquí solicita.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

Tal como señala el señor fiscal general la presentación formulada a fs. 1/6 no encuadra en los supuestos previstos por el art. 113 de la CCBA, en los incisos relativos a situaciones en las que este Tribunal interviene sin que exista caso o causa (v. gr. conflicto de poderes, acción declarativa de inconstitucionalidad y materia electoral o de partidos políticos). La "recomendación" solicitada no intenta suscitar el ejercicio de la función que corresponde a los órganos permanentes del Poder Judicial, ni viene requerida en el marco de una controversia impulsada por el titular de los derechos que se denuncian comprometidos (art. 106, CCBA). Por ello, asiste razón al representante del Ministerio Público en cuanto propicia desestimar lo peticionado.

En consecuencia, de acuerdo con lo dictaminado a fs. 9, voto por rechazar el planteo articulado por la Sra. Vellido y ordenar su archivo.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Casi de más está decir que coincido con la advertencia del señor juez del trámite y con su rechazo de aquello que un actor, aparentemente identificado (Sandra Vellido), requiere, a manera de demanda. Pero es del caso destacar antes que la presentación no sólo concluye en un requerimiento imposible para el TSJ, sino que, antes bien, no cumple con los requisitos básicos de presentar una cuestión constitucional y señalar claramente la norma de carácter general que eventualmente impugna (conf. la jurisprudencia del Tribunal en "Villegas, Héctor c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1254/01, resolución del 15/11/2001; "Echegaray, Patricio y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 4286/05, sentencia del 15/3/2006; y "Asociación de Empleados del Poder Judicial de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5852/08, resolución del 18/6/2008, entre múltiples otros casos).

Los jueces Ana María Conde, José O. Casás y Alicia E. C. Ruiz dijeron:

Nos adherimos al voto del juez Luis. F. Lozano.

Por ello, y de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la presentación de fs. 1/6.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LXXX

"RISSO DE SILVA, LILIANA Y OTRO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'RISSO DE SILVA, LILIANA C/GCBA S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Arbitrariedad de sentencia. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD. REGULACIÓN DE HONORARIOS PROFESIONALES: Monto del proceso. Cuestiones de hecho y prueba. Derecho infraconstitucional.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe admitirse si, además de cumplir con los recaudos formales de interposición establecidos en el art. 33 de la ley 402, critica suficientemente el auto denegatorio dictado por la Cámara, al señalar que el caso constitucional que no fue considerado en el recurso de inconstitucionalidad, se encuentra planteado desde el momento en que, a través de una sentencia que pretende justificar la regulación de honorarios efectuada por el magistrado de grado, utiliza la fórmula genérica para confirmarlos sin expresar cuál fue la naturaleza y la complejidad del proceso, el mérito de la labor profesional desarrollada cuando solamente se limitó a contestar la demanda y alegar, y vincula esa falta de fundamentos con el derecho de defensa y el de propiedad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

2. Cabe hacer lugar al recurso de queja y al de inconstitucionalidad si ninguna de las razones por las cuales las actoras cuestionaron la regulación de los honorarios —que deberán sufragar como parte vencida a la que se han

impuesto las costas en ambas instancias— ha recibido una decisión fundada en la sentencia que resolvió la apelación. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

3. En el sistema judicial positivo, la decisión que admita o rechace el recurso de apelación, debe ponderar los agravios serios, enfrentarse con esos argumentos, claramente pertinentes para criticar la sentencia de primera instancia, de modo que, desde este punto de vista es controlable la sentencia dictada, bajo el paradigma de los derechos y garantías constitucionales. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

4. Cuando el defecto de la sentencia impugnada sólo consiste en una omisión y los planteos cuya ponderación omitió la Cámara tratan, centralmente, sobre cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional —ajenas por regla a la consideración de este Tribunal— la causa debe ser devuelta a la Cámara para que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento que tenga en cuenta aquellos aspectos involucrados en la decisión de la controversia. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y José O. Casás).*

5. Cabe hacer lugar a los recursos de queja y de inconstitucionalidad si la suma tomada como monto del proceso y, por ende, como base para el cálculo de los honorarios que vienen cuestionados, no encuentra relación con el beneficio económico que podría haberse desprendido del pleito (arts. 6º y 19 de la ley nacional 21.839, modificada por la 24.432). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 5959/08 - 31/3/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Liliana Risso de Silva y Elsa Risso de Sperber promovieron demanda contra el Gobierno de la Ciudad para impugnar la resol. 3329-DGR-01 que rechazó el recurso de reconsideración interpuesto por ellas contra las nuevas valuaciones de los inmuebles sitos en avenida Córdoba 2919/23 (fs. 1/2).

En lo que interesa a los fines de esta queja, el juez de primera instancia, tras rechazar la demanda, dispuso: "*2º)* En atención a lo regulado en los arts. 6º, 7º, 8º, 9º, 19, 37, 38, 47 y concordantes de la ley de arancel 21.839, art. 505 del Cód. Civil (...), y art. 13 de la ley 24.432; y teniendo en cuenta la

naturaleza del juicio, la importancia económica de la cuestión debatida y la calidad y eficacia de la labor desarrollada en las etapas del proceso ante esta instancia, regulase los honorarios del Dr. Marcelo Eduardo Varela por la dirección letrada de la parte demandada en la suma de $ 15.074 (pesos quince mil setenta y cuatro); [...] los honorarios del Dr. Luis Ricardo Silva por la dirección letrada de la parte actora en la suma de $ 8.120 (pesos ocho mil ciento veinte) [...] y los honorarios del perito arquitecto Carlos Doval en $ 3.315 (pesos tres mil trescientos quince)...” (fs. 9 vta.).

2. La parte actora apeló la sentencia. En cuanto la regulación de honorarios del letrado apoderado del demandado y del perito arquitecto, sostuvo que: *a)* el monto del juicio fue erróneamente calculado, ya que se estableció en $ 82.882 cuando debió serlo en $ 76.439; *b)* la fundamentación dada por el juez referida a la no aplicación de los mínimos arancelarios resultó contradictoria con las sumas efectivamente establecidas en la regulación que superan aquellos mínimos y son desproporcionadas con la tarea realizada.

La Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, por mayoría, confirmó la regulación de honorarios con el siguiente fundamento: “ponderando el monto del proceso, su naturaleza y complejidad, el resultado obtenido, las etapas procesales cumplidas y el mérito de la labor profesional desarrollada —apreciada por su calidad, eficacia y extensión— corresponde confirmar los honorarios regulados en la instancia de origen al mencionado letrado y al perito arquitecto (conf. arts. 6º, 7º, 9º, 33, 37, 40 y concs. de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432, y art. 386 CCAyT)” (fs. 13 vta.).

3. Las actoras interpusieron recurso de inconstitucionalidad contra la sentencia. Sostuvieron que lo decidido por la Cámara “...es claramente violatorio del derecho de defensa en juicio (art. 13, inc. 3º, CCBA y art. 18, C.N.) y del derecho de propiedad (art. 12, inc. 5º, CCBA y art. 17 C.N.) y constituye, en los términos expresados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, un típico caso de sentencia arbitraria”, ya que la Sala se apartó de las constancias de la causa y de las alegaciones de su parte, omitiendo considerar los agravios que formulara en su memorial en relación a la regulación practicada en primera instancia (fs. 15/17).

La Sala denegó la concesión del recurso ya que “el recurrente no ha planteado un genuino caso constitucional, sino una mera discrepancia con la valoración económica que esta Sala ha hecho respecto de las tareas desempeñadas en esta segunda instancia. No se encuentra controvertida la aplicación de normas constitucionales en forma precisa y directa...”. Agregó que tampoco podía concederse el recurso por “arbitrariedad” ya que “la sentencia puede ser objeto de críticas jurídicas pero no ser descalificada como autocontradictoria, o carente de lógica o de insuficiente fundamentación jurídica” (fs. 19/20).

4. Contra la denegatoria, las actoras dedujeron el recurso de queja agregado a fs. 21/23 vta. El señor fiscal general adjunto consideró en su dictamen que el recurso fue "interpuesto por escrito fundado, dentro del término de ley" y que en tanto "los agravios vertidos por las recurrentes se circunscriben a impugnar la decisión del tribunal en cuanto confirmó la regulación de los honorarios, del letrado apoderado del demandado y del perito arquitecto, que efectuó el magistrado de la primera instancia, por considerarlos elevados" no correspondía que él se pronuncie sobre el fondo del recurso "toda vez que la pretensión deducida, por corresponder estrictamente a la satisfacción de intereses particulares, no amerita el ejercicio de las competencias propias de este Ministerio Público Fiscal". No obstante, agregó que "la queja interpuesta no efectúa una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad ni rebate argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara resolvió no concederlo. De ese modo, considero que el recurso articulado, no satisface el requisito formal de constituir una impugnación autónoma, autosuficiente y fundada de la resolución interlocutoria que le denegó aquel recurso" (fs. 51/53).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso de queja de la parte actora cumple con los recaudos formales de interposición establecidos en el art. 33 de la ley 402. Además, critica suficientemente el auto denegatorio dictado por la Sala I al señalar que el caso constitucional (que la Cámara no consideró presente en su recurso) "se encuentra planteado desde el momento en que, a través de una sentencia que pretende justificar la regulación de honorarios efectuada por el magistrado de grado, utiliza la fórmula genérica para confirmarlos sin expresar cuál fue la naturaleza y la complejidad del proceso, el mérito de la labor profesional desarrollada cuando solamente se limitó a contestar la demanda y alegar" (fs. 22, párrafo séptimo) y vincula esa falta de fundamentos con el derecho de defensa y el de propiedad (fs. 22, párrafo octavo).

La cuestión es retomada en el capítulo "3.3.2. Arbitrariedad" al señalar que la Sala confirmó la regulación "sin hacerse mínimamente cargo de las alegaciones efectuadas por la parte actora en su escrito de expresión de agravios" (fs. 23, párrafo quinto), comportamiento que lesiona sus derechos de defensa y propiedad (fs. 23, séptimo párrafo), al igual que la utilización de una fórmula ritual y la cita de diversas normas arancelarias para fundar la sentencia. El hecho de que el recurrente titule ese capítulo bajo la voz *arbitrariedad* —aquí empleada paradigmáticamente como *agravio*, pues la sentencia no está, en sí misma, infundada—, conforme a la especial pauta cultural del foro porteño, influenciado por la doctrina de la CSJN, no desmejora el agravio, antes bien emparentado con el principio de congruencia y el *iura curia novit*, pues responder al caso planteado por quienes litigan —sin construirlo desde la misma decisión— es

el primer deber de un tribunal de justicia. En el recurso de apelación, el escrito de interposición representa tanto como la demanda para la sentencia del juez de instancia inferior.

Procederé, en consecuencia, a considerar el recurso de inconstitucionalidad desde esa órbita, el derecho de defensa mencionado por quien litiga (CCBA, 13, inc. 3º, y C.N., 18), incluido en él la garantía de acceso a la justicia para la solución de sus conflictos (CCBA, 12, inc. 6º), como lesión constitucional no mencionada por el recurrente, pero ínsita en el requerimiento no bien la sentencia del recurso de apelación deja de atender groseramente sus agravios, que abrieron la jurisdicción del tribunal de apelación precisamente para ser examinados y contestados. Por lo contrario, resulta errónea la cita del derecho de propiedad de quien litiga (C.N., 18, y CCBA, 12, inc. 5º) como lesión constitucional, pues de nada se ha privado al recurrente todavía y, precisamente, si en algo pudiera quedar afectado ese patrimonio eventualmente, lo afectará en el futuro una sentencia judicial firme, la misma que todos los protagonistas de este proceso, incluido él —el recurrente— estamos buscando.

2. El punto VIII de los fundamentos de la sentencia dictada por la Cámara al resolver el recurso de apelación expresa: "En cuanto a los agravios vertidos en contra de la regulación de honorarios del letrado apoderado de la demandada y del perito arquitecto actuante en autos, ponderando el monto del proceso, su naturaleza y complejidad, el resultado obtenido, las etapas procesales cumplidas y el mérito de la labor profesional desarrollada —apreciada por su calidad, eficacia y extensión— corresponde confirmar los honorarios regulados en la instancia de origen al mencionado letrado y al perito arquitecto (conf. arts. 6º, 7º, 9º, 33, 37, 40 y concs. de la ley 21.839, modificada por la ley 24.432, y art. 386 CCAyT)" (fs. 13 vta.).

Cabe recordar que "los agravios vertidos en contra de la regulación de honorarios" a los que hace referencia la Cámara fueron, sucintamente reseñados, los siguientes: *a)* los honorarios deben ser disminuidos porque de la base tomada por el juez ($ 82.882) debe deducirse la suma de $ 6.443 que la actora no cuestionó por considerarla valuación legítima, lo que da como resultado la suma de $ 76.439; *b)* la sentencia de primera instancia es contradictoria pues se fundamenta en la "no aplicación de los mínimos arancelarios" pero regula los honorarios de la dirección letrada de la demandada ($ 15.074) y del perito ($ 3.315) en sumas que superan esos mínimos y son desproporcionados con la tarea realizada.

El mero cotejo de lo planteado por la parte recurrente y lo decidido, a ese respecto, por el tribunal de apelaciones, pone en evidencia que los agravios no han sido considerados, o que si lo fueron, no se han expuesto en la sentencia las razones que justificaron su rechazo. Así se ve que las recurrentes cuestionaron, con una sencilla cuenta, la determinación del monto del proceso efectuado en primera instancia, y que ello no mereció respuesta alguna en la sentencia, que

sólo menciona que ponderó el "monto del proceso", sin expresar cuál era la suma considerada para la regulación.

Similar reparo merece el segundo agravio que las actoras formularan contra la regulación de primera instancia. Cualquiera que sea mi opinión en relación a que si en esa sentencia el *a quo* expresó (justificó) que se apartaría del mínimo legal y luego no lo hizo (como lo afirma la parte recurrente), lo cierto es que se trata de un agravio que tampoco fue considerado por el tribunal de alzada.

De tal forma, ninguna de las dos razones por las cuales las actoras cuestionaron la regulación de los honorarios —que deberán sufragar como parte vencida a la que se han impuesto las costas en ambas instancias— ha recibido una decisión fundada en la sentencia que resolvió la apelación.

3. Lo dicho en los puntos precedentes no concede la razón —ni la niega— a los planteos de las actoras referidos a la base de cálculo que debe considerarse para la regulación de los honorarios, ni a la interpretación que ella efectúa de la sentencia de primera instancia para tacharla de contradictoria. Pero me parece indiscutible que, en el sistema judicial positivo que integramos, la decisión que admita o rechace su recurso de apelación, debe ponderar los agravios serios, enfrentarse con esos argumentos, claramente pertinentes para criticar la sentencia de primera instancia. Desde este punto de vista es controlable la sentencia dictada, bajo el paradigma de los derechos y garantías constitucionales ya citados.

4. En tanto el defecto sólo consiste en una omisión y los planteos cuya ponderación omitió la Cámara tratan, centralmente, sobre cuestiones de hecho, prueba y derecho infraconstitucional —ajenas por regla a la consideración de este Tribunal— la causa debe ser devuelta a la Cámara para que, por quien corresponda, dicte un nuevo pronunciamiento que tenga en cuenta aquellos aspectos involucrados en la decisión de la controversia.

5. Por las razones expuestas, voto por hacer lugar a los recursos de queja e inconstitucionalidad interpuestos por Liliana Risso de Silva y Elsa Risso de Sperber, revocar el punto 2 del dispositivo de la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT, cuya copia fue agregada a fs. 11/14, y remitir las actuaciones a la Cámara para que, por quien corresponda, dicte una nueva sentencia frente al recurso de apelación de la parte actora y su contestación por parte del demandado, en lo atinente a la regulación de honorarios cuestionada. Las costas del recurso de inconstitucionalidad deben ser impuestas a la vencida (art. 62, CCAyT). Procede devolver el depósito efectuado por el recurrente (véanse 47 y decisión de fs. 49, punto I).

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Julio B. J. Maier.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Coincido con el juez Maier en que la queja es admisible en tanto formula una crítica, si bien escueta, suficiente para habilitar la consideración del recurso de inconstitucionalidad.

2. En el recurso de inconstitucionalidad las recurrentes alegan la afectación de los derechos de defensa y de propiedad, tachan de arbitraria a la sentencia que impugnan y dan fundamentos adecuados para sostener sus agravios.

3. Comparto, pues, el análisis y las consideraciones que expone el juez de trámite en los apartados 2, 3, y 4 de su voto, y consecuentemente adhiero a la solución que propone.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con la solución propuesta en el voto del juez de trámite, Julio B. J. Maier; máxime, considerando que la suma que ha sido tomada como "monto del proceso" y, por ende, como base para el cálculo de los honorarios que vienen cuestionados, no encuentra relación con el beneficio económico que podría haberse desprendido del pleito (véanse arts. 6º y 19 de la ley nacional 21.839, modificada por la 24.432). No puede evaluarse como contenido económico del juicio la diferencia de las valuaciones fiscales, cuando ello no tendría más repercusiones (favorables o desfavorables) en los patrimonios de las partes (GCBA y demandante) que el monto extra de tributo para el que sirve como base de cálculo (por ejemplo, ABL) que estaría obligado a pagar el propietario. Cabe resaltar, al solo efecto ilustrativo, que desde 2001 a 2007 las leyes tarifarias de la Ciudad gravaron el ABL con un 5,5 por mil del valor del inmueble. Así las cosas, considerando esa tasa y los montos regulados, los honorarios dispuestos por el juez de primera instancia y confirmados por la Cámara resultan desproporcionados y carecen de sustento legal.

El juez José O. Casás dijo:

Participo de los fundamentos y la solución que propicia mi colega el doctor Julio B. J. Maier como juez de trámite. Asimismo, hago mías las manifestaciones que a mayor abundamiento ilustran el voto del doctor Luis F. Lozano en cuanto sostienen que el "monto del proceso" de marras se desprende de las consecuencias que de futuro se provocarán a favor del erario público y en desmedro del patrimonio del contribuyente, a partir de la nueva base de cálculo para las contribuciones inmobiliarias; circunstancia que deberá ser ponderada en la especie al momento de fijar los estipendios profesionales.

Voto, por tanto, por declarar procedente la queja; hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la parte actora; dejar sin efecto el punto 2 del dispositivo de la sentencia de la Sala I cuya copia fue agregada a fs. 11/14; imponer las costas a la parte vencida (art. 62, CCAyT); reintegrar el depósito y

devolver las actuaciones a la Cámara para que, por intermedio de otros jueces, se dicte un nuevo pronunciamiento.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir el recurso de queja* y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteados por Liliana Risso de Silva y Elsa Risso de Sperber, con costas.

2º. *Devolver* el depósito de fs. 47.

3º. *Revocar* el punto 2 del dispositivo de la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo CAyT, cuya copia fue agregada a fs. 11/14, y remitir las actuaciones a la Cámara para que, por quien corresponda, dicte una nueva sentencia frente al recurso de apelación de la parte actora y su contestación por parte del demandado, en lo atinente a la regulación de honorarios cuestionada.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva a la Cámara como está dispuesto en el punto 3.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LXXXI

"CONSULTORES NAVESUR S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'CONSULTORES NAVESUR S.A. C/GCBA S/COBRO DE PESOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Cuestiones de hecho y prueba. Arbitrariedad de sentencia. CONTRATO ADMINISTRATIVO: Prueba. Forma. Llamado a contratación. Selección. Acuerdo de voluntades. Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA: Principio de congruencia.

SUMARIOS:

1. Es un requisito mínimo para la concesión del recurso de queja que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del auto denegatorio

del recurso de inconstitucionalidad, y que no se limite a expresar la disconformidad con la resolución del litigio y repetir argumentos expresados a lo largo de la causa, sin rebatir el fundamento de inexistencia de caso constitucional en que se basó la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

2. El recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto este tribunal sólo puede ingresar al conocimiento de un caso, cuando se trata de asuntos que versan sobre la interpretación o aplicación de normas de la Constitución Federal o de la Ciudad Autónoma, supuestos que no se verifican si el recurrente manifiesta su desacuerdo con la valoración realizada por los jueces de mérito de los hechos y prueba de la causa. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

3. La prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente ligada a la forma en que el contrato queda legalmente perfeccionado, de modo que si no se requiere que se firme o suscriba un instrumento específico, y el acuerdo de voluntades se hubiere producido, el contrato puede acreditarse con un instrumento o testimonio que contenga o comprenda las piezas respectivas de las cuales resulte dicha fusión de voluntades; en cambio, cuando la legislación aplicable exige la específica existencia de un contrato escrito, el contrato debe probarse con dicho específico documento escrito, pues se trata de un requisito formal o esencial de su existencia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. Al no existir ninguna norma específica que regule la locación de servicios cuando el locador es el Estado, para determinar cuál es la forma exigible de dicho contrato debe acudirse a las normas de la Ley Nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos, vigente al momento de desarrollarse los hechos objeto de este proceso. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Ante la ausencia de normas especiales que determinen cuál debe ser la forma de la locación de servicios en cuanto contrato administrativo, por aplicación analógica del art. 8 de la ley 19.549 dicho contrato debe instrumentarse por escrito, o al menos deben existir documentos escritos referidos al procedimiento de formación y celebración del acuerdo de voluntades. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. Para que resulte admisible el reclamo sobre la base del enriquecimiento sin causa de la Administración, el actor debe demandar con fundamento en esa causal de reparación, probar que efectuó prestaciones útiles y la cuantía de su empobrecimiento. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. Por aplicación del principio de congruencia, la Cámara no podía pronunciarse respecto del enriquecimiento sin causa dado que la actora no solicitó en su demanda la aplicación del instituto. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

8. No puede admitirse el agravio relativo al empobrecimiento sin causa si no se individualiza ningún elemento probatorio que permita refutar la sentencia de la Cámara en cuanto tuvo por no acreditado el *quantum* del emprobrecimiento del accionante. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

9. El incumplimiento de la carga, en cabeza de la actora, de demostrar los graves vicios de la sentencia atacada —requisito ineludible para la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad—, conduce al fracaso del recurso de inconstitucionalidad, que no puede ser subsanado oficiosamente por este Tribunal, pues se encuentra limitado en su actuación por los planteos de las partes, desde que lo contrario implicaría desequilibrar la igualdad procesal de los litigantes con la consecuente violación del debido proceso y la defensa en juicio de la demandada. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

10. Ha sido mal denegado el recurso de inconstitucionalidad si la Cámara, para resolver que no existió un contrato, es decir un acuerdo de voluntades, entre la actora y la ex MCBA, no tuvo en cuenta ni la normativa vigente ni las pruebas agregadas en el *sub lite* que resultaban conducentes para la solución de la controversia. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

11. Los contratos configuran, a diferencia de los actos administrativos, un acuerdo de voluntades que confluyen para dar nacimiento a una relación jurídica específica, y en cuya virtud las partes se obligan a cumplir prestaciones frecuentemente recíprocas, de modo que la administración, como regla, no puede revocar un contrato por sí haciendo uso de las facultades que le acuerda el dec. 1510/97, en las situaciones previstas en sus arts. 14 a 18 —y antes del dictado de esa norma, las que le acordaban los arts. 14 a 18 de la ley 19.549, aplicables por la ex MCBA en virtud de lo dispuesto por la ley 20.261—. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

12. Los actos de llamado a contratación y de selección, son, ya sea que estén o no formalizados como tales, actos administrativos, y no contratos. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

13. El hecho de que los actos de llamado a contratación y de selección sean actos administrativos lleva a que, como tales, les resulten aplicables todas las reglas legales previstas para los actos de esa especie, es decir, entre otras, aquellas en cuya virtud la administración puede revocar por sí cualquiera de esos actos, cuando esté afectado de nulidad absoluta y no estuviere firme, consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo (salvo en el supuesto en que el interesado hubiere conocido el vicio al momento de su dictado, supuesto en el cual podrá ser revocado en sede administrativa, aun cuando se den las situaciones enunciadas); o cuando éste sea anulable siempre que el interesado hubiere conocido el vicio. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

14. Cuando el vicio determina la extinción *ex tunc* del acto que llama a contratación o la del de selección, junto con cualquiera de ellos caen sus con-

secuencias y, por ende, el contrato; pero, si la extinción es *ex nunc*, cosa que depende de la naturaleza del vicio, esa invalidez no se extendería al contrato que, por hipótesis, precede a la anulación de cualquiera de ellos. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

15. Ha sido mal denegado el recurso de inconstitucionalidad si la sentencia apunta genéricamente, apoyándose en citas doctrinarias y jurisprudenciales, que la validez de los contratos administrativos está sujeta a las formalidades exigidas por las normas en cuanto a la forma en que deben ser instrumentados y al procedimiento de selección llevado a cabo para la contratación, pero no indica una regla según la cual los contratos de locación de servicios celebrados por la ex MCBA, carácter que guarda el invocado por la actora en el *sub lite*, estarían sometidos a solemnidades cuya omisión conlleve su nulidad o inexistencia. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

16. El *a quo* no pudo afirmar, a la luz de las constancias de la causa, que no existía un texto escrito en el que la Administración haya expresado su voluntad, sin dar cuenta, al menos, de las copias de los despachos y demás documentación agregada al expediente, pues más allá de que no incumbe a este Tribunal en esta etapa valorar integralmente las pruebas arrimadas, lo cierto es que varias son las que constituyen constancias escritas que prestarían apoyo a la acreditación de la existencia del acuerdo de voluntades denunciado por la actora. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

17. En virtud de lo dispuesto en los arts. 1627 1052 del Cód. Civil, de encontrarse acreditada la prestación de los servicios que denuncia la actora; situación que no se encuentra negada por la demandada, ellos deben ser abonados aun en los supuestos en que el contrato hubiese sido celebrado por un monto inferior, o en el que este último resultare nulo. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. n° 6064/08 - 31/3/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Consultores Navesur S.A. promovió demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires por cobro de la suma de pesos ciento ochenta y ocho mil ciento ocho con dos centavos —$ 188.108,02— (fs. 114/120 de los autos principales).

Sostiene que se dedica a realizar tareas de despachante de aduana y que a mediados del año 1992 la Dirección General de Compras y Contrataciones de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires contrató en forma directa sus servicios con el fin de realizar trámites de exportación temporaria, traslados y

retornos de instrumentos musicales pertenecientes a la Orquesta Filarmónica de Buenos Aires en su gira por distintas ciudades de Europa (en principio, Madrid y Sevilla, y luego se agregaron Amsterdam y Atenas), así como también la importación de telas, perlas y pedrería para la obra del ballet "La bayadera", que se presentaría en el Teatro Colón.

Por la realización de dichas tareas sólo recibió un pago parcial por la suma de $ 58.109,34, relacionados con el flete aéreo de Atenas a Buenos Aires, y ante la falta de pago de los restantes gastos y honorarios incurridos realizó en setiembre de 1992 un reclamo administrativo ante la Dirección General de Contrataciones y Compras de la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, y solicitó la verificación de su crédito en los términos del dec. 225-GCBA-1996. Ante la falta de respuesta, presentó un pedido de pronto despacho, el cual no había sido resuelto a la fecha de presentación de su demanda.

2. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires contestó la demanda, solicitando su rechazo (fs. 165/176).

Basó su defensa en que no existe un contrato que sustente la facturación presentada por la actora, y que aún en el supuesto que se considere existente el hipotético contrato, el mismo sería nulo por vicios en la competencia, la causa y el procedimiento.

3. El señor juez de primera instancia dictó sentencia, rechazando en todas sus partes la demanda entablada, con costas a la actora vencida (fs. 450/461).

4. La actora dedujo y fundó su apelación contra dicha sentencia (fs. 474/483), que fue oportunamente contestada por la parte demandada (fs. 485/489).

La Cámara resolvió rechazar el recurso de apelación y confirmar la sentencia de primera instancia, con costas a la actora vencida (fs. 496/500).

5. La accionante interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 504/512), que fue contestado por el demandado (fs. 516/520), y declarado inadmisible por la Cámara, con costas a la actora vencida (fs. 522/523).

6. Contra dicha decisión la actora interpuso la presente queja (fs. 2/9 del expte. nº 6064).

7. El señor fiscal general adjunto, en su dictamen, propició el rechazo de la queja por considerar que no se había logrado exponer fundadamente un caso constitucional (fs. 27/29 de la queja).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Si bien el recurso de queja interpuesto por la actora fue deducido en tiempo oportuno (art. 33, LPTSJ), no puede prosperar.

2. Es un requisito mínimo para la concesión de la queja que contenga, básicamente, una crítica concreta y razonada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, recaudo que el escrito en examen no reúne, ya que se limita a expresar su disconformidad con la resolución del litigio y repetir argumentos expresados a lo largo de la causa, pero no rebate el fundamento en que se basó la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad: la inexistencia de caso constitucional.

Este Tribunal ya ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada destinada a rebatir argumentativamente las razones por los cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso, obsta a la procedencia de la queja puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrarla (conf. el Tribunal *in re* "Guglielmone, María Dolores s/art. 74, CC s/recurso de queja", expte. nº 291/00, resolución del 22/3/2000; "Góngora Martínez, Omar Jorge s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Góngora Martínez, Omar Jorge c/Banco de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3264/04 y sus citas, resolución del 23/2/2005).

3. Si bien lo expuesto precedentemente es suficiente para rechazar la queja, cabe agregar que el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara, en tanto este tribunal sólo puede ingresar al conocimiento de un caso, cuando se trata de asuntos que versan sobre la interpretación o aplicación de normas de la Constitución federal o de la Ciudad Autónoma. Estos supuestos no se verifican en el presente caso, en el que el recurrente manifiesta su desacuerdo con la valoración realizada por los jueces de mérito de los hechos y prueba de la causa, olvidando que el recurso de inconstitucionalidad no erige al Tribunal en una tercera instancia sobre hechos ni sobre derecho común, materias ajenas —en principio— al recurso de inconstitucionalidad que se intenta.

La recurrente alega que la sentencia impugnada vulnera derechos y principios constitucionales (arts. 17 y 18, C.N.). Sin embargo, no da razones que vinculen la cuestión que pretende articular con la solución que impugna, motivo por el cual resulta aplicable, entonces, la reiterada doctrina del Tribunal según la cual "[l]a referencia ritual a derechos constitucionales si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente (...) ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad" (conf. "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. n° 131/99, resolución del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 20 y ss.).

4.1. Las falencias desarrolladas precedentemente no pueden ser sorteadas mediante la invocación de la arbitrariedad de la sentencia apelada, ya que el

recurrente expresa su discrepancia con la decisión del tribunal *a quo*, sin llegar a demostrar en qué forma la aplicación de la resolución cuestionada afectaría las garantías constitucionales referidas directamente al caso.

Dado el carácter excepcional de esta doctrina pretoriana, para que una sentencia sea considerada "arbitraria" debe demostrarse rigurosa e inequívocamente el vicio que atribuye al fallo recurrido (*Fallos,* 303:387), lo que exige del recurrente un esfuerzo para desbaratar el meollo argumental de la decisión judicial que ataca.

Ahora bien, la sentencia definitiva de la Cámara confirma el rechazo de la demanda efectuado en primera instancia, basándose en los siguientes fundamentos:

– la inexistencia de un contrato administrativo que haya ligado a la actora y a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, habida cuenta la ausencia de un documento escrito que exprese la voluntad de las partes (considerando V del voto del Dr. Corti, fs. 498/499); que la actora no planteó en su demanda el reconocimiento de un derecho de restitución con sustento en el principio del enriquecimiento sin causa, lo cual, en virtud del principio de congruencia, impide que los jueces se pronuncien al respecto (considerando VII del voto del Dr. Corti, fs. 499/500); aun cuando fuese admisible fundar la decisión en el instituto del enriquecimiento sin causa, los elementos probatorios obrantes en autos no acreditaron el *quantum* del menoscabo patrimonial sufrido por la demandante, requisito imprescindible e ineludible para el éxito de dicha pretensión (considerando VII del voto del Dr. Corti, fs. 499/500).

Si la actora pretendía demostrar la arbitrariedad de la sentencia de Cámara, debió haber rebatido las argumentaciones detalladas precedentemente, individualizando los hechos, pruebas y piezas procesales obrantes en autos que no fueron debidamente ponderados por la Cámara, y que permitan formar convicción sobre *i)* la real existencia de un contrato administrativo, o bien sobre *ii)* el oportuno planteo del enriquecimiento sin causa y *iii)* la efectiva acreditación del *quantum* del empobrecimiento del accionante.

Sin embargo, como veremos a continuación, nada de ello ocurrió.

4.2. Respecto de la real existencia de un contrato administrativo que ligase a Consultores Navesur y a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, la accionante manifestó que el *a quo* omitió considerar los siguientes elementos (véanse 5/8 vta. de la queja):

– el dec. 1343/92, que autorizó la gira europea de la Orquesta Filarmónica de Buenos Aires durante el período comprendido entre el 23/6/1992 al 21/7/1992; la nota suscripta el 29/10/1992 por el Dr. Cohen, a cargo

en aquel momento de la Dirección Administrativa y de Control —Dirección General de Compras y Contrataciones — Subsecretaría de Finanzas y Contabilidad (obrante a fs. 1 del expte. admin. 1638/92);

– la nota suscripta el 19/2/1993 por el Sr. Caffi, que se desempeñaba como Director General de la Orquesta Filarmónica de Buenos Aires de la Secretaría de Educación y Cultura (obrante a fs. 8 del expte. admin. 1638/92); la nota suscripta por el Dr. Mazzara Bologni, que se desempeñaba como Contador General de la Secretaría de Hacienda y Finanzas, y el Lic. Martínez, Director de Control Legal —Contaduría General— Secretaría de Hacienda y Finanzas (obrante a fs. 129 del expte. admin. 344-DGCC-93; y el pago de $ 58.109,34 realizado por la demandada a la actora e imputado a solventar los gastos incurridos con motivo del flete aéreo que unió Atenas-Buenos Aires (conf. fs. 58 del expte. 344-DGCC-93).

La recurrente sostiene que dichas constancias, especialmente el pago realizado, acreditan la efectiva prestación de servicios por su parte, y la real existencia de un vínculo contractual que ligaba a las partes. Sin embargo, y como veremos a continuación, dichos elementos no prueban la existencia de un contrato válido sino, a lo sumo, la realización de distintas tareas por parte de la empresa Consultores Navesur, que fueron remuneradas parcialmente.

La prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente ligada a la forma en que el contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando no se requiere que se firme o suscriba un instrumento específico, y el acuerdo de voluntades se hubiere producido, el contrato podrá acreditarse con un instrumento o testimonio que contenga o comprenda las piezas respectivas de las cuales resulte dicha fusión de voluntades; en cambio, cuando la legislación aplicable exigiere la específica existencia de un contrato escrito, el contrato deberá probarse con dicho específico documento escrito, pues se trataría de un requisito formal o esencial de su existencia (Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, 4° ed. actualiz., pp. 145/146, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998).

De acuerdo con la índole de las tareas realizadas por Consultores Navesur, la presente cuestión debe analizarse a la luz de las reglas de la locación de servicios y las normas de derecho público local. Como no existe ninguna norma específica que regule la locación de servicios cuando el locador es el Estado, para determinar cuál es la forma exigible de dicho contrato debe acudirse a las normas de la Ley Nacional 19.549 de Procedimientos Administrativos, vigente al momento de desarrollarse los hechos objeto de este proceso.

Y ello en tanto el art. 7º, inc. f) de la ley 19.549 disponía —en su redacción original, vigente al desarrollarse los hechos de la causa— que “los contratos que celebre el Estado, los permisos y las concesiones administrativas se regirán

por sus respectivas leyes especiales, sin perjuicio de la aplicación analógica de las normas del presente Título, si ello fuere procedente". Por su parte, el art. 8º de la citada ley establece que "el acto administrativo se manifestará expresamente y por escrito; indicará el lugar y fecha en que se lo dicta y contendrá la firma de la autoridad que lo emite; sólo por excepción y si las circunstancias lo permitieren podrá utilizarse una forma distinta".

Sobre la base de lo expuesto, ante la ausencia de normas especiales que determinen cuál debe ser la forma de la locación de servicios en cuanto contrato administrativo, por aplicación analógica del art. 8º de la ley 19.549 dicho contrato debió instrumentarse por escrito, o al menos deben existir documentos escritos referidos al procedimiento de formación y celebración del acuerdo de voluntades, lo que no indicó en el recurso en análisis.

En efecto, en el supuesto de autos la recurrente ni siquiera mencionó un solo documento que permita visualizar cuál fue el proceso seguido para elegir al contratista, qué funcionario designó a Consultores Navesur como contratista, las características y obligaciones del servicio que debía prestar, la remuneración acordada. Se limita a sostener que existió un contrato y que ello lo prueba el pago realizado y el reconocimiento de varios funcionarios en notas obrantes en el expediente administrativo, pero no advierte que dichas actuaciones apuntan a probar la realización de tareas y no el contrato en sí.

En conclusión, ante la falta de individualización por parte del recurrente, y la ausencia de documentos escritos en las actuaciones administrativas obrantes en autos que permitan inferir la existencia de un contrato entre Consultores Navesur y la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, no puede afirmarse que exista un vínculo contractual entre ambas partes.

Y aun cuando, realizando un esfuerzo, consideráramos existente un acuerdo de voluntades de carácter contractual, el mismo carecería de toda validez, conforme la regla pretoriana según la cual "...la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación..." (*Fallos,* 308:618 y 316:382; entre muchos otros). La nulidad se desprendería no solo de los vicios en la forma de instrumentación, sino también en el procedimiento, ya que no existe ninguna actuación administrativa que acredite el cumplimiento del procedimiento de elección del contratista previsto en el dec. ley 23.354/56 - Ley de Contabilidad (véanse arts. 55 y 56) y en el dec. 5720/72 - Reglamento de las Contrataciones del Estado, que por regla es previa licitación pública, y por excepción debidamente fundada mediante licitación privada, remate público o contratación directa.

4.3. En cuanto al planteo oportuno del instituto del "enriquecimiento sin causa", cabe recordar lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Ingeniería Omega" (*Fallos*, 323:3924, sentencia del 5/12/2000).

En el considerando 10 del voto de la mayoría, el Tribunal Cimero expresó que "...tampoco corresponde fundar la decisión condenatoria, como lo hizo el *a quo*, en los principios del enriquecimiento sin causa, toda vez que ello importa una grave violación del principio de congruencia, puesto que la actora fundó su demanda de 'cobro de pesos' en el supuesto incumplimiento contractual, y no en la institución citada.// En este sentido, cabe recordar que esta Corte ha resuelto que los presupuestos de procedibilidad de la acción de enriquecimiento sin causa deben ser previstos al incoarse la demanda, así como también que la carga de la prueba corresponde a la actora (arts. 163, inc. 6º, 330 y 337, segunda parte, del CPCCN, *Fallos,* 292:97...".

Este Tribunal ha acogido dicha pauta jurisprudencial al sostener que "...para que resulte admisible el reclamo sobre la base del enriquecimiento sin causa de la Administración, el actor debe demandar con fundamento en esa causal de reparación (conf. *Fallos:* 323:3924), probar que efectuó prestaciones útiles y la cuantía de su empobrecimiento (conf. *Fallos,* 312:741; 323:3924)..." ("Sanecar SACIFIA c/GCBA s/cobro de pesos s/recurso de apelación ordinario", expte. nº 1860/02, sentencia del 5/11/2003, considerando 5.c).

En este proceso, la Cámara consideró que la actora no solicitó en su demanda la aplicación del instituto del enriquecimiento sin causa, lo que le impedía pronunciarse al respecto, por aplicación del principio de congruencia. Si la accionante pretendía desbaratar este razonamiento, tenía dos opciones: *i)* individualizar el o los fragmentos de la demanda donde habría planteado la pretensión de cobro fundada en el enriquecimiento sin causa; o bien *ii)*, si lo consideraba pertinente, cuestionar la doctrina emanada de la sentencia de la Cámara y del fallo citado de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y expresar y fundamentar por qué no resultaba necesaria basar la demanda en el enriquecimiento sin causa.

Sin embargo, nada de ello ocurrió. Es más, la lectura de la demanda (obrante a fs. 114/120) permite advertir que la presente acción fue fundada exclusivamente en el presunto incumplimiento contractual de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires ya que, según la recurrente, existió una contratación directa válida; ni una sola línea fue dedicada al enriquecimiento sin causa, ni siquiera en forma subsidiaria.

4.4. Por último, la actora no ha individualizado ningún elemento probatorio que permita refutar la sentencia de la Cámara en cuanto tuvo por no acreditado el *quantum* del empobrecimiento del accionante.

El incumplimiento de esta carga procesal me eximiría de mayores análisis, sin perjuicio de lo cual quiero puntualizar las siguientes deficiencias probatorias:

– gran parte de las sumas de dinero reclamadas en el presente proceso proviene de facturas de la actora que, por tratarse de documentos ex-

pedidos en forma unilateral por la propia parte, y al incluir su ganancia u honorarios, no pueden probar por sí solas el empobrecimiento del demandante; no se pudo probar la autenticidad de otras facturas (expedidas por las empresas Express S.R.L., Intercontor Hellas Ltda. de Atenas-Grecia y Estibajes y Cargas S.R.L.), ya que la actora desistió a fs. 395 de la producción de la pertinente prueba informativa.

Las facturas expedidas por la empresa española Muñoz y Cabrero no pudieron ser reconocidas (conf. respuesta del exhorto obrante a fs. 389, y posterior desistimiento de fs. 395).

Si bien existen otros gastos realizados por la actora conforme facturas expedidas por otras empresas (Edcadassa y Aerolíneas Argentinas), cuya autenticidad fue acreditada mediante prueba informativa (véanse 307 y 313/316), lo cierto es que ello resulta notoriamente insuficiente para acreditar el empobrecimiento alegado por la actora.

Por lo tanto, si consideráramos admisible fundar la decisión en el instituto del enriquecimiento sin causa, ello no sería posible ya que no fueron adecuadamente probados por presupuestos de procedibilidad de la acción. Si bien distintos elementos probatorios obrantes en autos permiten probar la efectiva realización de las prestaciones invocadas, no ocurre lo mismo con la medida del empobrecimiento del demandante.

4.5. En síntesis, que la parte recurrente discrepe con el razonamiento efectuado por la Cámara, como ocurre en este caso, no significa que la sentencia devenga infundada y, por ende, arbitraria (conf. *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, pp. 282 y ss., en: "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción de inconstitucionalidad", expte. n° 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas), pues "si el fallo apelado, dictado por los jueces de la causa, es fundado y serio, aun cuando pueda discutirse con base legal la doctrina que consagra o sus consecuencias prácticas, no resulta aplicable la jurisprudencia excepcional establecida en materia de arbitrariedad" (*Fallos,* 237:69).

El incumplimiento de la carga, en cabeza de la actora, de demostrar los graves vicios de la sentencia atacada —requisito ineludible para la aplicación de la doctrina de la arbitrariedad—, conduce al fracaso del presente recurso, y no puede ser subsanado oficiosamente por este Tribunal, quien se encuentra limitado en su actuación por los planteos de las partes, porque lo contrario implicaría desequilibrar la igualdad procesal de los litigantes con la consecuente violación del debido proceso y la defensa en juicio de la demandada.

Los defectos en la actuación procesal de las partes pueden conducir, en ciertas ocasiones, al rechazo de pretensiones que, con una estrategia procesal diferente por parte del sujeto interesado, podrían haber tenido favorable

acogida en sede judicial. Pero, en el marco de un sistema procesal dispositivo —cuyas reglas son aplicables con mayor celo cuando se ventila una cuestión exclusivamente patrimonial, como ocurre en este caso—, ese resultado es atribuible exclusivamente a la conducta procesal de la parte, que no puede ser reinterpretada ni subsanada por la actuación judicial, que debe ceñirse al principio de imparcialidad.

5. En mérito a lo expuesto, considero que la queja planteada debe ser rechazada.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Adhiero a la solución que propone la jueza de trámite, Ana María Conde, en el sentido de que corresponde rechazar la queja de Consultores Navesur S.A. (fs. 2/9), por las razones que siguen.

2. La queja no cumple el recaudo de fundamentación prescripto por el art. 33 de la ley 402 ya que no rebate las razones por las que la Sala I de la CCAyT no concedió el recurso de inconstitucionalidad. La ausencia de dicho requisito define la improcedencia del recurso directo cuya finalidad consiste en poner en crisis el juicio de admisibilidad negativo efectuado por la Cámara.

Pese al título que encabeza su apartado IV ("...Improcedencia de la desestimación del recurso de inconstitucionalidad..." —con mayúsculas en el original—), la presentación directa constituye una mera reedición del recurso denegado y no incluye entre sus argumentos una impugnación de la resolución que lo motiva.

A mayor abundamiento, destaco que no resulta acertada la objeción de la recurrente consistente en señalar que "...la resolución impugnada (...) nada menciona respecto de la arbitrariedad invocada..." (fs. 7 vta.) pues la Cámara trató el agravio mencionado en el apartado IV del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad.

Es requisito necesario de la queja que contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad ("Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 *bis* —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001). Y, por lo dicho en el párrafo precedente, el escrito de fs. 2/9 no satisface las condiciones indicadas.

3. Voto, pues, por rechazar la queja que dedujera Consultores Navesur S.A. a fs. 2/9.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiero al voto y a la solución que propone la jueza del trámite, Ana María Conde —a la que también adhiere la jueza Alicia E. C. Ruiz— en el

sentido de que corresponde rechazar la queja de Consultores Navesur S.A. (fs, 2/9) por las razones que aquéllas exponen en sus respectivos votos. En efecto, mis colegas llegan a esa conclusión, en primer lugar, por considerar que la queja no cumple el recaudo de fundamentación prescripto por el art. 33 de la ley 402, ya que no rebate las razones por las que la Sala I de la CCAyT decidió no conceder el recurso de inconstitucionalidad. Según lo expresa la señora jueza del trámite, este Tribunal ha dicho reiteradamente que la ausencia de una crítica desarrollada y fundada, destinada a rebatir argumentativamente las razones por las cuales la Cámara resolvió no conceder el recurso, obsta a la procedencia de la queja, puesto que la presentación resulta así privada del fundamento tendiente a demostrar la procedencia del recurso interpuesto, esto es, el error de la decisión de rechazo, sobre la que versa la queja (véase jurisprudencia mencionada en el voto citado). El escrito de queja adolece del vicio indicado: repite versiones anteriores de otros recursos, en lugar de contradecir los argumentos del *a quo*.

Por lo demás, el recurso de inconstitucionalidad fue correctamente denegado por la Cámara. El TSJ sólo pude conocer de un caso, cuando se trata de asuntos que versan sobre la interpretación o aplicación de normas de la Constitución Nacional o de reglas pertenecientes a la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Estos supuestos no quedan verificados en el caso, en el que el recurrente manifiesta apenas su desacuerdo con la valoración realizada por los jueces de mérito sobre la prueba desarrollada en la causa y la fijación de hechos consustancial a esa valoración. Valoración de prueba y fijación de hechos son, en principio, responsabilidad de los tribunales de mérito; esas labores quedan fuera de la competencia recursiva del TSJ y del fundamento del recurso extraordinario de inconstitucionalidad: el recurso de inconstitucionalidad no constituye al TSJ como una tercera instancia sobre hechos ni sobre la interpretación del derecho común, materias ajenas, en principio, a la impugnación de que se trata. Demostración de que el recurso de inconstitucionalidad apela a una nueva valoración de prueba y fijación de hechos está constituida aquí por el mismo voto disidente y la tarea que él asume.

La recurrente arguye que la sentencia cuestionada transgrede derechos y principios constitucionales (arts. 17 y 18, C.N.). Contesta bien el voto que preside esta sentencia con la alusión al precedente básico "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja" expte. nº 131/99, resolución del 23/2/2000, en: *Constitución y Justicia* (Fallos del TSJBA), Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 20 y ss., pues, en el caso, sólo se trata de referencias rituales. La inteligencia de esas reglas de garantía no está en juego en el caso o, cuando menos, el recurrente no ha dado razones serias para considerarlas afectadas por la sentencia.

Sobre el motivo "arbitrariedad", aducido por el recurrente —como por todos quienes concurren a este estrado—, mi posición es mucho más estricta

que la comprensión genérica de mis colegas del Tribunal y que la doctrina de la CSJN, creadora del instituto (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. n° 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005), aspecto que sólo menciono para que se advierta mi imposibilidad, en el caso, de concluir por revocar la sentencia de un tribunal de mérito (Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala II) sobre la base de un agravio indefinido, como el indicado por el recurrente. Vale la pena indicar que, en tanto la queja impugna la falta de concesión del recurso, ese motivo debería abarcar o calificar a la decisión de rechazo, algo que, sencillamente, no se advierte en el recurso intentado y, más aún, decisión cuyos argumentos este voto comparte, según se lee.

Por supuesto, mi adhesión también se refiere a la petición —intempestiva— de la doctrina del enriquecimiento sin causa, que el voto de la señora jueza del trámite valora al final (nros. 4.3 y 4.4). En principio, son los tribunales de mérito los autorizados a interpretar el alcance de la demanda, su ámbito de relaciones discutidas y, como se sabe, los tribunales de mérito no ubicaron esa petición como posibilidad para la sentencia. Es correcto afirmar, como lo hace el voto citado, que, para la recurrente, quedaban dos caminos, incluso sumados: quizás cuestionar la doctrina suprema que cita el voto o, de lo contrario, expresar en qué lugar de la demanda se hallaba la petición eventual, más el intento de verificar el importe de su empobrecimiento y el beneficio de la contraparte; nada de ello ocurre en el recurso.

En razón de lo expuesto, el recurso de hecho (fs. 2/9) debe ser rechazado.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Dra. Ana María Conde.

2. Más allá del acierto o error de lo decidido por la Cámara, entiendo que los agravios propuestos al Tribunal por la vía intentada no resultan idóneos para demostrar la existencia de un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402, pues remiten al conocimiento de asuntos propios de los jueces de la causa, vinculados exclusivamente a la valoración de hechos y pruebas, a la interpretación de preceptos de derecho infraconstitucional, así como a la determinación de las cuestiones comprendidas en la *litis* y del alcance de las pretensiones de las partes (conf. doctrina de *Fallos,* 270:162; 284:109: 291:268; 295:548; 300:468, 689; 301:449, 712; 302:175, 1044; 303:774; 304:635; 315:1645, entre muchos otros, aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

3. Así entonces, más allá de que se comparta o no el criterio adoptado en la sentencia objetada para evaluar si: *a)* existe o no un contrato entre las partes; *b)* los servicios cuyo pago reclama la actora se prestaron efectivamente; *c)* la demanda contiene una pretensión fundada en el enriquecimiento sin causa, y *d)* la recurrente ha aportado al expediente la prueba conducente para demostrar el *quantum* del menoscabo patrimonial por el que reclama, lo cierto es que, tal como lo sostienen mis colegas preopinantes en sus respectivos votos, el presente caso no versa sobre la interpretación o aplicación de normas de la Constitución Nacional o de la Ciudad.

En este punto, cabe recordar que la doctrina de la arbitrariedad no tiene por finalidad abrir una nueva instancia ordinaria donde puedan discutirse cuestiones de hecho y prueba, ni la corrección de fallos equivocados o que se consideren tales, sino que sólo admite los supuestos de desaciertos u omisiones de gravedad extrema a causa de los cuales los pronunciamientos no pueden adquirir validez jurisdiccional (conf. doctrina de la CSJN, *Fallos*: 323:3139, entre muchos otros).

Por los argumentos expuestos, corresponde rechazar el presente recurso de queja y dar por perdido el depósito de ley.

Así lo voto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de inconstitucionalidad, como se verá en los puntos que siguen, fue mal denegado.

2. La recurrente tacha de arbitraria la sentencia de Cámara. Sostiene que el *a quo* no pudo afirmar, a la luz de las constancias agregadas en la causa, que no existía un contrato celebrado entre su parte, la sociedad anónima Consultores Navesur, y la en ese entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. Ello así, porque, a su criterio, está acreditada en el *sub examine* la existencia de: *i)* un acuerdo celebrado entre ellas; *ii)* servicios prestados a la ex Municipalidad; y *iii)* un pago parcial por esos servicios, por la suma de $ 58.109,34.

La actora relata que la Dirección General de Compras y Contrataciones de la ex Municipalidad contrató sus servicios, a mediados del año 1992, para tramitar la exportación temporaria, y contratar traslados y retorno de los instrumentos musicales de la Orquesta Filarmónica de Buenos Aires y de los elementos de la obra de ballet "La Bayadera" (telas, perlas, pedrería, etc.). Ello a propósito de la gira que esa Orquesta haría por distintas ciudades de España —Madrid y Sevilla— en cumplimiento de lo dispuesto por el dec. 1343/92. Señala que durante su curso, la gira fue extendida a otras ciudades de Europa (Ámsterdam y Atenas), en respuesta a las invitaciones recibidas durante sus presentaciones en España. Esa última situación, aduce, la puso en la necesidad de tener que contratar los servicios de empresas europeas que llevaran a cabo todos los traslados

necesarios de las mencionadas mercaderías dentro de ese continente; servicios que, afirma, fueron solventados por ella, dada la urgencia que revestían.

Según resulta del escrito de inicio, al que remite el recurso de inconstitucionalidad en este aspecto (véase fs. 509 vta./510), la actora inició la presente acción con el objeto de lograr el cobro de los siguientes importes, más sus intereses: *i)* $ 4.381, correspondientes a sus honorarios por el retiro de los instrumentos musicales pertenecientes a la Orquesta Filarmónica del Aeropuerto Internacional de *Ezeiza*, el 8/8/1992; *ii)* $ 75.637,55, correspondientes al reintegro de los pagos efectuados por su parte a la sociedad anónima española Muñoz y Cabrero, cuya tarea principalmente, consistió, según apunta la recurrente, en trasladar los instrumentos musicales de la mencionada Orquesta por distintos países y ciudades europeas; *iii)* $ 5.259,38, en concepto de reintegro por los gastos ocasionados por la importación de las telas y pedrería correspondientes a la obra "La Bayadera"; y, por último; *iv)* $ 999,80, en concepto de honorarios por esa importación.

3. Adelanto que asiste razón al recurrente en cuanto sostiene que la Cámara para resolver que no existió un contrato, es decir un acuerdo de voluntades, entre la actora y la ex MCBA, no tuvo en cuenta ni la normativa vigente ni pruebas agregadas en el *sub lite* que resultan conducentes para la solución de la presente controversia, por lo que debe ser revocada.

3.1. Para decidir en el sentido que lo hizo (v. punto 4 de los resultas), el *a quo* buscó apoyo en argumentos que no sólo hacen a la forma que debió revestir, a su criterio, la contratación en cuyo cumplimiento invoca haber obrado la actora sino que también señaló cuestiones relativas al procedimiento que deben guardar todas las contrataciones que realiza el estado. En este orden de ideas, expresó, entre otras afirmaciones, que*: i)* coincidía con la señora fiscal en que la actora no logró desvirtuar los fundamentos del magistrado de grado referidos a la inexistencia de la "'contratación directa' invocada" (fs. 498); *ii) "'...en el ámbito del derecho público y, más específicamente del derecho administrativo, los aspectos formales y procedimentales de los contratos son presupuestos indispensables para su validez'"* —la cursiva corresponde al original— (fs. 498); *iii)"'la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuento a la forma y procedimiento de contratación'"* —la cursiva corresponde al original— (fs. 499).

Esa circunstancia lleva a tener que analizar la presente cuestión en una forma más amplia.

3.2. Primeramente, corresponde distinguir distintas situaciones que pueden tener lugar en el marco de un proceso de contratación, a saber: *i)* que el procedimiento de selección del contratista sea inválido porque fue realizado

en contraposición de lo que las normas vigentes prescriben; *ii)* que el acto de selección padezca algún vicio que impida tenerlo por válido; y, por último, *iii)* que el contrato no se encuentre instrumentado adecuadamente.

3.2.1. Con relación a las dos primeras situaciones enunciadas en el párrafo que antecede, hay que diferenciar dos cuestiones. Una cosa es el contrato en si mismo y otra son los actos que disponen: *a)* el llamado a contratación y *b)* la adjudicación al contratista.

3.2.1.1. Los contratos configuran, a diferencia de los actos administrativos, un acuerdo de voluntades que confluyen para dar nacimiento a una relación jurídica específica, y en cuya virtud las partes se obligan a cumplir prestaciones frecuentemente recíprocas. Esa circunstancia lleva a que la administración, como regla, no pueda revocar un contrato por sí haciendo uso de las facultades que le acuerda el dec. 1510/97, en las situaciones previstas en los arts. 14 a 18 de ese decreto —y antes del dictado de esa norma, las que le acordaban los arts. 14 a 18 de la ley 19.549, aplicables por la ex MCBA en virtud de lo dispuesto por la ley 20.261—. Reconocerle a la Administración potestades para revocar por sí y ante sí dicho acuerdo importaría, por un lado rezagar al cocontratante, quien quedaría a merced de la voluntad cambiante de la Administración y soslayar la voluntad de éste, exteriorizada en el contrato. Por lo demás, tampoco puede pasar inadvertido que su derecho de propiedad presumiblemente resultaría afectado como consecuencia de la revocación. En coincidencia con lo expuesto, el art. 7º del mencionado dec. 1510/97 establece en su último párrafo que "[l]os contratos que celebren los órganos y entidades alcanzadas por esta ley se regirán por sus propias normas especiales, sin perjuicio de la aplicación directa del presente título *en cuanto fuese pertinente*" (sin destacar en el original). Ese texto asume que, para aplicar las normas del título respectivo, entre las que se encuentran los mencionados arts. 14 a 18, es menester mostrar que son "pertinentes" en cuanto a la situación a resolver, esto es, no son aplicables automáticamente sino después de una demostración de que la regla pertenece también al sistema regulatorio de los contratos. (conf. mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Datco S.A. y otros c/GCBA s/impugnación actos administrativos'", expte. n° 5831/08, sentencia del 3/9/2008).

En ese precedente, a su vez señalé que:

Sin perjuicio de la valla a la aplicación extensiva de las reglas que nos ocupan, que determina la circunstancia de que la voluntad del administrado no es objeto del que pueda disponer la Administración, aquella otra consistente en que el objeto de un contrato administrativo puede involucrar la prestación de un servicio público u otros aspectos propios del ejercicio de un poder público, no susceptible, por hipótesis, de delegación propia en el administrado, la Administración, en quien recae la competencia para ello, debe poder, en

cualquier momento, reasumirla cuando la adecuada prestación del servicio o la decisión de dictar por sí la medida se encuentren comprometidas. Los medios para hacerlo deben ser respetuosos de la Constitución, tanto en cuanto preserva la organización del poder público como en cuanto reconoce derechos a los administrados; y, en última instancia, deben equilibrar ambos contenidos constitucionales haciendo prevalecer al que concita un interés general, pero sólo en la medida en que dicho interés lo impone. A ese fin, tanto la Administración como los jueces están sujetos, en primer término, a los dictados del legislador, quien, a su turno, lo está a los de la Constitución.

En este orden de ideas, la existencia de medios específicos previstos en la ley para resguardar el interés público, tales como el rescate en el supuesto de los servicios públicos, es razón suficiente, en ausencia de otras de sentido opuesto, para posponer la aplicación de reglas que tienen por objeto la voluntad de la Administración, no la del administrado, y solamente cuando y en cuanto fuere "pertinente", la de la Administración reunida contractualmente con la del administrado. [...]

En suma, de las diferencias apuntadas se desprende que la Administración no puede echar mano a facultades emanadas de los arts. 17 y 18 de la LPA [o de los arts. 17 y 18 del dec. 1510/97, a partir de su dictado] para operar efectos en los contratos administrativos sin una demostración cabal de que resulta un medio respetuoso del derecho del administrado, que no sustituye medios previstos en cláusulas contractuales y normas que contemplan específicamente esta clase de actos jurídicos, se sustenta en vicios de la voluntad concurrente de la Administración y no supone disponer de la del administrado sino en la medida necesaria para evitar que un poder público le quede sometido a esta última.

3.2.1.2. En cambio, los actos a los que me referí al final del punto 3.2.1. de este voto, esto es, el del llamado a contratación y el de selección, son, ya sea que estén o no formalizados como tales, actos administrativos, y no contratos. Basta, para demostrarlo, con apuntar que la actual Ley de Compras y Contrataciones de la Ciudad (la ley 2095) hace alusión a la aludida condición que revisten esos actos en varios de sus artículos (véanse los arts. 13, 92, 111, entre otros). En particular, el art. 92 dice, "[e]l llamado a selección del cocontratante debe ser autorizado por autoridad competente mediante *acto administrativo*..." y, por su parte, el art. 111 señala que "[l]os recursos que se deduzcan contra el *acto administrativo de adjudicación* se rige por lo dispuesto en la Ley de Procedimiento Administrativo de la Ciudad de Autónoma de Buenos Aires". Pero, más allá del texto de la ley actual, lo cierto es que en el régimen anterior también eran manifestaciones de la voluntad administrativa con efectos jurídicos directos, esto es, actos administrativos.

El primero de los actos a los que me vengo refiriendo consiste en la decisión de la administración de escoger un mecanismo de selección del

cocontratante y, el segundo, es la decisión de la Administración dirigida a un determinado administrado (o contratista), en la que le comunica que resultó que en él ha recaído la elección y puede, por tanto, celebrar el contrato. Los dos se dictan en toda contratación: cuando se elige la forma en que se va a realizar el proceso de selección (v. gr. contratación directa, licitación, u otra), y luego, cuando se decide quién resultó adjudicatario de ella. El hecho de que esas resoluciones sean actos administrativos lleva a que, como tales, les resulten aplicables todas las reglas legales previstas para los actos de esa especie, es decir, entre otras, aquellas a las que me referí en el punto que antecede en cuya virtud la administración podrá revocar por sí cualquiera de esos actos, cuando esté afectado de nulidad absoluta y no estuviere firme, consentido y hubiere generado derechos subjetivos que se estén cumpliendo (salvo en el supuesto en que el interesado hubiere conocido el vicio al momento de su dictado, supuesto en el cual podrá ser revocado en sede administrativa, aun cuando se den las situaciones enunciadas); o cuando éste sea anulable siempre que el interesado hubiere conocido el vicio.

En ese marco, si alguno de esos actos carece de uno de sus elementos esenciales, esto es, si está viciado con una nulidad absoluta la revocación tendrá efectos *ex tunc* y, dado que el dictado de ambos precede a la realización del contrato, por implicancia necesaria, la declaración de su nulidad acarreará la del contrato. Ahora bien, si el acto es anulable, y consecuentemente los efectos de la declaración de nulidad, dictada en sede judicial, serán *ex nunc* no arrastrarán, como principio, la invalidez del contrato, puesto que éste habrá sido celebrado en el lapso durante el cual el acto írrito debe ser tenido por válido. En resumen, cuando el vicio determina la extinción *ex tunc* del acto que llama a contratación o la del de selección, junto con cualquiera de ellos caen sus consecuencias y, por ende, el contrato. Pero, si la extinción fuera *ex nunc*, cosa que depende de la naturaleza del vicio, esa invalidez no se extendería al contrato que, por hipótesis, precede a la anulación de cualquiera de ellos.

3.2.2. En cuanto a la última de las situaciones enunciadas al final del punto 3.2. de este voto, esto es, aquel supuesto en el cual el contrato no se encuentre instrumentado adecuadamente, también corresponde realizar una distinción. La forma en que deben ser instrumentados determinados contratos puede tener por fin posibilitar su prueba o constituir un requisito que hace a su validez.

Se dice que la forma de instrumentación es *ad probationem* cuando puede ser sustituida mediante otros medios de prueba, siempre y cuando éstos arrojen, conjuntamente apreciados, una certeza equivalente en cuanto a la existencia del contrato a la que existiría en el supuesto de que éste hubiese sido instrumentado de la manera requerida por la ley. Así, el art. 1193 del Cód. Civil impone la forma escrita para todos los contratos que superen un monto de 10.000 pesos.

Sin embargo, el art. 1191 de ese código admite completar con otros medios de prueba cuando: *i)* existe imposibilidad de obtener la prueba designada por la ley; *ii)* existe principio de prueba por escrito; *iii)* la cuestión versare sobre los vicios de error, dolo, violencia, fraude, simulación, o falsedad de los instrumentos de donde constare; y, por último, *iv)* una de las partes hubiese recibido alguna prestación y se negase a cumplir el contrato. Por su parte, el art. 1192 señala que "[s]e juzgará que hay imposibilidad de obtener o de presentar prueba por escrito del contrato, en los casos de depósito necesario o cuando la obligación hubiese sido contraída por incidentes imprevistos en que hubiese sido imposible formarla por escrito.// Se considerará principio de prueba por escrito, cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto, o que tendría interés si viviera y que haga verosímil el hecho litigioso". A su vez, contrataciones por montos importantes quedan celebradas y se las estima probadas sin un instrumento específico que reúna las condiciones genéricamente exigidas por el mencionado art. 1193 del Cód. Civil. Por ejemplo los servicios de los abogados suelen ser remunerados por medio de una ley de arancel aplicada sobre la actuación verificada mediante la firma de escritos por el letrado y la parte o el letrado apoderado. Algo similar ocurre con los despachantes de aduana, según comento más abajo.

La forma es, en cambio, *ad solemnitatem* cuando su omisión determina la nulidad del contrato. Un ejemplo de esta última clase la constituyen los contratos de donaciones de bienes inmuebles. En este orden de ideas, el art. 1810 del Cód. Civil establece, en lo que ahora importa, que "[d]eben ser hechas ante escribano público, en la forma ordinaria de los contratos, bajo pena de nulidad:// 1° Las donaciones de bienes inmuebles". Esta regla también se aplica en el caso de que quien contrate sea la Administración.[8] En el caso del art. 1810, el requisito de que la forma en que se instrumenta un acuerdo sea *ad solemnitatem* está relacionado

[8] El profesor Marienhoff, ante la pregunta, ¿cómo se prueba o acredita la existencia de un contrato administrativo?, enseña que "[c]uando no se requiera que se *firme o suscriba* un instrumento específico, *ad-hoc*, y el acuerdo de voluntades se hubiere producido, el contrato podrá acreditarse con un instrumento o testimonio que contenga o comprenda las piezas respectivas de las cuales resulte dicha fusión de voluntades.// En cambio, cuando la legislación aplicable exigiere la *específica* existencia de un *contrato escrito,* el contrato deberá probarse con dicho específico documento escrito, pues trataríase de un requisito formal o esencial de su existencia. [...] Mientras dicho específico contrato escrito no se hubiere concretado, el contrato debe considerarse como *"no perfeccionado"*. [...] Esta conclusión, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el *"*principio general*"* vigente en derecho privado, en cuyo ámbito, como criterio general, el Código Civil establece que 'los contratos que tengan una forma determinada por la leyes, no se juzgarán probados, si no estuvieren en la forma prescripta' (art. 1191, norma ésta que concuerda con el art. 975 de dicho Código)" (la cursiva pertenece al original). Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo,* t. III-A, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 4ª ed., 1998, pp. 144 y 145.

con el derecho que se pretende transmitir y no con las partes que suscriben ese acuerdo. En otros términos, ese requisito es requerido para los contratos en los que se transmite la propiedad de bienes registrables, sin que importe quienes los suscriben. El mencionado art. 1810 también sirve para ejemplificar un supuesto en el que el Código Civil sujetó a una forma distinta la transmisión de bienes inmuebles dependiendo que éstos sean transmitidos por donación o por una operación de compraventa. En efecto, en base a lo dispuesto en ese artículo, la donación de un inmueble que no fuese hecha ante escribano carecería de toda validez. En cambio, la compraventa de un inmueble queda concluida y, como tal, puede ser ejecutada, con la firma de un boleto de compraventa (conf. el plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, "Cazes de Francino, Amalia c/Rodríguez Conde, Manuel", del 3/10/1951).

A modo de resumen, y en coincidencia con lo expuesto, los Dres. Garrido y Zago señalan, citando a Cobas, que "'[e]n doctrina, se suele clasificar a los contratos como formales que a su vez pueden ser *ad solemnitatem* o *ad probationen'* [...]. En los formales *ad solemnitatem* la formalidad se convierte en el requisito de existencia del contrato [...]. Por el contrario, los llamados contratos solemnes *ad probationem* requieren determinada forma, pero no para la existencia del contrato sino para posibilitar su prueba".[9]

3.3. En el caso, la Cámara rechazó las pretensiones de cobro de la actora, en lo que ahora importa, principalmente, porque "...ninguna de las presuntas deudas en debate puede[n] remitirse a un texto escrito, donde la Administración, como una de sus partes, haya expresado, con la forma ritual requerido (*sic*), su voluntad de contratar. Y dada la formalidad que es característica de los contratos administrativos [...], dicha circunstancia es suficiente para afirmar que no hay causa jurídica que dé sustento a la pretensión de la actora por incumplimiento contractual" (fs. 498). Esos dos argumentos, la ausencia de un documento que dé cuenta de la voluntad estatal de contratar los servicios de la actora y la forma ritual que debía guardar ese documento para que resultase válido, carecen, a la luz de las constancias que obran en el *sub lite* y de las pautas sentadas en los puntos que anteceden, de todo sustento para fundar el rechazo de la acción.

3.3.1. Comenzaré por recordar algo que ha quedado soslayado en la sentencia. Un aspecto central del servicio descripto por la actora consiste en haber tramitado la salida temporal de los bienes de que se valieron los artistas para sus presentaciones, para haberlo concluido con la reintroducción a plaza en

[9] Garrido, Roque F. y Zago, Jorge A.: *Contratos civiles y comerciales. Parte General,* Universidad, Buenos Aires, 1995, p. 243.

cumplimiento del deber asumido por el exportador al tiempo en que formalizó la antedicha salida. Para esta clase de operaciones aduaneras, la ley exige la asistencia de un profesional matriculado denominado "despachante de aduana", condición que reviste el Sr. Jorge A. Nasra, representante de la sociedad actora y presidente de su directorio (conf. el poder que obra a fs. 15/17 de la queja), quien firmó los despachos n$^{os.}$ 03311 y 233446-4 (conf. fs. 43/44 y 76/127, respectivamente, de la carpeta interna nro. 344-DGCC-93) acompañados a este expediente. En dicha documentación aduanera aparecen tanto firmas atribuidas al mencionado despachante como al representante del estado, el Sr. Osvaldo J. Cohen (véanse fs. 43/44 de la mencionada carpeta). También aparece la verificación, por el funcionario de la Aduana, de la mercadería que, hasta donde permite el debate y la documentación, fueron presentadas voluntariamente por quien podemos suponer fue el exportador o quien tenía la posesión o tenencia de dichos elementos (véanse fs. 43/44). A su turno, no aparece discutido el hecho de que los elementos llegaron a los destinos indicados por la actora y fueron empleados allí por los artistas. Esto no está tratado, ni afirmativa ni negativamente por el *a quo.*

El Código Aduanero regula, en la actualidad, la figura del despachante de aduana como un necesario auxiliar del servicio aduanero. Para actuar en una operación debe recibir un poder general o bien uno especial en el documento donde se registre esa operación (conf. el art. 38 del Código Aduanero). De esa manera, el importador-exportador se compromete y autoriza la actuación del despachante. En el caso, se puede constatar, en la copia de los despachos acompañadas (conf. fs. 43/44 y 76/127 de la carpeta interna nº 344-DGCC-93), sellos aclaratorios de firmas que rezan así: en el espacio destinado a la "Firma del Exportador": "Osvaldo J. Cohen M.C.B.A. Dirección de Compras Director Administrativo" (fs. 43/44); en los cuadrantes de "Solicitud: Retorno y entrega a plaza de mercadería" y "División Importación y/o Sección Registro de Aduana", como en el extremo inferior derecho del espacio destinado para detallar la "Cantidad y detalle de la mercadería": "Jorge Alberto Nasra Despachante de Aduana Registro 1128 Usuario AGP N° 1566" y "Vanesa V. Battiman Despachante de Aduana"; y, por último, a fs. 73 y 108 vta., la firma de: "Jorge Alberto Nasra Despachante de Aduana Registro 1128 Usuaripo AGP N° 1566" y, una firma en el espacio destinado a la "Declaración del importador" que cuenta con la siguiente aclaración: "MCBA Apoderado" (fs. 73 y 108 vta.). La operación aparece cumplida con la imperiosa operación de la Aduana, tanto a la salida como al retorno de los bienes. El despacho de salida temporal queda registrado ante la Aduana y, además, debe quedar un ejemplar en los registros cuya confección y mantenimiento impone el Código Aduanero a los despachantes (conf. art. 55 del Código Aduanero).

3.3.2. En cuanto a la forma que debió guardar la instrumentación de ese contrato, la sentencia, si bien apunta genéricamente, apoyándose en citas doctrinarias y jurisprudenciales, que la validez de los contratos administrativos está sujeta a las formalidades exigidas por las normas en cuanto a la forma en que deben ser instrumentados y al procedimiento de selección llevado a cabo para la contratación, no indica una regla según la cual los contratos de locación de servicios celebrados por la ex MCBA, carácter que guarda el invocado por la actora en el *sub lite*, estarían sometidos a solemnidades cuya omisión conlleve su nulidad o inexistencia. Puede ocurrir, tal como quedó expuesto en el punto 3.2.2. de este voto, que en alguna clase de contratos la forma de instrumentación constituya un requisito que hace a su validez; incluso en aquellos en que la forma revista el carácter de solemnidad ineludible en el derecho privado. Pero, no se desprende de ello la existencia de una condición *ad solemnitatem* omnicomprensiva para todos los contratos que realiza la Administración. En tales condiciones, la Cámara debió indicar, para resolver en el sentido que lo hizo, qué norma habría establecido al tiempo en que la actora contrató con la ex MCBA que los contratos como el que nos ocupa en el *sub lite*, una locación de servicios, debían ser instrumentados para que sean válidos de una forma determinada, sin que baste a tales fines señalar que el art. 7º de la ley 19.549 establece que los actos administrativos deben manifestarse "expresamente y por escrito", principalmente, porque el *a quo,* en virtud de lo dicho en el punto 3.2.1.1. de este voto, debió explicitar los motivos por los cuales hizo extensivas las reglas de los actos administrativos a los contratos; cosa de la que no se hizo cargo. Por lo demás, esa regla que señala la Cámara constituye el principio, pero el mismo texto legal contempla la posibilidad de excepciones, entre las que se encuentran, tal como señala el profesor Marienhoff, las indicaciones que da "...un inspector o agente de tránsito",[10] por lo que ni los actos administrativos están sujetos a una regla omnicompresiva con tal alcance. A su vez, cabe señalar que la regla según la cual los actos administrativos deben ser establecidos en forma escrita viene a operar, como principio, a favor del administrado y no de la administración.

Tampoco basta la mención que hace el *a quo* al régimen de publicidad al que estaban sujetas en ese entonces las contrataciones de la ex MCBA (conf. el dec. 826/88), porque ese régimen no impone una regla *ad solemnitatem* para la instrumentación de los contratos de locación de servicios, sino que establece un requisito de publicidad para los procedimientos de contratación, cuyo incumplimiento podrá acarrear en todo caso la invalidez de determinado

[10] Marienhoff, Miguel S.: *Tratado de derecho administrativo,* t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1966, pp. 310 y 313.

acto, siempre que haya sido requerida por autoridad competente (cuestión esta última a la que me referiré más abajo). Pero no viene a establecer una forma de instrumentación al que deban quedar sujetos los contratos como el que nos ocupa en la presente causa como condición de validez.

Para cerrar este acápite, me parece ilustrativo un ejemplo, que escojo entre muchos otros posibles. Las administraciones públicas contratan muchos pasajes aéreos para sus funcionarios. En la mayor parte de los casos, no existe una instrumentación como la que se ha exigido en este litigio. Dejando de lado el llamado boleto electrónico, muchas veces la administración abona un billete que no reúne la característica de doble ejemplar ni menciona al estado como contratante sino al pasajero que no es quien contrata. No obstante ello, no conozco quien sostenga que no existen estos contratos.

3.3.3. En virtud de lo expuesto, el *a quo* no pudo afirmar, a la luz de las constancias de la causa, que no existía un texto escrito en el que la Administración haya expresado su voluntad. No al menos sin dar cuenta de las copias de los despachos que obran a fs. 43/44 vta. y 72/127 y demás documentación agregada al expediente. En efecto, más allá de que no incumbe a este Tribunal en esta etapa valorar integralmente las pruebas arrimadas, lo cierto es que varias son las que constituyen constancias escritas que prestarían apoyo a la acreditación de la existencia del acuerdo de voluntades denunciado por la actora. A fs. 43/44 vta. de la carpeta interna nº 344-DGCC-93 obra un pedido de exportación temporaria de instrumentos musicales y su correspondiente retorno —v. al dorso del documento que obra a fs. 44— suscriptos por la actora —en carácter de despachante— y la ex MCBA —como exportadora, v. cuadrante en el que está incluida la expresión "Firma Exportador"—; cuyo pedido de exportación estuvo motivado, conforme surge de la descripción que obra en el margen superior izquierdo del documento agregado a fs. 43, en la presentación de la Orquesta estable del teatro Colón en España. A su vez, a fs. 72/128 de esa misma carpeta obra el despacho de importación de distintas mercaderías que resultarían, conforme surge de las declaraciones que obran a fs. 77, 82, 83, 86, 88, 89, 91, entre muchas otras, de "...vital importancia para la confección del vestuario de la opera La Mediata puesta en escena en el teatro Colón" también firmado por ambos, la actora como despachante y la ex MCBA como importador (quien lo hizo por medio de su apoderado, declarando bajo juramento que todos los datos manifestados en el despacho que "...hacen a la Clasificación Arancelaria y al Valor en Aduana de las mercaderías, son completos y veraces: no existiendo otros que agregar", conf. extremo superior derecho de fs. 73 y al dorso de fs. 108, también, extremo superior derecho).

La documentación apuntada, a su vez, se encuentra alineada con lo dispuesto en el art. 38 del Código Aduanero que establece que los despachantes de aduana deben acreditar ante el servicio aduanero la representación que invocan —a tales fines el artículo da tres formas para acreditar la representación—,

salvo que actúen como importadores o exportador (conf. art. 39 del Código Aduanero), situación que, por lo señalado más arriba, dista de ser la ocurrida en el *sub lite,* en la que ese carácter lo revistió la ex MCBA. Así las cosas, si la actora no hubiese contado con la autorización (o, en otros términos, con la voluntad) de la ex MCBA no hubiese podido realizar los servicios de despachante que surgen de los mencionados documentos. Por lo demás, para que haya sido posible la ejecución de la exportación y luego la del retorno de las mercaderías, la ex MCBA tuvo que haberlas arrimado a la aduana; salvo que la actora las haya robado o hurtado, situación que no se encuentra denunciada en el *sub examine* y tampoco coincidiría con la forma que fueron realizados los despachos señalados más arriba.

3.3.4. La categoría de acto inexistente a la que acude la Cámara, no puede ser descartada. Quien invoca un determinado hecho, a saber: un acto o, como en el presente caso, un contrato, tiene la carga de probar su existencia; y la ausencia de esa acreditación puede llevar a que los jueces funden el rechazo de la acción en la inexistencia del acto que sirvió de base para formular determinada pretensión —lo que sería lo mismo que decir que corresponde rechazar la acción por no haberse demostrado los hechos alegados—. Ahora bien, los tribunales deben ser cuidadosos y no soslayar mediante esa declaración la necesidad de un pedido de nulidad formulado por la autoridad competente. Es decir, los jueces no pueden sobre la base de declarar la inexistencia del acto invocado, venir a decretar una nulidad sin que haya mediado un acto de la autoridad competente —que no es el que representa en juicio a la Administración— que así lo solicite o reconozca.

En el *sub lite,* tal como quedó expuesto en los puntos 3.3.1., 3.3.2. y 3.3.3., son varios los hechos que, aunque conducentes para determinar si existió un contrato entre la actora y la ex MCBA, no fueron tratados por el *a quo*. En ese marco, la Cámara, al no valorar esas constancias, falló, tal como afirma la recurrente, en forma arbitraria.

Por lo demás, y en el supuesto de que un nuevo análisis de esa cuestión, que tenga en cuenta los hechos apuntados en este voto, arrojare un resultado distinto del que arribó la Sala I, restaría, a la luz de los agravios de la demandada, analizar si los actos administrativos que se dictaron con motivos de esa contratación o el mismo contrato padecen vicios. Empero, esa cuestión, tal como adelante al comienzo de este punto, debió haber sido solicitada por la autoridad competente. Para que los jueces se encuentren en condiciones de declarar la nulidad ya sea de los actos administrativos mencionados o del contrato, debe mediar, con carácter previo, un acto de la administración que dé cuenta de esa voluntad; sin que baste a esos fines, como principio, una defensa de los abogados del estado en ese sentido. Conforme lo he señalado en mi voto *in re* “Copacabana S.A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado S.A. c/GCBA (Secretaría de Salud-Tesorería General) s/cobro de pesos”, expte. n° 5909/08, sentencia del

4/3/2009, el margen de actuación de cada uno de los órganos que componen el poder ejecutivo local se encuentra delineado por la competencia atribuida por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires, las leyes y los reglamentos dictados en su consecuencia, resultando, en principio —salvo que la delegación o sustitución estuviere permitida—, improrrogable (art. 2º, LPACABA). A su vez, como principio, es dable suponer que la competencia para emitir un acto que exprese la voluntad de la administración de anular un contrato, recaerá sobre el mismo funcionario dotado de atribuciones para celebrarlo, pues lo contrario importaría que cada emisión de un acto implicaría la derogación de la atribución de dictar otros que supusieran dejarlo sin efecto, expresa o implícitamente, lo cual implica modificar la norma, de rango constitucional o legal, que habilita a dictarlo. Esa situación lleva a que los jueces deban, al momento de resolver esta cuestión, si por algún medio razonablemente admisible, según las constancias de las causa, ha quedado manifestada por la autoridad competente la voluntad de instar la nulidad del contrato u acto administrativo de que se trate.

4. En virtud de lo expuesto, la Cámara no pudo desconocer la existencia de un acuerdo entre la actora y la ex Municipalidad sobre la base de que no se había demostrado la existencia de un documento escrito que expresase la voluntad de las partes, sin dar al menos cuenta de las copias de los despachos que obran a fs. 43/44 vta. y 72/127 y demás documentación agregada al expediente. Sin perjuicio de ello, y dado que la resolución de la presente causa remite a la valoración de cuestiones de hecho, prueba e interpretación de normas locales como lo es determinar: *i)* la existencia de un contrato celebrado entre la actora y la ex MCBA; *ii)* la validez del contrato o del procedimiento llevado a cabo para esa contratación, siempre que haya mediado un pedido por autoridad competente (conf. lo señalado en el punto 3.3. de este voto); *iii)* la totalidad de los servicios que prestó la actora a la ex MCBA y los valores que efectivamente la demandada adeuda por ellos; y *iv)* si las facturas fueron realizadas conforme a lo que disponen las normas y, toda vez que, la Cámara se limitó a afirmar que no existía un documento que exprese la voluntad de las partes; situación que, a su juicio, le bastaba para resolver el presente conflicto tornando innecesario expedirse con relación a las demás cuestiones planteadas por la partes (esto es, las cuestiones a determinar señaladas *supra*), corresponde reenviar la causa a la Cámara Contencioso Administrativo, a fin de que se expida con relación a ellas. Ello así, dado que, por regla, la dilucidación de la cuestiones de hecho, prueba e interpretación de las normas locales constituye materia privativa de los jueces de mérito y ajena a la de esta instancia de excepción.

En síntesis, la sentencia recurrida efectúa un análisis de las pruebas obrantes en la causa y de la normativa irrazonable, y debe ser, por ello, revocada en cuanto rechazó la pretensión de la parte actora tendiente a que se ordene el pago de las sumas detalladas en el tercer párrafo del punto 2 de este voto fun-

dada en que no se había acreditado en el *sub lite* la inexistencia de un vínculo contractual entre las partes.

5. Finalmente, más allá de todo lo señalado hasta aquí, cabe agregar que, en virtud de los dispuesto en los arts. 1627 1052 del Cód. Civil, de encontrándose acreditada la prestación de los servicios que denuncia la actora; situación que no se encuentra negada por la demandada,[11] ellos deben ser abonados aun en los supuestos en que el contrato hubiese sido celebrado por un monto inferior, o en el que este último resultare nulo. En este orden de ideas, el primero de esos artículos establece que "[e]l que hiciere algún trabajo, o prestare algún servicio a otro, puede demandar el precio, aunque ningún precio se hubiese ajustado, siempre que tal servicio o trabajo sea de su profesión o modo de vivir. En tal caso, entiéndese que ajustaron el precio de costumbre para ser determinado por árbitros"; y el segundo, que "[l]a anulación del acto obliga a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado", por lo que encontrándose acreditada la prestación de los servicios que denuncia la actora, aun en esos supuestos, ellos deben ser abonados por la demandada.

Por lo expuesto, voto por: *i)* hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad; *ii)* revocar la sentencia de fs. 496/500 vta.; y *iii)* remitir el expediente a la Cámara para que por otros jueces se dicte un pronunciamiento con arreglo a lo aquí resuelto.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Consultores Navesur S.A.

2º. *Dar por perdido* el depósito de fs. 1.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con esta queja.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

[11] En efecto, el GCBA en su contestación del recurso de inconstitucionalidad sostiene, en lo que ahora importa, que: *i)* el contrato sería nulo por la forma en que fue realizada la contratación; *ii)* las facturas acompañadas por la actora "…no fueron conformadas de acuerdo a las previsiones de la ley…" (fs. 518); y *iii)* la forma escrita no puede suplirse para los contratos que celebra la Administración. Pero, ninguno de esos argumentos viene a desconocer, como dije, los servicios que la actora, afirma, haber prestado a la ex MCBA.

LXXXII

"NUÑEZ, MARCELA ALEJANDRA C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO"

HOMOLOGACIÓN DE ACUERDO.

Expte. nº 5605/07 - 1º/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires interpuso recurso de apelación ordinario ante este Tribunal (fs. 732) contra la sentencia de la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario (obrante a fs. 718/727), que fue concedido a fs. 734, fundado por el recurrente a fs. 744/766, y contestado por la actora a fs. 769/795 y por la Asesora General Tutelar a fs. 807/814.

2. A fs. 805 la jueza de trámite citó a las partes a una audiencia. El 17/7/2008 y el 1/9/2008 se realizaron audiencias conciliatorias (véase actas de fs. 818 y 820), y posteriormente las partes, los letrados y el consultor técnico de la actora arribaron a un acuerdo transaccional y un acuerdo de honorarios, que presentaron en autos (véase copias simples obrantes a fs. 836/837, y certificadas a fs. 863/864).

3. A fs. 862 se presentó copia certificada del dec. 26/2009, mediante el cual el Jefe de Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobó los acuerdos transaccionales presentados en autos.

A fs. 868, 870 y 871 consintieron en forma expresa el decreto mencionado la parte actora, el consultor técnico de la accionante, y los anteriores letrados de la parte actora, respectivamente.

A fs. 889 la Asesora General Tutelar prestó conformidad para que se efectúe la homologación judicial del acuerdo transaccional.

A fs. 892 el GCBA manifestó que los acuerdos transaccionales habían sido aprobados tácitamente por la Legislatura porteña en los términos de la ley 1218, y solicitó su homologación judicial.

A fs. 893 la señora jueza de trámite ordenó pasar los autos al acuerdo, providencia que fue notificada según constancias de fs. 896/901, y expresamente consentida por ambas partes mediante el escrito de fs. 894.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

En atención a las cláusulas de los acuerdos transaccional y de honorarios obrantes en copia certificada a fs. 863/864, y toda vez que dichos convenios han sido aprobados expresamente por el Jefe de Gobierno —mediante dec. 26/2009, obrante en copia certificada a fs. 862— y tácitamente por la Legislatura de la CABA, en los términos del art. 18 de la ley 1218, corresponde homologar el acuerdo alcanzado y declarar extinguido este proceso.

Los jueces José O. Casás, Luis F. Lozano, Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz dijeron:

Adherimos al voto de la jueza Ana María Conde.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Homologar* los acuerdos obrantes en copia certificada a fs. 863/864, celebrados por la parte actora, la demandada y los letrados y consultor técnico de la accionante, y dar por terminado el juicio.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva al tribunal remitente.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LXXXIII

"PASSARELLI, ARIEL OSCAR S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'PASSARELLI, ARIEL OSCAR C/GCBA – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Requisitos. Cuestión federal.

SUMARIOS:

1. Las decisiones que declaran inadmisibles los recursos deducidos ante los tribunales locales no son revisables en la instancia extraordinaria. *(Votos*

de los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).

2. No puede prosperar el recurso extraordinario cuando quien lo articula no da cumplimiento acabado a los recaudos señalados en los arts. 2º y 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/2007 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *(Votos de los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

3. El recurso extraordinario debe ser rechazado cuando se mencionan normas constitucionales presuntamente afectadas sin vincularlas argumentativamente con la cuestión debatida y no se controvierten los fundamentos de la sentencia sobre esa base. *(Votos de los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 5551/07 - 7/4/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. La Sra. Gabriela Inés Borella (administradora provisional de la sucesión de Ariel Oscar Passarelli) interpuso recurso extraordinario federal (fs. 86/98 vta.) contra la decisión de fecha 19 de noviembre de 2008 (fs. 72/81) mediante la cual el Tribunal rechazó la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, oportunamente deducida por el actor Ariel Oscar Passarelli, hoy fallecido.

Remitidas las actuaciones a la Asesora General Tutelar, Laura Cristina Musa, manifestó que nada tenía que observar "...con respecto a la presentación efectuada por la madre de los niños a fs. 87/98 (recurso extraordinario), ya que la misma ha sido deducida por la representante legal y necesaria de aquéllos, y a criterio de la suscripta, que ejerce la representación promiscua de los menores, los derechos de los niños se encuentran debidamente resguardados..." (fs. 100).

Corrido el traslado pertinente, el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (GCBA) solicitó su rechazo (fs. 103/108 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz dijeron:

1. El recurso extraordinario intentado por la recurrente (administradora provisional de la sucesión), no obstante haber sido interpuesto en tiempo oportuno, no puede prosperar.

2. En primer lugar, porque el escrito de interposición del recurso extraordinario reitera, prácticamente en su totalidad, la fundamentación del recurso de queja de fs. 41/46 vta. y éste la del recurso de inconstitucionalidad de fs. 28/37 vta. El Tribunal, por mayoría, consideró improcedente la queja —sustancialmente— porque no lograba plantear una cuestión constitucional (conf. puntos 1 a 3, del voto del juez Maier; a los que adhirieron los jueces Conde y Casás; y voto del juez Lozano).

Corresponde, entonces, aplicar la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia en cuanto sostiene que las decisiones que declaran inadmisibles recursos deducidos ante los tribunales locales, no son revisables en la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 302:1039; 307:819; 311:100, entre muchos otros).

3. En segundo lugar, porque también obsta a la concesión del recurso el carácter no federal de la cuestión debatida.

En el caso, el punto a determinar era —pese a lo que persiste en sostener la parte actora— si efectivamente se abonaba al Sr. Ariel Oscar Passarelli, luego de su transferencia al ámbito local, menos horas cátedra semanales que aquellas que le correspondían.

La decisión que la recurrente pretende de la Corte federal exigiría que ésta considere y valore los hechos planteados, las pruebas producidas y que efectúe una interpretación de las normas infraconstitucionales de carácter local relativas a la relación de empleo público que ligó al actor (hoy fallecido) con la Ciudad de Buenos Aires. Es decir, se pretende con el recurso que la Corte Suprema de Justicia sustituya a los jueces de mérito locales en la decisión de cuestiones ajenas a la instancia extraordinaria.

Al respecto, la Corte Suprema ha dicho en numerosas ocasiones que las relaciones entre empleados públicos locales y el gobierno del que dependen se rigen por las respectivas disposiciones de orden local, que constituyen el derecho administrativo aplicable, de modo que la interpretación y vigencia en el caso de las normas respectivas es privativa de sus tribunales (conf. *Fallos,* 298:452; 303:801; 304:1345; 305:194, 447, 465; 308:1922).

4. En tercer lugar, porque las garantías constitucionales genéricamente invocadas (igual remuneración por igual tarea, derecho a una retribución justa, igualdad ante la ley, derecho de propiedad y art. 43 de la Constitución local) no guardan relación directa e inmediata con lo decidido (art. 15, ley 48). En este sentido, la Corte Suprema ha establecido que no procede el recurso extraordinario que, fundado en presuntos quebrantamientos a principios y garantías constitucionales, sólo plantea cuestiones de hecho, prueba y de derecho local

que no guardan relación directa e inmediata con los artículos invocados de la Constitución Nacional (*Fallos,* 300:130).

Atento el carácter excepcional de la jurisdicción extraordinaria, es necesario que la norma federal invocada se vincule de manera estrecha con la materia del litigio, en forma tal que su dilucidación sea indispensable para la decisión del juicio. En el caso, la recurrente menciona normas constitucionales presuntamente afectadas, pero no las vincula argumentativamente con la cuestión debatida ni controvierte los fundamentos de la sentencia sobre esa base, tal como ya había sido puesto de manifiesto en la sentencia de fecha 19/11/2008.

5. Por lo demás, la recurrente no dio cumplimiento acabado a los recaudos señalados en los arts. 2° y 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/07 de la CSJN.

Así, omitió efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i). Además, el escrito no consigna (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (art. 3º, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por la apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e).

6. Por los motivos expuestos, el recurso extraordinario intentado no puede prosperar. Las costas se imponen a la vencida, por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Gabriela Inés Borella (administradora provisional de la sucesión de Ariel Oscar Passarelli), con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 81, punto 2.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LXXXIV

"MARTÍNEZ SARAVIA, ANDREA CARMINA C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/CONFLICTO DE COMPETENCIA"

AMPARO: Conflicto de competencia. Venta ambulante. Competencia del fuero contencioso administrativo y tributario. Juez que previno.

SUMARIOS:

1. Corresponde atribuir la competencia al juez contencioso administrativo y tributario puesto que más allá de las faltas y contravenciones en que pudieran incurrir los actores, los interesados requieren al Poder Judicial local que los ampare en el ejercicio y desarrollo de sus actividades comerciales. *(Voto del señor Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Julio B. J. Maier, José O. Casás, Ana María Conde y Alicia E. C. Ruiz).*

2. La actuación del Tribunal suscitada para resolver una contienda de negativa de competencia, supone analizar la pretensión de fondo articulada en la demanda y los argumentos brindados por los magistrados con la exclusiva finalidad de establecer cual es el fuero competente, pero en modo alguno puede implicar una pronunciamiento respecto de otras cuestiones vinculadas a determinar si el pedido formulado en autos constituye un caso, causa o controversia judicial. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. La regla según la cual corresponde al fuero contencioso administrativo y tributario el conocimiento de los amparos dirigidos contra autoridades públicas, debe ser referida a las autoridades en ejercicio de las funciones cuyo control judicial prevé la ley 189, que al igual que la ley de amparo optó por definir el ámbito de actuación del fuero CAyT con un criterio subjetivo. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. En las competencias concurrentes o en aquellas ubicadas en la franja de duda, límite entre fueros, debe imponerse también el criterio del juez que previno, sobre todo si se trata de un amparo que no sólo procura rapidez de respuesta judicial, sino que además ha sido tratado por autorizada doctrina como de competencia universal cuando no está prevista claramente una específica. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 6426/09 SAO - 8/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 14/11/2008 la Sra. Andrea Carmina Martínez Saravia interpuso demanda de amparo ante el fuero en lo contencioso administrativo y tributario

de la ciudad (fs. 1/4), peticionando que "se dicte sentencia (...) prohibiéndose a los demandados la aplicación de sanciones en [su] contra en cuanto a [su] actividad de venta en la vía pública hasta tanto se promulgue la Ley de Venta en Vía Pública y se [le] otorgue el permiso en función de esta ley" (conf. fs. 4, Petitorio). Además, solicitó una "medida cautelar de no innovar" con el mismo objeto (fs. 2/2 vta.).

En su escrito, la actora manifestó que se dedica a la venta ambulante en la vía pública de "artículos varios y baratijas (...) de poco monto (...) desde hace varios años". Que dicha actividad es su única fuente de ingresos para solventar sus necesidades más elementales, que su puesto de venta no violenta "las normas de policía administrativa" (fs. 2 vta.) y que ha podido desarrollar la actividad "debido a permisos otorgados por autoridades municipales de otrora", pero que, en la actualidad, "la situación lejos de mejorar y estabilizarse, ha empeorado habida cuenta la negativa inconcebible del GCBA a reconocer esta actividad de venta en vía pública (...), la que se encuentra sin regulación legal por responsabilidad del poder público, y por ende, sin el otorgamiento de los permisos en consecuencia, quedando los vendedores fuera de contexto jurídico" (fs. 1 vta.).

Relata que dentro de ese contexto la Policía Federal y las fiscalías contravencionales, de acuerdo a "directivas del GCBA" ejecutan actos antijurídicos que afectan su derecho a trabajar libremente, lo que da cuenta, según su parecer, el acta contravencional de fs. 7 (fs. 1 vta.). Busca apoyo en esos hechos para la medida cautelar solicitada (fs. 2 vta.).

Con sustento en lo comentado más arriba, concluye que "esta acción de amparo está sustentada debidamente en estos presupuestos que prevalecen ante cualquier acto de carácter particular que pretende ilegítimamente impedir [su] *derecho a trabajar* (fs. 2).

2. A fs. 28/29 el titular de la Fiscalía en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 2 propició la incompetencia del fuero, con sustento en que "lo que se pretende en definitiva es la revisión de diversos actos producidos en actuaciones contravencionales, así como la prohibición de que se lleven a cabo en el futuro nuevas actuaciones en materia contravencional".

3. A fs. 31 el magistrado titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo N° 8 declaró su incompetencia fundado en los argumentos expuestos por el fiscal, a los que se remitió.

4. A fs. 36/37 la actora apeló la declaración de incompetencia mencionada en el punto anterior. A fs. 38 el magistrado denegó la apelación en con base en la incompetencia declarada y en lo dispuesto en el art. 20, ley 2145.

5. A fs. 40, el titular del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 7 ordenó, previo a todo trámite, que la Actuaria certificara el estado de la

causa originada por el labrado del acta contravencional de fs. 7 y fecha, se remitiera al señor fiscal correspondiente para que dictaminara.

6. A fs. 41/44 se agregaron las certificaciones aludidas —que dan cuenta del trámite del legajo n° 5649 ante la Unidad de Control de Faltas N° 4— y a fs. 47/48 el titular de la Fiscalía en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2 propició la competencia el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario. Para ello, sostuvo que el litigio debía ser encuadrado en las previsiones de los arts. 1º y 2º de la ley 189, por cuanto el amparo va dirigido contra el Gobierno de la Ciudad, "frente a las omisiones de habilitaciones y/o permisos para que la nombrada desarrolle la actividad de tipo venta ambulante".

7. A fs. 49/52 el juez Penal, Contravencional y de Faltas se declaró a su vez incompetente. Consideró que "el objeto de la presente acción de amparo es más amplio, que el determinar si en el caso nos encontramos ante una contravención o no, en los términos del art. 83", y sostuvo que la demanda está dirigida contra el Gobierno de la Ciudad por la omisión legislativa "con respecto a la regulación de la actividad o el no otorgamiento de un permiso para llevar a cabo la venta de baratijas".

8. A fs. 55 el juez Contencioso Administrativo y Tributario mantuvo su declaración de incompetencia de acuerdo a la doctrina sentada por este Tribunal en la causa "Mercado Romero", toda vez que "la pretensión esgrimida por la actora cuestiona actos que han derivado en la formación de un expediente de faltas" y remitió los autos al Tribunal Superior de Justicia.

9. A fs. 52, el fiscal general se inclinó por la competencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 9, basado —en sustancia— en el principio general establecido por el art. 7º de ley 2145.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El relato de los hechos expresados por la actora en el escrito inicial, como así también el derecho invocado y el objeto de la cautelar que integran la demanda que fueran descriptos adecuadamente en el punto 1 de las resultas, indican que debe aplicarse la doctrina arribada por este Tribunal en los autos "Arancibia Cuba, Noemí Cristina c/Fiscalía en lo Contravencional y de Faltas Nº 10 y otros s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. nº 5564/2007, la cual a su vez poseía notas análogas a las resueltas en los autos "Argañaraz, Mercedes Jesús y otros c/GCBA (Dirección General de Habilitaciones y Verificaciones) y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 1187/01, sentencia del 13/9/2001; "Silveira Urrutia, César y otros c/GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 3373/04, resolución

del 24/11/2004; "Valle, Rubén y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 3839/05, resolución del 16/3/2005 y "Almeida, Marcelo y otros c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 4756/06, resolución del 14/7/2006.

2. En dichas oportunidades el Tribunal consideró correcto atribuir la competencia al juez contencioso administrativo y tributario puesto que "más allá de las faltas o contravenciones en que pudieran incurrir los actores (...), los interesados requieren al Poder Judicial local que los ampare en el ejercicio y desarrollo de sus actividades comerciales (...)", ordenando "a las demandadas abstenerse de seguir ejecutando supuestos actos ilegítimos en los lugares de trabajo de los actores´".

3. No es óbice a esta conclusión la existencia del acta contravencional que da cuenta la constancia de fs. 7, ni el procedimiento de faltas obrado en consecuencia, que fuera certificado por la justicia penal, contravencional y de faltas a fs. 41/44. La propia interesada aclara en su escrito de fs. 36/37 que con el presente amparo (y la cautelar) pretende que se detenga el accionar de los poderes públicos que interfieren con el ejercicio de su actividad comercial —que entiende legítima por estar incluida en la excepción dispuesta por el art. 83, tercer párrafo, de la ley 1472—, hasta que la Legislatura regule la venta ambulante de baratijas y se le conceda el permiso habilitante para desarrollarla (véase fs. 37). Por lo demás, la referencia al acta contravencional y al procedimiento de faltas mencionados es utilizada por la amparista, según sus propios dichos, con el objeto de demostrar la verosimilitud en el derecho que daría sustento a la medida cautelar solicitada (fs. 2 vta.).

4. Parece oportuno recordar que "(l)a actuación del Tribunal, suscitada para resolver una contienda negativa de competencia, supone analizar la pretensión de fondo articulada en la demanda y los argumentos brindados por los magistrados con la exclusiva finalidad de establecer cuál es el fuero competente. Pero una intervención con este alcance, claro está, en modo alguno puede implicar un pronunciamiento por parte de este estrado respecto de otras cuestiones vinculadas, por ejemplo, a determinar si el pedido formulado en estas actuaciones constituye un caso, causa o controversia judicial (conf. art. 106, CCBA)" que deba ser atendido por los magistrados a los que se les asigne la competencia (conf. voto conjunto del Dr. José O. Casás y el suscripto en el citado precedente "Almeida"). En aquella oportunidad también se sostuvo que "(e)l proceso de amparo, como cauce procesal que brinda soporte a la intervención judicial, no escapa a la necesidad de que el planteo formulado por esa vía configure un caso, la regla que impone su existencia procede, al igual que el amparo, de la propia constitución (arts. 106 y 14, CCBA)".

5. El modo en que se resuelve, sin embargo, impone señalar que no son las previsiones de la nueva ley de amparo las que determinan la solución a la que aquí se arriba, como postulan el señor fiscal general. En efecto, nada permite

suponer que modificar la asignación de competencia atribuida por la normativa específica, a los fueros que integran la judicatura en la ciudad, sea la finalidad perseguida por el art. 7º de la ley 2145. En tal contexto, la regla según la cual corresponde al fuero CAyT el conocimiento de los amparos dirigidos contra autoridades públicas, debe ser —bien entendida— referida a las autoridades públicas en ejercicio de las funciones cuyo control judicial prevé la ley 189 (véase mi voto en "Mercado Romero, Heriberto Román c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. n° 5506/07 SAO, resolución del 25/10/2007). Al igual que el Código Contencioso Administrativo y Tributario, la ley de amparo, optó por definir el ámbito de actuación del fuero CAyT con un criterio subjetivo. Derivar otras conclusiones a partir de esa elección carece de respaldo y, al mismo tiempo, tiene aptitud para generar interferencias entre los procesos que tramitan en los fueros que involucra esta contienda.

En efecto, el criterio hermenéutico propuesto, preserva al sistema de padecer, y en realidad auto generar, una desaconsejable situación, como la que se verificaría al interpretar que la ley 2145 concede la garantía de litigar ante el fuero CAyT, por el simple expediente de elegir la vía del amparo y nombrar una autoridad pública, incluso para lograr decisiones en materia contravencional, y aún cuando ellas vinieran a interferir con los procesos en curso ante ese fuero.

Por otra parte, también desbordaría los límites de una interpretación válida del art. 7º, aquella que asumiera que la mención de autoridades públicas, formulada por la norma en cuestión, borra el deber de analizar la aptitud que, para estar en juicio, exige la normativa pertinente. Empero, será el juez competente a quien corresponda, según fue dicho en el punto 4, analizar si la pretensión esgrimida constituye una causa así como, para lo pertinente, expedirse en relación con la legitimación pasiva de los sujetos a los que se pretende demandar.

En este campo, restaría aclarar que el veto dispuesto por el dec. 2018/06, en relación con el art. 2º *in fine* de la ley 2145 —precepto según el cual: "La acción de amparo no será admisible cuando el acto impugnado emane de un órgano del Poder Judicial"—, no buscó, según lo expresan los fundamentos del citado veto, admitido en definitiva por la Legislatura, habilitar el control de decisiones jurisdiccionales del Poder Judicial por vía de amparo, sino que por el contrario, procuró asegurar tutela en relación con la actividad materialmente administrativa de esa rama de gobierno. El decreto mencionado, para lo que ahora importa, dice: "En el último párrafo de su art. 2° se restringe la posibilidad de impetrar la acción de amparo: '...cuando el acto impugnado emane de un órgano del Poder Judicial'.// Que en función de tal precepto, no sólo los actos del Poder Judicial en ejercicio de su función jurisdiccional están exentos de control por el amparo, sino también los que dicte en ejercicio de la función administrativa, restringiéndose indebidamente la amplitud de la mentada norma constitucional".

Por lo expuesto considero que es competente para conocer en la causa el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 8.

El juez Julio B. J. Maier, dijo:

Coincido con el criterio sentado en el voto del señor juez del trámite. Y agrego: que, como ya lo expresé en varias ocasiones, en las competencias concurrentes —si cabe la expresión— o en aquellas ubicadas en la franja de duda, límite entre fueros, debe imponerse también el criterio del juez que previno, sobre todo si se trata de un amparo que no sólo procura, en principio, rapidez de respuesta judicial, sino que, además, ha sido tratado por autorizada doctrina como de competencia universal, cuando no está prevista claramente una específica.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención a lo resuelto por el Tribunal en los precedentes citados en el punto 1 del voto del señor juez de trámite, a lo dispuesto por el art. 7º de la ley 2415 y en coincidencia con el dictamen del señor fiscal general resulta competente el Fuero Contencioso Administrativo y Tributario para entender en el presente amparo. Así voto.

Los jueces Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

Coincidimos con la solución propuesta por el señor juez de trámite, Luis F. Lozano, pues en las presentes actuaciones debe continuar interviniendo el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 8. Ello es así porque la cuestión acerca de la competencia debe decidirse en función de los elementos existentes en la causa y, más allá de la mención meramente tangencial al proceso de faltas que estaría sustanciándose en la Unidad Administrativa de Control de Faltas Nº 4 —orientada a formar la convicción del magistrado llamado a decidir la pretensión cautelar de la amparista— (fs. 41/44), no se advierten razones que permitan apartarse de la regla general establecida en los arts. 1º y 2º, CCAyT, y 7º de la ley 2145.

En efecto, del escrito de demanda se desprende que la pretensión formulada por la actora consiste en limitar la futura actuación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires —especialmente, en cuanto a la realización de operativos de prevención de contravenciones y faltas en el lugar donde la actora ejerce su actividad de venta ambulante— mediante el dictado de una "medida cautelar de no innovar" hasta tanto el Poder Legislativo local regule la cuestión referida a los permisos para vender en forma ambulante "artículos de mera subsistencia". Dicho de otro modo, la acción de amparo se entabla para conjurar los supuestos perjuicios que sufriría la amparista frente a una futura persecución de las autoridades públicas susceptible de obstaculizar el desarrollo de la actividad que ejerce en el espacio público, mas no se entabla con el propósito de procurar

la revisión de procesos ya iniciados, ni la medida cautelar solicitada —de ser considerada proponible y viable— podría tener dicho alcance o efecto.

En ese contexto y en función de los elementos obrantes en la causa no puede sostenerse que nos encontremos ante un supuesto que resulte alcanzado por el criterio sentado por el Tribunal en el precedente "Mercado Romero" (expte. nº 5506/07, sentencia del 25/10/2007), sino por aquellos otros que, con acierto, menciona el señor juez de trámite en el punto 1 de su voto.

Por lo expuesto, votamos por atribuir la competencia para intervenir en estas actuaciones al Juzgado CAyT Nº 8.

Por ello, y oído lo dictaminado por el señor fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* la competencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 8 para intervenir en el caso.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique al señor fiscal general, se ponga en conocimiento del titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 7 y se remita el expediente al juzgado declarado competente.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LXXXV

"ASOCIACIÓN DE PSICÓLOGOS DEL GCBA C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

LLAMADO DE AUTOS PARA SENTENCIA:
Suspensión. Reapertura de audiencia pública.

Expte. n° 5942/08 - 8/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. La "Asociación de Psicólogos del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires" promovió demanda de inconstitucionalidad (fs. 99/104) en los términos

de los arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17 y ss. de la ley 402, a fin de que se declarase la "...inconstitucionalidad del dec. 2075 del 2007 y de su anexo 2, (...) por ser ellos contrarios a los arts. 19, 28 y 31 de la C.N., y 1º, 10 y 102 de la CCBA" (fs. 99).

Sostuvo que las modificaciones establecidas con relación a la jerarquía funcional y la responsabilidad primaria de la ex Dirección General de Salud Mental configuraba un exceso reglamentario, toda vez que recortaba o eliminaba las funciones específicas de la autoridad de aplicación en materia de Salud Mental de acuerdo a lo establecido por la ley 448, y las derivaba irrazonable e ilegalmente a "otros órganos que se encuentran fuera de su esfera" (fs. 100 vta.).

2. Con fecha 15/8/2008 el Tribunal, por mayoría, declaró admisible la acción interpuesta "respecto del dec. 2075/07 y su anexo 2, en cuanto se oponga a las previsiones formuladas por la ley 448 de Salud Mental", y ordenó el traslado de la demanda (fs. 119/123).

3. A fs. 131/143 contestó el Gobierno de la Ciudad, a fs. 145/149 dictaminó el Ministerio Público Fiscal, y el 17/12/2008 se realizó la audiencia pública prevista por el art. 6º de la ley 402, con la presencia de las partes y del señor fiscal general (véanse fs. 174).

4. El 16/2/2009 se publicó en el *Boletín Oficial* nº 3118 el dec. 106/09, dictado el día 6 del mismo mes por el señor Jefe de Gobierno, mediante el cual se modificó la estructura organizativa del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobada por el dec. 2075/07.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Como surge de los resultas, el dec. 106/09, dictado y publicado con posterioridad a la realización de la audiencia pública celebrada el 17/12/2008, modificó la estructura organizativa del Ministerio de Salud del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires aprobada por el dec. 2075/07.

En la medida de que tal modificación involucra a la normativa cuestionada en autos y respecto de la cual se declaró admisible la acción promovida por la Asociación de Psicólogos del GCBA —concretamente, el dec. 2075/07 y su anexo 2, en cuanto se oponga a las previsiones formuladas por la ley 448 de Salud Mental—, estimo que a los efectos de dictar una sentencia útil no sólo es conveniente sino necesario oír a las partes y al señor fiscal general en torno a ello y, a tal efecto, corresponde reabrir la audiencia pública realizada el 17/12/2008.

2. A los efectos señalados, voto por suspender el llamado de autos para sentencia, y citar a las partes y al Ministerio Público Fiscal para el día 3/6/2009, a las 15 hs., en la Sala de Audiencias del Tribunal, y realizar la publicidad de esta convocatoria en la misma forma que para la audiencia del 17/12/2008.

Los jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier y José O. Casás dijeron:

Adherimos al voto del juez Luis F. Lozano.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Suspender* el llamado de autos para sentencia.

2º. *Reabrir* la audiencia pública celebrada el 17/12/2008 y, a tal efecto, citar a las partes y al Ministerio Público Fiscal para el día 3/6/2009, a las 15 hs, en la Sala de Audiencias del Tribunal.

3º. *Ordenar* que se provean los recursos técnicos necesarios para el registro de la audiencia.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique a las partes y al señor fiscal general, se publique en el *Boletín Oficial* de la Ciudad y en los diarios *Clarín* y *La Nación*, por un (1) día, y en la página web del Tribunal hasta la realización de la audiencia, y se cumpla.

Fdo.: *Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier y José O. Casás.*

LXXXVI

"WASSERMAN, ARMANDO ANDRÉS Y BWIN ARGENTINA S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BWIN.COM S/INFR. ART. 116, ORGANIZAR Y EXPLOTAR JUEGO, CC —APELACIÓN—'" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 6017/08 "WASSERMAN, ARMANDO ANDRÉS Y BWIN ARGENTINA S.A. S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BWIN.COM S/INFR. ART. 116, ORGANIZAR Y EXPLOTAR JUEGO, CC – APELACIÓN'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Medidas cautelares. Sentencia definitiva. Gravedad institucional. EXPLOTACIÓN DEL JUEGO: Poder de policía local.

SUMARIOS:

1. Las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no son susceptibles de revisión por la vía

del recurso de inconstitucionalidad, por no constituir sentencia definitiva, excepción hecha cuando la denegatoria produzca un agravio que por su magnitud o características será tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, caso en que corresponde equiparar estas decisiones a las sentencias de tal naturaleza. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen, en principio, sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402, y la sola mención de preceptos constitucionales de índole patrimonial que habrían sido afectados por las resoluciones impugnadas, no es suficiente para demostrar que los perjuicios enunciados sean de imposible reparación ulterior, y que, como consecuencia, aquellas decisiones son equiparables a sentencia definitiva. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. Las cuestiones planteadas que se refieren exclusivamente a la forma de concreción de lo dispuesto por los jueces de la causa para que la decisión precautoria surta efectos en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires no resultan idóneas para suscitar la intervención de este estrado en atención a su carácter meramente instrumental y a que ni siquiera causan estado. *(Voto del señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

4. La decisión recurrida que confirmó parcialmente aquella que dispuso la clausura preventiva de una página web de la empresa imputada, es equiparable a sentencia definitiva, porque constituye un supuesto de "gravedad o interés institucional" la posible colisión que dicha medida cautelar pudo haber tenido con los poderes de otra jurisdicción local, la provincia de Misiones, por lo que corresponde hacer lugar a la queja. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

5. La Ciudad puede, en ejercicio de su poder de Policía, determinar qué clase de establecimientos pueden ser utilizados para la explotación del juego; dónde deben ser emplazados, y mediante qué medios se puede explotar el juego en su jurisdicción. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

6. Se debe rechazar el recurso de inconstitucionalidad cuando los agravios referidos a la gravedad institucional que tornan admisible la queja, no logran demostrar la afectación de derechos supralegales. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6004/08 - 8/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 7/3/2008, la titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas N° 5 dispuso la clausura preventiva de la página web

www.bwin.com.ar, en los términos del art. 29 de la ley 12, hasta tanto cesen los motivos que justificaron el cierre preventivo. Esta medida provisional fue adoptada en el marco de un proceso en el que se investiga la presunta comisión de contravenciones vinculadas con la organización, explotación y comercialización de juego ilegal (fs. 10/11).

2. El 12/3/2008 el representante de la firma "Bwin Argentina S.A." interpuso recurso de reposición, con apelación en subsidio, respecto de la decisión mencionada en el punto anterior (fs. 1/9). La magistrada interviniente rechazó la reposición y la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas, al momento de fallar sobre la apelación, decidió confirmar parcialmente la medida y, en consecuencia, limitar la clausura ordenada exclusivamente al ámbito de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 14/16).

3. Ante el rechazo parcial de su apelación, la firma imputada interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 18/35). En esa presentación sostuvo que la decisión de la Sala I de la Cámara de Apelaciones resultaba arbitraria y afectaba: *a)* el sistema federal y las autonomías provinciales (arts. 1º, 5º, 121 y 126, C.N.); *b)* el derecho de propiedad y el ejercicio de industria lícita (arts. 14 y 17, C.N.), así como también el reconocimiento a todo habitante de la Nación de gozar de los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional en cualquier parte del país (arts. 7º y 8º, C.N.); *c)* el principio de legalidad (art. 19, C.N.); *d)* la garantía de igualdad y de defensa en juicio (arts. 16 y 18, C.N., 11 y 13, CCBA); *e)* la libertad de expresión (art. 14, 32 y 42, C.N.); *f)* la prohibición de crear aduanas interiores y el derecho a la libre circulación de bienes y servicios (arts. 9º, 10 y 11, C.N.); *g)* los derechos subjetivos de los usuarios del sitio web (art. 42, C.N.). Asimismo, argumentó que se encuentra configurado un caso de gravedad institucional y, en el mismo sentido, expresó que la decisión atacada afecta la seguridad jurídica.

4. Los miembros de la Sala I, con fecha 11/6/2008, decidieron declarar inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado (fs. 41/43) debido a que la resolución atacada no constituye la sentencia definitiva a la que se refiere el art. 27 de la ley 402, ni es equiparable a tal. Por otra parte, agregaron que el remedio intentado no contenía una crítica constitucional a la decisión que intentaba cuestionar sino que, en su lugar, se limitaba a reiterar los agravios presentados en la apelación. Por último, los magistrados indicaron que en el caso no se advertía un supuesto de arbitrariedad.

La firma acusada interpuso, en consecuencia, la queja agregada a fs. 70/93.

5. El 11/4/2008, luego de que los integrantes de la Sala I resolvieran confirmar parcialmente la cautelar adoptada (véase punto 2 de estas resultas),

la titular del juzgado que conocía el caso rechazó un planteo de la defensa mediante el que ésta solicitó dejar sin efecto la clausura dispuesta, hasta tanto pudiera limitarse al ámbito de la Ciudad de Buenos Aires en los términos fijados por la Cámara (fs. 126/127). Esta decisión fue apelada por la acusada (fs. 119/124) y los miembros de la Sala I, el 24/4/2008 (fs. 116) rechazaron *in limine* el remedio intentado debido a que, según argumentaron, la decisión atacada no generó gravamen irreparable y los agravios presentados trataban sobre cuestiones ya resueltas.

Este rechazo motivó la interposición de un nuevo recurso de inconstitucionalidad (fs. 107/111). En ese escrito, la firma imputada mantuvo los agravios expresados en el recurso de inconstitucionalidad anterior (véase punto 3 de las resultas) y, a su vez, agregó que las afectaciones constitucionales que produjo la primera decisión de la Cámara —que impedía que Bwin Argentina S.A. operara en la Ciudad de Buenos Aires— se veían potenciadas porque se mantenía la clausura total del sitio web hasta tanto pudiera limitarse el acceso a esa página a los usuarios ubicados en la Ciudad de Buenos Aires.

6. La Sala I también declaró inadmisible el recurso mencionado en el punto anterior porque la presentación no atacaba una sentencia definitiva, ni decisión equiparable a tal (fs. 113/114). La firma imputada, ante la denegatoria, interpuso la queja que obra a fs. 154/165.

7. Debido a que los dos recursos directos se interpusieron en el marco de una misma causa, la señora jueza de trámite ordenó su acumulación y dio vista de las actuaciones al fiscal general (fs. 169).

8. Al momento de emitir su dictamen, el fiscal general adjunto propició el rechazo de las quejas, pese a que cumplían con los requisitos formales propios del recurso. Indicó, para fundar el rechazo, que las decisiones cuestionadas no resultan sentencia definitiva y que tampoco pueden ser equiparadas a una de ellas (fs. 171/173).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Los recursos de queja fueron interpuestos ante el Tribunal dentro del plazo que fija el art. 33, ley 402, y contienen una descripción de los hechos principales de la causa, sin embargo no pueden prosperar.

2. Según se observa en el relato del caso, "Bwin Argentina S.A." se agravia contra las decisiones de las instancias anteriores referidas a la clausura preventiva de la página web registrada a su nombre.

Tal como tiene dicho el Tribunal en el marco de recursos de inconstitucionalidad y de queja por denegatoria de tales recursos articulados contra decisorios que versan sobre medidas cautelares: "es regla general que las resoluciones dictadas sobre medidas cautelares, ya sea que las acuerden, mantengan o denieguen, no son susceptibles de revisión por la vía del recurso de inconstitucionalidad, por no constituir sentencia definitiva (bastardilla en el original), excepción hecha cuando la denegatoria produzca un agravio que por su magnitud o características será de tardía, insuficiente o imposible reparación ulterior, caso en que corresponde equiparar estas decisiones a las sentencias de tal naturaleza" (*in re*: "Agencia Marítima Silversea S. A. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Agencia Marítima Silversea s/acción declarativa —incidente s/medida de no innovar—'", expte. nº 1516/02, resolución del 10/7/2002, con cita de *Fallos,* 313:279, y de este Tribunal *in re* "Clínica Fleming s/art. 72, CC —incidente de clausura— apelación", expte. n° 1215/01, resolución del 19/12/2001 y mi voto en "Cooperativa de Trabajo Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'NN [Avda. Callao 346/360] Hotel Bauen s/infracción art. 73, CC'", expte. nº 4171/05, resolución del 5/4/2006).

Esa jurisprudencia se enmarca en el criterio general que establece que las decisiones referidas a medidas o provisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen, en principio, sentencia definitiva en el sentido del art. 27 de la ley 402 (conf. "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas N° 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Enríquez, Rafaela s/infracción art. 68, CC nulidad —apelación—'", expte. nº 3358/04, resolución del 23/2/2005 y sus múltiples citas).

En este contexto, la defensa debía desarrollar en sus escritos de queja argumentos sólidos que lograran demostrar que este caso constituye una excepción a la regla, lo que no ha sucedido.

El recurrente menciona reiteradamente la lesión de preceptos constitucionales, básicamente de índole patrimonial como la disminución o limitación de los ingresos económicos que le genera la actividad que ejerce. Agrega que supuestamente ello afecta sus derechos, los de la provincia de Misiones y aún los de los apostadores. Sin embargo sus presentaciones no logran demostrar que los perjuicios que enuncia sean de imposible reparación ulterior, con lo cual tampoco acredita que las resoluciones recurridas sean equiparables a definitiva.

Como lo sostiene la CSJN, la invocación de arbitrariedad y de violación de garantías constitucionales no suple la ausencia de sentencia definitiva (*Fallos,* 308:62; entre otros).

3. Voto por rechazar los recursos de queja agregados a fs. 70/93 y 154/165 y, en consecuencia, dar por perdidos los depósitos cuyas constancias de integración obran a fs. 68 y 167.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, doctora Alicia E. C. Ruiz.

2. Las quejas interpuestas a fs. 70/93 y 154/165 deben ser rechazadas, toda vez que los recursos de inconstitucionalidad que vienen a defender no fueron interpuestos contra una sentencia definitiva u otra decisión que pueda serle equiparada por los efectos que produce en cabeza de la recurrente (art. 27, ley 402). En este sentido, tal como lo sostiene la señora jueza de trámite en su voto, las referencias efectuadas en los recursos en torno al alegado carácter irreparable de los agravios invocados no han sido adecuadamente fundamentadas ni debidamente probadas (conf. el Tribunal *in re*: "Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Asociación Civil Golf Club Lagos de Palermo c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)", expte. n° 2778/04, resolución del 16/6/2004, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. VI-B, pp. 556 y ss. y sus citas).

3. Por lo demás, en punto a la objeción planteada a raíz de la alegada extensión transitoria de los efectos de la medida cautelar convalidada por la Cámara (expte. n° 6017 —véase puntos 5 y 6 del resulta—), cabe agregar que estas cuestiones, referidas exclusivamente a la forma de concreción de lo dispuesto por los jueces de la causa para que la decisión precautoria surta efectos sólo en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tampoco resultan idóneas para suscitar la intervención de este Estrado en atención a su carácter meramente instrumental y a que ni siquiera causan estado —razones que determinan que ellas deban ser ventiladas, en principio, en el trámite de ejecución de la referida incidencia.

Por lo demás, según las constancias de la causa, la actualidad del referido agravio parece —por lo menos— dudosa, si se tiene en cuenta que, merced a la intervención de la señora jueza de grado en el marco del trámite de ejecución de la referida cautelar, el Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio Internacional y Culto de la Nación (en su carácter de administrador del dominio Argentina de Internet) procedió al restablecimiento de la delegación del dominio "bwin.com.ar" (véase fs. 541/542 y 554 del expte. nº 28.185-04-CC/2006,

caratulado "Legajo de ejecución de medida cautelar en autos 'Bwin.com s/infr. art. 116, organizar y explotar juego'").

Por ello, corresponde rechazar las quejas interpuestas y dar por perdidos los depósitos integrados oportunamente.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de la señora jueza de trámite, Alicia E. C. Ruiz, y a las puntualizaciones desarrolladas por el doctor José O. Casás.

Sólo quiero agregar —como *obiter dictum*— que las argumentaciones desarrolladas por los jueces de la causa en cuanto a la adecuación típica de las conductas que se investigan en este sumario —en principio— aparecen como aptas para el dictado y sostenimiento de la medida cautelar dispuesta. Sin embargo, en el momento procesal oportuno en cual corresponda evaluar con carácter definitivo su relevancia contravencional los distinguidos colegas deberán extremar los recaudos y destinar un mayor esfuerzo en argumentar, demostrar y sostener por qué motivo la autorización que dice poseer la firma imputada resulta insuficiente o inhábil para ejercer la actividad comercial que explota. Lo cierto es que si bien esta última circunstancia puede presentarse —todavía— algo dudosa en este estadío procesal, en autos, aparentemente, existirían elementos suficientes que justificarían *prima facie* la continuación de la investigación con relación a las conductas sancionadas por el art. 117, ley 1472.

Dicho de otra manera, aun cuando la autorización o licencia expedida por la Provincia de Misiones para organizar y explotar el juego que despliega la firma fuera considerada suficiente e idónea para hacerlo en la modalidad y con las características en que lo ejerce dicha empresa —mediante el uso de internet—, cierto es que esa autorización o licencia no podría abarcar —bajo ningún concepto— la promoción u oferta pública que, eventualmente, podría estar desarrollándose en el ámbito de esta Ciudad Autónoma, pues es claro que en este (otro) ámbito dicha promoción necesariamente debe estar sujeta a la autorización expresa que a tales efectos expidan los organismos locales correspondientes (art. 17g, ley 538).

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Los recursos de queja cumplen con los requisitos básicos que establece el art. 33 de la ley local 402. Sin embargo, deben ser rechazados porque los recursos de inconstitucionalidad que defienden no se dirigían contra una sentencia definitiva en los términos del art. 27 de la ley local 402.

En efecto, las decisiones referidas a medidas cautelares y a otras decisiones adoptadas durante la tramitación del proceso no constituyen sentencia definitiva

en el sentido del art. 27 de la ley 402, en tanto el procedimiento prosigue —no se trata de la última decisión de mérito—, de manera tal que eventuales agravios podrán ser planteados contra la sentencia definitiva (véase mi voto en "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'López, Marcos Damián s/inf. art. 189 bis, C.P.'", expte. n° 4962, sentencia 20/12/2006, entre otros).

2. Por lo demás, como ya expuse en múltiples sentencias (véase, por ejemplo, "Ministerio Público —Defensoría Oficial en lo Contravencional y de Faltas Nº 4— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Ponzoni, Manuel Eduardo s/inf. art. 189 bis tercer párrafo del C.P.'", expte. n° 4170, sentencia del 5/6/2006, entre otras), ni siquiera considero que existan decisiones que puedan ser asimilables a una sentencia definitiva a los fines del recurso previsto en el art. 113, inc. 3º, de la Constitución local. El art. 27 de la ley 402 sólo permite el recurso de inconstitucionalidad una vez lograda la sentencia que finaliza el juicio de mérito. Y, a decir verdad, esa regulación resulta absolutamente racional para un tribunal extraordinario —que no es el tribunal de mérito—, pues el defecto puede subsanarse durante el procedimiento, incluso por un resultado final favorable al perjudicado por el vicio.

3. Por esta razón puede afirmarse que, respecto de las medidas cautelares, las leyes procesales de la Ciudad prevén solamente dos instancias —cumplidas en ambos casos— y ellas son los dos grados de las instancias de mérito. Toda asunción de competencia no prevista en la ley significa un abuso de poder y es ilegítima.

4. Me pregunto, además —y no hallo aún aquí respuesta válida—, ¿de dónde surge la jurisdicción de la Ciudad, tanto en el sentido referido a la aplicación de la ley contravencional, como desde el punto de vista de la competencia judicial?

5. En razón de los argumentos que expuse voto por rechazar los recursos de queja y dar por perdidos los depósitos cuyas constancias de integración están agregadas a fs. 68 y 167.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Corresponde resolver, en primer término, acerca de la admisibilidad de la queja que defiende el recurso de inconstitucionalidad dirigido contra la decisión del *a quo*, de fecha 7/4/2008, que confirmó parcialmente la resolución que dispuso la clausura preventiva de la página web www.bwin.com.ar restringiendo su ámbito de aplicación a los límites de la Ciudad de Buenos Aires. Ello así, porque de prosperar ese recurso, devendría innecesario expedirse con relación a la queja que tramita en el expte. nº 6017 (acumulada al expte. nº 6004); esto es, aquella que sostiene el recurso de inconstitucionalidad deducido contra la resolución de la Cámara, de fecha 24/4/2008, que rechazó *in limine* por

improcedente la apelación contra la decisión que no hizo lugar al pedido de levantamiento de la medida preventiva impuesta hasta tanto ésta pudiera ser instrumentada con el alcance dado por la Cámara el mencionado 7/4/2008.

Expte. nº 6004

2. La decisión de la Cámara de fecha 7/4/2008 no es la definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402, puesto que ella no puso fin a la controversia, pronunciándose acerca de las pretensiones articuladas por las partes, ni tornó imposible su continuación, lo que obsta a la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad, salvo en el aspecto del que me ocupo seguidamente.

La decisión recurrida excede el mero interés de las partes, enmarcándose en lo que la CSJN ha caracterizado, en el marco de un remedio procesal de similares características, como "gravedad o interés institucional". Afirma la defensa, a ese respecto, que la medida cautelar que le fuera impuesta a la sociedad anónima Bwin Argentina, su asistida, vino a desconocer los actos emitidos por la provincia de Misiones. Ello así, porque, en la interpretación de la recurrente, la autorización para operar que le dio el Instituto Provincial de Lotería y Casinos de la Provincia de Misiones (en adelante IPLyC) le permitiría comercializar sus servicios por Internet aun fuera de ese territorio. Relata que Bwin es una sociedad inscripta en el Registro de la Dirección de Personas Jurídicas del Ministerio de Gobierno de la Provincia de Misiones que, para el desarrollo de su actividad comercial "en el territorio nacional" (fs. 72), celebró un Contrato de Concesión con el IPLyC de la mencionada provincia (el que fue aprobado por medio de la resol. 005, del 16/1/2007, dictada por el Director del IPLyC); cuyo objeto "...es el otorgamiento de un Permiso de Explotación para la implementación de una nueva opción de juegos sobre la base de resultados de eventos deportivos, culturales y aleatorios a ser realizados por medio de nuevas e innovadoras tecnologías..." (fs. 516 de los autos principales). Así las cosas, sostiene que no pueden otras jurisdicciones sancionar las conductas autorizadas aun cuando tengan efectos en sus territorios, porque ello vendría a desconocer actos emitidos por otra provincia en contraposición a lo que mandan los arts. 1º, 5º y 126 y, en especial, el 7º de la C.N. Concluye su razonamiento afirmando que, por esos motivos, la cuestión debatida en esta causa excede el mero interés de las partes enmarcándose en lo que la CSJN ha dado en llamar "gravedad o interés institucional".

La situación descripta *supra* lleva, tal como adelanté al comienzo del párrafo que antecede, a equiparar a definitiva la decisión recurrida con relación al planteo reseñado en el párrafo que antecede. Ello así, porque, por un lado, como bien señala la recurrente, constituye un supuesto de "gravedad o interés institucional", la posible colisión que la clausura preventiva impuesta pudo haber tenido con los poderes de otra jurisdicción local, la Provincia de Misiones. Por otra parte, aun cuando el presente conflicto puede llegar a devenir abstracto con el resultado de la sentencia definitiva, si hubiera, por ejemplo

una absolución por otro motivo, la cuestión a resolver no va, en sí misma, a evolucionar o modificarse durante transcurso del pleito. Entretanto, el conflicto, que podría repetirse en otros supuestos similares, perturbaría la relación con la hermana provincia.

En tales condiciones, la sentencia apelada es equiparable a la definitiva en lo relativo a la cuestión reseñada, no así con relación al resto de los planteos que el recurso trae al Tribunal.

En ese orden de ideas, la defensa manifiesta, a su vez, —entre otros motivos dirigidos a demostrar que la decisión recurrida debe ser equiparada a definitiva— que la clausura preventiva le produce una afectación a sus derechos de propiedad, a trabajar y de ejercer industria lícita (conf. arts. 17 y 14 de la C.N. y 12, inc. 5º, y 43 de la CCBA), no susceptible de reparación ulterior. Ello así, porque, a su juicio, le impide ejercer las actividades comerciales para las que cuenta, conf. lo expuesto más arriba, con la debida autorización, ocasionándole pérdidas cuantiosas, circunstancia que, afirma, pone en riesgo la supervivencia de su asistida (fs. 80). Pero, como se verá en el punto 4 de este voto, no ha aportado elementos suficientes para lograr la equiparación que busca con este planteo.

3. En cuanto al fondo, no asiste razón a la recurrente en sostener la ausencia de atribuciones de la CABA para alcanzar con sus prescripciones aquella conducta suya materia de estos autos.

3.1. Dos son las cuestiones a analizar. La primera de ellas es si la Ciudad ha buscado captar la actividad de que se trata desarrollada con base fuera de su ejido para captar apuestas, entre otros ámbitos, en el de su propio territorio. La segunda, si puede hacerlo con arreglo a la C.N. Esta última, porque el argumento de la defensa según el cual la CABA no podría sancionar una conducta autorizada por la Provincia de Misiones, leído a su mejor luz, supone que la CABA carecería de la facultad de sancionar la actividad que nos ocupa.

3.1.1. Las reglas aplicables para establecer el ámbito alcanzado por el CC están básicamente contempladas en los arts. 1º y 2º de ese cuerpo normativo. Con arreglo al segundo de ellos no solamente aquellas conductas que se cometan en el territorio de la CABA sino también "las que produzcan efectos en ella" están dentro del universo alcanzado por el código, con prescindencia de su lugar de comisión. ¿Cómo decidir cuándo una conducta llevada a cabo fuera del territorio tiene efecto en él? La respuesta viene dada por el art. 1º en tanto bajo el título "lesividad" dispone que "[e]l CC de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sanciona las conductas que por acción u omisión dolosa o culposa implican daño o peligro cierto para los bienes jurídicos individuales o colectivos protegidos". Producir efecto, entonces, consiste en afectar un bien jurídico tutelado por la CABA; cabe agregar siempre que sea válido tutelarlo.

Esta última condición supone pasar el examen de la Constitución Nacional. En este cuerpo, organizador de nuestro sistema federal, constituye

facultad de la Nación, con arreglo al art. 75 inc. 13, regular el comercio interjurisdiccional, categoría ésta, la del "comercio", que ha sido tradicionalmente concebida de modo muy amplio, abarcando toda actividad que, por incumbir a más de un estado local, no pueda ser reglada unilateralmente por alguno de ellos imponiendo soluciones a otro u otros, y sí, en cambio, por el federal, al que se reconocen atribuciones muy amplias definidas por la sola posibilidad de que en él recaiga aquello que excede a cada estado local, teniendo en mira evitar que quede reducido a la condición de un gobierno imperfecto para el propósito al que fue destinado en detrimento de los intereses de la generalidad de los estados locales que sólo por intermedio del federal, y en las condiciones en que la Constitución lo permite, pueden imponerse a uno de sus pares (arg. del *crippled government* de Marshall).

3.1.2. Tradicionalmente, y tal como lo reconoce la defensa (véase fs. 21, 88, entre muchas otras citas), se ha considerado a la regulación del juego como asunto retenido por los estados locales, en el marco de su poder de policía. Esta concepción en cuyo marco la administración y explotación del juego ha quedado dentro del acervo de poderes que detentan las jurisdicciones locales, se compadece con la doctrina de fallos diversos que han tratado la cuestión. Por su parte, la Corte Suprema de la Nación ha reconocido que es facultad de las provincias, en ejercicio de su poder de policía, regular lo concerniente al juego en *Fallos,* 275:314; 242:496; 141:217, entre muchos otros. También este Tribunal se ha expedido in extenso acerca de la competencia que detenta la CABA para regular lo concerniente al juego: v. gr., entre otras, la sentencia del 17/9/2002, en "Unión Transitoria S.A. y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 1268/01. En mi caso, adopté posición en ese sentido en la causa "González, Carlos Alberto y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'González, Carlos Alberto y otros s/ley 255'", expte. n° 2901/04, sentencia de este Tribunal del 9/9/2004.

Cierto es que el carácter interjurisdiccional del medio empleado en el caso para la explotación de esa actividad, Internet, constituye una razón suficiente para sujetar esa transmisión al poder legislativo de la Nación, y de hecho son normas de ese origen las que la disciplinan. Pero, la competencia para regular la transmisión no se extiende natural ni automáticamente a las relaciones jurídicas que nacen de los intercambios comunicacionales que aprovechan ese medio interjurisdiccional. Así, por ejemplo, la circunstancia de que un contrato comercial sea celebrado mediante oferta y aceptación electrónicas, o aun por correo terrestre o aéreo, no lo sujeta al fuero federal (*Fallos,* 72:443, entre otros). Del mismo modo, tampoco quedan federalizados *ipso iure* los delitos cometidos en más de una provincia (véase *Fallos,* 293:481; 301:728; 310:1755; 326:4586; 329:3450; 329:3942, entre muchos otros). Por su parte, la jurisprudencia extranjera ha reconocido competencia para juzgar las actividades que se realicen por Internet a los tribunales asentados en el lugar donde se accede

al servicio ya sea incorporando información, extrayéndola o consultándola, siempre que esa actividad afecte un bien jurídico tutelado en esa jurisdicción; sin que importe, a tales fines, dónde se encuentre ubicado el server y, menos aún, lo que dispongan las leyes de esa última jurisdicción. En este orden de ideas, la High Court of Australia en la causa "Dow Jones & Co. Inc. vs. Gutnick", sentencia del 10/12/2002, resolvió que los tribunales australianos del estado de Victoria eran competentes para juzgar, por sus leyes, a la compañía Dow Jones, registrada en los Estados Unidos, por la publicación de un material en Internet que el Sr. Gutnick, habitante del mencionado estado australiano, entendió difamante para su persona. Para resolver en el sentido señalado, los integrantes de esa corte tuvieron en consideración que el Sr. Gutnick tenía una causal para accionar en el estado de Victoria y que en ese estado era de donde él bajaba la información (publicación) por Internet que entendía agraviante (información por la que había iniciado la mencionada acción mediante la cual pretendía la reparación del daño ocasionado a su reputación en esa jurisdicción, no en otros lugares). Además, tuvieron en cuenta que los intereses del Sr. Gutnick estaban principalmente ubicados en Victoria, aun cuando realizaba actividades en varias partes del mundo, incluido los Estados Unidos. Por lo demás, manifestaron que la compañía Dow Jones había declarado —al igual que lo ha hecho la sociedad imputada en esta causa— que, si bien tenía las oficinas de la editorial de la revista que realizó la publicación controvertida, Barron's, en el estado de Nueva York y su *web server* en el estado de Nueva Jersey, su intención era llegar, mediante la página web WSJ.com, con sus publicaciones a otros lugares. Esas cuestiones, entre otras, fueron tomadas en consideración por los jueces de la High Court of Australia para resolver a favor de la jurisdicción de los tribunales del estado de Victoria y de la ley a la que quedaba sometida la controversia, la de ese estado. Ello, no obstante que el Sr. Gutnick tenía actividades comerciales en los Estados Unidos y que el régimen legal imperante en el estado de Victoria era más duro que el de los estados de los Estados Unidos donde tenía asentamiento la empresa demandada.

El Estado nacional, por lo demás, no ha intentado ejercer atribuciones respecto de la regulación del juego, aun cuando fueran instrumentadas las apuestas por una vía de comunicación interjurisdiccional como la que nos ocupa, circunstancia que despeja parte del problema.

3.1.3. Ello sentado, no es dudoso que la Ciudad tiene la posibilidad de ejercer sus poderes —conf. los arts. 50, 80, inc. j, punto 19 y 104, inc. 31 de la CCBA y las leyes dictadas en su consecuencia, cuya constitucionalidad no fue controvertida en el *sub examine*— en una operatoria como la que nos ocupa en la que el banquero del juego está instalado en ajena jurisdicción y posibilita, mediante comunicación por Internet, que quienes están físicamente en esta

Ciudad apuesten. Así lo es, puesto que, conforme ha quedado señalado *supra*, no hay norma federal que obstruya ese ejercicio ni él supone obstrucción al ejercicio válido de poderes de la Provincia de Misiones que no los tiene en el territorio de nuestra ciudad. Se condice con lo expuesto, a su vez, el hecho de que el Contrato de Concesión celebrado por Bwin con esa Provincia señale, expresamente, en la parte de "antecedentes" que "el Instituto provincial de Lotería y Casinos sociedad del Estado (en adelante el Instituto) conforme a la ley provincial 2643, tiene el contralor, explotación, manejo y administración de los juegos de azar y demás actividades conexas, complementarias y afines, ejerciendo *el monopolio de los mismos en el territorio de la Provincia de Misiones*" (sin destacar en el original) (fs. 507 de los autos principales).

Tampoco caben dudas acerca de que la CABA ha ejercido efectivamente los poderes que genéricamente le incumben en el orden federal al que me vengo refiriendo. Así lo ha hecho al promulgar, en lo que al caso importa, los arts. 1º y 2º del CC, que resultan aplicables en lo pertinente como complemento de los arts. 116 y 117 de ese cuerpo normativo. Ello así, puesto que no es dudoso que el bien jurídico tutelado por dichas normas se ve tan afectado en el supuesto de la celebración de una apuesta cara a cara en una esquina de Buenos Aires como en este otro que nos ocupa en que el apostador es un individuo que juega desde un escritorio sito en un domicilio porteño que resulta tentado por un banquero de juego que reside en ajena jurisdicción, pero que tienta deliberadamente a quienes residen en ésta y consiente tomar sus apuestas. En efecto, tanto el impacto del juego sobre la moral de los apostadores, y de la sociedad más inmediata de la que éstos participan, como aquel otro que estas apuestas tienen sobre el monopolio estatal del juego vigente en nuestra Ciudad de Buenos Aires, se ven igualmente afectados por ambos tipos de apuesta. En este orden de ideas, y con relación al primero de los bienes enunciado, esto es, la moral, no cabe duda que la Ciudad puede, en ejercicio de su poder de policía, disponer, entre otras cuestiones: *i)* qué clase de establecimientos pueden ser utilizados para la explotación del juego, *ii)* dónde deben ser emplazados, y *iii)* mediante qué medios se puede explotar el juego en la Ciudad de Buenos Aires.

Dicho de otro modo, si la CABA careciera de la potestad de ejercer sus poderes respecto de esa actividad en cuanto tiene efectos en su territorio, estaría impedida de proteger, de un modo pleno, los bienes que son de su incumbencia. Tampoco estamos, como quedó expuesto en los puntos que anteceden, ante el supuesto de interferencia con ejercicio de poder público provenientes del estado federal, otros estados locales o, menos aún, de estados extranjeros. En síntesis, la conducta afecta tan sólo a la CABA.

3.1.3.1. A lo dicho, cabe agregar que aun cuando Internet constituye un nuevo y diferente medio para las comunicaciones humanas (véase voto del

juez Kirby en la causa "Dow Jones", ya citada), esa circunstancia no lleva a que todas las controversias que se presentan por la utilización de ese medio comunicacional resulten novedosas. En este orden de ideas, y en lo que al caso importa, normas que prohibían conductas similares a la imputada a la sociedad bwin en esta causa existían antes del surgimiento de Internet. Ellas, a su vez, también llevaron a que se discutiese judicialmente si era válido, a la luz de lo que dispone el art. 7º de la C.N. (artículo en el que la recurrente apoyó, principalmente, el agravio que vengo tratando a lo largo de todo el punto 3 de este voto; véanse las últimas líneas del segundo párrafo del punto 2 de este voto), que esas normas prohibiesen en las jurisdicciones en que fueron dictadas la circulación de boletos de loterías que habían sido autorizadas por otras jurisdicciones locales. Claro está que en esa época el medio para apostar desde la jurisdicción que no había autorizado el juego no era desde una computadora. La compra-venta de esas loterías se realizaba, entre otras formas, desde locales emplazados en una jurisdicción distinta de la que la había autorizado. En ese contexto, la CSJN señaló al tratar esa cuestión en *Fallos,* 141:217 que "…al juego, no puede serle aplicable por elementales consideraciones los principios y garantías constitucionales relativas al trabajo y al comercio, como no es posible colocar en el mismo concepto legal y jurídico los títulos de renta aludidos y los billetes de loterías nacionales o provinciales, comprendidos tales billetes en 'los casos ya admitidos por la jurisprudencia uniforme y constructiva de los tribunales norteamericanos y argentinos, en lo relativo a la defensa moral y sanitaria de la población de la Nación o de una o más de sus provincias, bajo el llamado poder de policía'". A lo que agregó, que "…los poderes de policía son locales y no pueden extenderse más allá de sus propias soberanía (*Fallos,* t. 7, p. 150), tales entre otras, la legislación sobre juego [...], sin que sea un óbice al ejercicio de tales facultades propias la disposición del art. 7° de la Constitución que prescribe que los actos públicos y procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás, pues según la jurisprudencia de esta Corte, ni esa cláusula ni otra alguna del Código fundamental puede interpretase de manera que acuerde a las leyes o actos públicos de cada provincia efectos extraterritoriales capaces de alterar la legislación de la demás, dictada en uso de facultades exclusivas (Constitución, arts. 104 y 105; *Fallos,* t. 31, p. 62; t. 114, p. 309; t. 124, p. 110). Si así no fuera, las fuerzas de policía de una provincia podrían transitar armadas por el territorio de otras sin permiso de la autoridad local y ejercer sus funciones fuera de su jurisdicción, si como se pretende los títulos de los funcionarios locales debieran producir en todas partes los mismos efectos que les corresponden en la provincia que los ha conferido. En el caso de autos, las disposiciones legales que se dicen violatorias del art. 7° de la Constitución no desconocen que los títulos que han originado este proceso hayan sido válidamente expedidos por las provincias de Buenos Aires, Córdoba

o Tucumán; lo que se niega es la aptitud legal de esos títulos para circular en la Capital y Territorios Nacionales sin la previa autorización del Congreso que actúa como legislatura local".

Por su parte, no comparto la tesis de la CSJN *in re* "Marcelo Alberto Zorzoli" (*Fallos,* 285:420). Sin perjuicio de ello, lo cierto es que aun cuando se compartiera la tesis de la ajustada mayoría en ese caso, de todos modos, en el *sub lite* ella no podría ser sostenida dadas las diferencias que guarda ese caso con el presente. En esa causa, la defensa oficial venía recurriendo la condena que le fuese impuesta al Sr. Zorzoli por vender en la Capital Federal billetes de las loterías oficiales de las provincias de Córdoba y Tucumán en contravención a lo previsto en el art. 19 de la ley 18.226 (norma que prohibía, conforme surge del texto de la sentencia, la venta de loterías oficiales provinciales en la Capital Federal y en los Territorios de Tierra del Fuego, Antártica e Islas del Atlántico Sur). A juicio de la defensa la norma en base a la cual fue condenado el Sr. Zorzoli resultaba violatoria de los arts. 7º, 9º, 10, 11, 16 y 28 de la C.N. El sistema instaurado por la ley 18.226 arrojaba como resultado que el Estado nacional emitiese billetes de lotería que podían ser vendidos en todo el país, empero, prohibía a las provincias vender sus billetes de loterías en los territorios mencionados *supra*. Esa circunstancia, la disparidad de trato que tenía una y otra clase de loterías, no fue ajena a que la Corte resolviese que el Estado nacional había incurrido en un exceso en el ejercicio de su poder de policía al prohibir en sus territorios la circulación de loterías provinciales; situación que resultaba, a juicio de la Corte, violatoria del principio de igualdad. Algo así como sostener que la regla seguía siendo la de *Fallos,* 141:217, doctrina no abandonada explícitamente, pero el Estado nacional puede resolver que los billetes circulan, sólo que, si lo hace, debe cumplir con la regla de igual trato para todos. No obstante lo decidido en esa controversia, con posterioridad a ese pronunciamiento, la CSJN, frente a un supuesto de hecho en el que quien impedía la circulación de billetes de loterías de otras jurisdicciones por su territorio era la Provincia de Buenos Aires, reprodujo sin más la doctrina sentada en *Fallos,* 141:217. Así quedó registrado en *Fallos,* 314:1425, donde la CSJN sostuvo, ante un planteo consistente en que el actuar de la provincia de Buenos Aires resultaba violatorio de los derechos constitucionales de trabajar y ejercer industria lícita porque impedía a los actores vender, en tres locales del ferrocarril que les había otorgado el Estado nacional, billetes de lotería de otras provincias, que "[l]a provincia está facultada para ejercer su poder de policía respecto de la venta de billetes de lotería de otras provincias en locales sitos en estaciones ferroviarias, en tanto no condiciona, menoscaba o impide el cumplimiento de las actividades que desarrolla la empresa ferroviaria". Tanto esa regla, como las sentadas por la CSJN en *Fallos,* 141:217 entiendo resultan plenamente aplicables a la presente controversia.

Finalmente, y en coincidencia con la jurisprudencia nacional imperante reseñada más arriba, vale la pena recordar que desde los albores de la vida federal surgió el problema al que me vengo refiriendo: si resultaba legítimo que un estado prohíba la venta de billetes de loterías creadas por otro estado en su territorio; problema que fue correctamente resuelto por la Corte de los Estados Unidos en la causa "Cohens v. Com. of Virginia (19 U.S. 264)". En ese precedente, el mencionado tribunal resolvió, por medio de la opinión del juez Marshall, que era legítimo que un estado de la unión, Virginia, prohibiese, en ejercicio de su poder de policía, la venta de billetes de una lotería creada por el Congreso para la ciudad de Washington en su jurisdicción. Para así resolver, el juez Marshall señaló, en lo que ahora importa, que el Congreso de la unión al crear la mencionada lotería persiguió exclusivamente objetivos locales, los de la ciudad de Washington, por lo que las facultades de ese cuerpo legislativo en el marco de esa de ley no podían tener efectos fuera de la jurisdicción de esa ciudad. En otros términos, si la competencia ejercida por el Congreso era local, como lo es la ejercida en el presente caso por la Provincia de Misiones, la medida no podía tener impacto en otras jurisdicciones.

3.1.4. En resumen, para dar respuesta al planteo que la defensa fundó en la "gravedad o interés institucional" corresponde preguntarse en cuanto a la afectación de derechos supralegales que pueden invocar los particulares en dos supuestos, *i)* la posible vulneración del principio de lesividad, con base en el art. 19 de la C.N., si una sanción pudiere recaer sobre conductas que no son lesivas de bienes que el Estado puede válidamente tutelar, hipótesis que está alejada de la que nos ocupa, donde la situación es, según vimos, la opuesta, y *ii)* la del art. 118, si estimáramos que la infracción debe ser juzgada en territorio de otro estado local, supuesto también ajeno a esta causa, pues no hay conducta antijurídica desde el ángulo de ese otro estado local, cuyos intereses no estima éste vulnerados.

Por lo expuesto, corresponde rechazar, tal como adelanté, al agravio analizado en los puntos precedentes.

4. El resto de los agravios formulados en la queja, como se verá en los puntos que siguen a continuación, no pueden prosperar. Ello así, toda vez que ellos no tienen conexión con la causal por la que fue equiparada a definitiva la sentencia recurrida, esto es, la "gravedad o interés institucional", sino que, en todo caso, están relacionados con los agravios sustentados en la violación de los arts. 14 y 17 de la C.N. y 12, inc. 5º, y 43 de la C.N.; pero, tal como señalé en el último párrafo del punto 2 de este voto, ese último motivo, en la forma en que fue formulado, no basta para lograr la mencionada equiparación. Si la defensa pretendía demostrar que la decisión adoptada por los jueces de mérito pone en riesgo la subsistencia de su asistida, y sobre esa base equiparar, debió acreditar los extremos que dieran cuenta de esa circunstancia.

4.1. La defensa sostiene que la decisión del *a quo* resulta violatoria del principio de legalidad, en primer lugar, porque la norma en que buscaron apoyo los magistrados para el dictado de la clausura preventiva, el art. 29 del CPC, no se refiere, a juicio de la recurrente, a sitios de Internet, sino que lo hace, estrictamente, a bienes inmuebles. En segundo término, porque, a criterio de la defensa, no existe ninguna ley que prohíba, expresamente, la explotación comercial del servicio de juegos y apuestas por Internet, lo que la lleva a concluir que tal actividad, por imperativo constitucional, está permitida (fs. 72 vta.). Por último, y en tercer lugar, porque sostiene que el art. 116 del CC no especifica quién debe otorgar la autorización para explotar juego, por lo que no habría motivos para entender que esta no puede ser válidamente dada por una jurisdicción distinta a la de la Ciudad. Con el objeto de fundar esos agravios, señala que no corresponde hacer una interpretación extensiva de las leyes penales, porque ello resulta violatorio de la regla interpretativa sentada por la CSJN en el precedente A. 2186. XLI ("Acosta") según la cual para las normas de derecho penal "...se impone priorizar una exégesis restrictiva dentro del límite semántico del texto legal, en consonancia con el principio político criminal que caracteriza al derecho penal como la ultima ratio del ordenamiento jurídico, y con el principio *pro homine* que impone privilegiar la interpretación legal que más derechos acuerde frente al poder estatal" (fs. 77 vta., véanse fs. 88 vta. y 89).

Ninguno de esos agravios acredita la existencia de una violación a una garantía constitucional sólo susceptible de tutela inmediata, sin que baste a tales fines, conforme quedó expuesto en el punto 4, la relación que guardan con la invocada violación de los arts. 14 y 17 de la C.N. y 12, inc. 5º, y 43 de la CCBA.

A su vez, los planteos reseñados en el segundo y tercer lugar tienen por fin controvertir una cuestión todavía abstracta, en tanto con relación a ella no medió pronunciamiento judicial alguno. La discusión acercar de si el medio utilizado para la realización de la conducta está alcanzado por tipos descriptos en los arts. 116 y 117 del CC, al igual que la relativa al alcance del término "autorización", podrán ser propuestas por la defensa, en todo caso, al momento de recurrir la sentencia de condena. Empero no muestra hoy los motivos por los cuáles correspondería ingresar a su análisis. En otros términos, no muestra qué perjuicio de imposible reparación ulterior le genera a su asistida dicha situación, máxime cuando no ha sido una cuestión resuelta por los jueces de mérito.

Por último, cabe señalar que la CSJN en la causa "Acosta" tachó por arbitraria una interpretación que privaba de sentido a un párrafo del art. 76 bis del C.P., situación que el recurrente no demuestra que sea la que acontece en la presente causa.

4.2. Tampoco pueden prosperar las manifestaciones de Bwin tendientes a demostrar que no ha puesto en peligro la salud o seguridad pública con su actividad. Ello así, toda vez que, más allá de si son esos u otros los bienes tutelados,

al igual que los agravios tratados *supra*, no tiene por fin acreditar la violación de un derecho sólo susceptible de tutela inmediata, sino discrepar con el análisis de los hechos y de la prueba que realizaron los jueces de mérito; cuestión que, por lo demás, resulta ajena a la competencia de este Tribunal.

4.3. Igual suerte debe seguir el agravio según el cual la medida impuesta resulta violatoria del derecho a la libre expresión. En este orden de ideas, la defensa manifiesta que el servicio de Internet se encuentra regulado por normas federales (la ley 26.032 y el dec. 1279/97) que garantizan que los usuarios de la red puedan expresar sus ideas libremente; garantía que impide, a su juicio, que los gobiernos locales regulen el contenido de la información que se transmite por Internet y, menos aún, censurarlo previamente. Esa garantía carece de relación directa con lo resuelto. En el *sub lite* la medida adoptada por los jueces de mérito encontró apoyo, por un lado, en "...que *prima facie* se encontraría acreditada la comisión de la contravención prevista y reprimida por el art. 116, CC. Es decir, que existe el grado de certeza suficientes, requerido en esta etapa para la adopción de la medida en cuestión, atento que se encuentra demostrado en autos que desde la Ciudad de Buenos Aires, a través de la página de internet de la compañía, se pueden realizar apuestas no autorizadas" (fs. 562 de los autos principales) y, por el otro, en que puede afirmarse "*prima facie* que la conducta endilgada perjudica de modo concreto los intereses la sociedad y el patrimonio de la administración estatal" (fs. 563 de los autos principales). En tales condiciones, en la presente causa no se encuentran controvertidos los derechos de la sociedad imputada a expresarse libremente, menos aún, la de publicitar sus actividades por el medio que entienda adecuado, aun en la Ciudad de Buenos Aires, sino que lo controvertido es que la recurrente pueda estimular y/o tomar, por Internet, apuestas hechas desde su territorio.

4.4. Finalmente, señala que la medida preventiva impuesta no sólo perjudica los intereses de Bwin, sino también a los *i)* ciudadanos de la provincia de Misiones, quienes son los beneficiarios del canon que Bwin paga al IPLyC; y *ii)* a todos los ciudadanos que se ven cercenados en su derecho a apostar. Este planteo, al igual que el resto, no puede prosperar. La defensa omitió desarrollar una argumentación tendente a explicar por qué este agravio resultaría sólo susceptible de tutela inmediata, situación que basta para declararlo improcedente en este estadio procesal. A lo que cabe agregar que el interés en juego en esta causa es el de la sociedad Bwin, sin que la defensa muestre que se dé alguna especial circunstancia que lleve a integrar la litis con los sujetos por ella mencionados. Por lo demás, la recurrente tampoco ha invocado o acreditado estar legitimada para actuar en defensa de los derechos de los sujetos que menciona.

5. La defensa sostiene, a su vez, que lo resuelto por los jueces de mérito vino a afectar lo dispuesto por la justicia federal con asiento en la ciudad de Posadas. Afirma que la justicia federal dictó, en el marco de un amparo iniciado por Bwin contra Lotería Nacional S.E. una medida de no innovar tendiente a ga-

rantizar el normal funcionamiento de la página web de Bwin. Comenta, además, que "...recientemente la Cámara Federal de Posadas, Misiones, en un planteo de inhibitoria promovido (*sic*) en el amparo promovido por Bwin, sostuvo el día 24 de abril del año en curso que: '...si bien en el proceso de amparo no pueden articularse cuestiones de competencia (art. 16, L.16986) *resulta evidente que con la actuación de la señora Magistrada Contravencional y de Faltas N° 5 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires se afectaron decisiones de esta jurisdicción* (conf. fs. 1/7) razón por la cual entiende este tribunal debe remitirse la causa a la Excma. Corte Suprema de la Nación (conf. doctrina de autos...), entre otros, donde se establecieron medidas adecuadas para que los tribunales cumplan sus mandatos'" (lo destacado corresponde al original) (fs. 85 vta.).

Más allá que esa situación no se encuentra acreditada en el expediente, circunstancia que bastaría por sí sola para rechazar el planteo, cabe agregar que, aun en el caso de que fuera cierta, la situación denunciada no es una que impida el dictado de la presente sentencia. En todo caso, esos hechos podrán llevar a que la presente devenga abstracta en el supuesto en que la CSJN resuelva a favor de la justicia federal con asiento en ciudad de Posadas, Misiones, el problema de competencia al que se refiere la recurrente, pero no a que este Tribunal se vea impedido de pronunciarse.

6. Finalmente, el agravio según el cual la medida adoptada resultaría violatoria de la garantía de igualdad, porque a pesar de que existe un gran número de empresas que, sin autorización, desarrollan una actividad similar a la de Bwin, únicamente a esta última se la persigue por la explotación de su actividad, no puede ser tratado en esta instancia, en tanto es fruto de una reflexión formulada por vez primera en el recurso de inconstitucionalidad, y por ello tardíamente. Sin perjuicio de ello, cabe señalar que la defensa tampoco denuncia una situación de aquellas que la apuntada garantía tenga por fin precaver.

7. Por lo expuesto, voto por: *i)* hacer lugar a la queja y declarar admisible el recurso de inconstitucionalidad con relación al planteo según el cual no podrían sancionarse los efectos que en otras jurisdicciones producen las actividades que Bwin Argentina genera al operar desde la provincia de Misiones, porque ello vendría a desconocer un acto emitido por otra provincia en contraposición a lo que mandan los arts. 1º, 5º, 7º, y 126 de la C.N.; *ii)* rechazar el recurso de inconstitucionalidad con relación a ese agravio; y *iii*) rechazar la queja con relación al resto de los agravios esgrimidos.

Expte. nº 6017

8. La queja debe ser rechazada porque el recurso de inconstitucionalidad no se dirige contra una sentencia definitiva, ni la defensa ha demostrado que deba equiparse a tal.

9. La decisión del *a quo* que rechazó *in limine* por inadmisible (conf. la interpretación que efectuó de los arts. 275 y 279 del CPP) la apelación contra la resolución que no hizo lugar al pedido de levantamiento de la medida preventiva impuesta hasta tanto ésta pudiera ser instrumentada con el alcance dado por la Cámara en la sentencia del mencionado 7/4/2008, no constituye la sentencia definitiva a que se refiere el art. 27 de la ley 402, pues no cumple con las características recordadas en el punto 2 del presente voto. A su vez, tampoco la defensa ha logrado demostrar, como se verá en el punto que sigue, que ella deba ser equipada a definitiva por haberle conculcado a su asistida alguna garantía constitucional sólo susceptible de tutela inmediata.

9.1. La resolución de Cámara mencionada *supra* se limitó a resolver una cuestión de índole procesal, la procedencia de un recurso de apelación ante ella, cuestión, por regla, privativa de los jueces de la causa. En efecto, en la interpretación de las normas procesales que efectuó el *a quo*, cuya constitucionalidad no fue controvertida, no procedía el mencionado recurso ante ella porque la defensa no logró demostrar, a juicio de la Cámara, que la decisión de la magistrada de grado de no hacer lugar al levantamiento de la medida en las condiciones mencionadas le produjese a su asistida el "gravamen irreparable" a que se refiere el art. 279 del CPP para la procedencia de la apelación. En ese marco, existe un supuesto en que una resolución que, como la recurrida, declara mal articulado un recurso ordinario podría ser atacada mediante recurso de inconstitucionalidad. Dicho supuesto se da en el caso de que quien recurre demuestra que: *i)* esa decisión se traduce en un mecanismo arbitrario para frustrar el acceso a esta instancia; y, a su vez, *ii)* el contenido de la resolución de primera instancia es susceptible de revisión por medio del recurso de inconstitucionalidad —v. mi voto *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Ocharán Márquez, Olimpia Zoila c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. n° 6024/08, sentencia del 17/12/2008, en especial, los puntos 3 y 4, entre otros—; extremos que no se hallan acreditados en el *sub examine*. La defensa, en su recurso de inconstitucionalidad, luego de señalar que mantiene los agravios esgrimidos en el recurso deducido contra la decisión la decisión del 7/4/2008, a los que resultan aplicables enteramente los motivos de rechazo dados *supra*, centra su esfuerzo argumental en apuntar que la clausura preventiva debe ser levantada hasta tanto la jueza de la causa logre instrumentar los medios para aplicarla con el alcance ordenado en la resolución del mencionado 7/4/2008. La defensa funda ese pedido en el hecho de que, a su juicio, resulta imposible instrumentar la medida en la forma que ordenó la Cámara, esto es, acotada al ámbito geográfico de la Ciudad. Como se vio en el punto 3.1.3. de este voto, la provincia de Misiones, jurisdicción en la que fue emitido el acto en el que se apoya Bwin para actuar, carece de facultades en el territorio de la Ciudad de Buenos Aires. Así las cosas, este último argumento resulta insostenible; para acreditar lo cual bastará con el siguiente ejemplo. La situación descripta por la defensa resulta análoga a aquella otra en la que una persona recibe una

autorización para fumigar un determinado campo y al momento de realizar esa actividad advierte que no puede llevarla a cabo sin producir efectos en los campos vecinos, por lo que decide, fundada en esa situación, obligar a estos últimos a recibir una fumigación que no desean.

Por lo expuesto, voto por: rechazar la queja y dar por perdido el depósito cuya constancia de integración está agregada a fs. 167.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, por mayoría con respecto al punto 1,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 70/93 y dar por perdido el depósito cuya constancia de integración obra a fs. 68.

2º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 154/165 y dar por perdido el depósito cuya constancia de integración obra a fs. 167.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja, junto con las actuaciones principales, a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LXXXVII

"RODRÍGUEZ, MARCELO JOSÉ S/INF. ART. 189 BIS, C.P., PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 6148/08 "MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'RODRÍGUEZ, MARCELO JOSÉ S/INFR. ART. 189 BIS, C.P.'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Art. 189 bis, 2, último párrafo del C.P. Principio de culpabilidad. *Ne bis in idem*. Rebeldía.

SUMARIOS:

1. Debe concederse el recurso extraordinario en cuanto impugna la constitucionalidad del art. 189 bis, 2, último párrafo, del C.P., por considerarlo contrario al principio de culpabilidad e inocencia (conf. el art. 18 de la C.N.) y

a la prohibición del *ne bis in idem,* pues con relación a esos planteos satisface los requisitos del art. 14, inc. 3º de la ley 48, en tanto está dirigido contra una sentencia definitiva —porque el TSJ se expidió sobre el fondo de esta cuestión—, emanada del superior tribunal de la causa, y la decisión fue contraria al derecho que se funda en las cláusulas invocadas. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. El recurso federal no puede ser declarado admisible si el recurrente, para peticionar la tacha de inconstitucionalidad busca apoyo en el principio de razonabilidad, por la desproporcionada sanción que, a su juicio, genera la aplicación del agravante previsto en dicho art. 189 bis del CP, cuando el agravio resulta fruto de una reflexión tardía. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Si bien la CSJN habitualmente ha optado por desestimar el recurso interpuesto a favor del procesado en el caso de rebeldía, esa no es una razón para que este Tribunal no conceda el recurso extraordinario con relación al agravio fundado en la constitucionalidad del art. 189 bis, 2, último párrafo, del C.P., por considerarlo contrario al principio de culpabilidad e inocencia (conf. el art. 18 de la C.N.) y a la prohibición del *ne bis in idem,* ya que el tribunal cimero es quien dispone en definitiva sobre la habilitación de la vía. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. No es posible conceder el recurso extraordinario federal a un rebelde, siendo aplicables, analógicamente, las reglas procesales penales que determinan la paralización de la persecución penal no bien el imputado se coloca en situación de rebeldía, no sólo por inasistencia a una citación, sino, antes bien, por evasión del lugar de detención (CPPCABA, arts. 158 y 159; CPPN, arts. 288 al 292), pues no se concibe que un tribunal decida en ausencia del imputado. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. Si bien en autos claramente aparecen discutidas cuestiones de índole federal que en otras condiciones hubieran podido habilitar la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación , el hecho de que el condenado se haya fugado de su lugar de detención lo priva de ciertas prerrogativas legales que sí posee quien se encuentra a derecho, pues quien se sustrae voluntariamente a la jurisdicción de sus jueces y se constituye en fugitivo de la justicia no puede reclamar —por intermedio de su defensor— el resguardo de garantías ante una autoridad que él mismo, con su conducta discrecional, ha desconocido. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. n° 6146/08 - 15/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 17/12/2008 el TSJ resolvió rechazar la queja interpuesta a favor del señor Marcelo José Rodríguez, así como también —por mayoría— el recurso de inconstitucionalidad en cuanto fue concedido por la Cámara (fs. 452/469).

Mientras transcurría el plazo previsto para interponer el recurso extraordinario federal, el titular del Juzgado de Primera Instancia con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas N° 7 informó al Tribunal que el imputado en este proceso se había evadido del lugar en donde se encontraba detenido (fs. 474). En consecuencia, el señor juez de trámite ordenó remitir las actuaciones al juzgado de primera instancia (fs. 475).

2. El 9/2/2009 la Defensora General Adjunta presentó recurso extraordinario federal contra la decisión del 17/12/2008, ya mencionada.

La defensa considera que la figura aplicada (art. 189 bis, 2, último párrafo, C.P.) resulta contraria a los principios de culpabilidad, de inocencia, de razonabilidad y a la prohibición del *bis in idem*, en tanto toma en cuenta una condena anterior para agravar un hecho sucedido posteriormente.

Por motivos similares —afectación de los principios de culpabilidad, legalidad, inocencia, igualdad y *ne bis in idem*— denuncia la inconstitucionalidad de la declaración de reincidencia que se mantuvo respecto del Sr. Rodríguez (art. 50, C.P.).

Por otra parte, califica de arbitraria la condena impuesta porque, según entiende, no se apoyó en pruebas suficientes sino sólo en las declaraciones de dos agentes policiales. En este sentido, denuncia la violación de la garantía de defensa en juicio y de los principios de legalidad e *in dubio pro reo*. Dentro de esta línea argumental, también se agravia por la no aplicación de la atenuante prevista en el art. 189 bis, inc. 2º, 6° párr., C.P., respecto de la cual señala que la fiscalía no demostró —y debía hacerlo— que la portación reprochada tenía fines ilícitos. A su vez, enlaza este último agravio con una supuesta falta de fundamentación respecto de la medida de la pena impuesta, aspecto que derivaría en una lesión del principio de proporcionalidad de la sanción.

En último lugar, también califica de arbitraria —por contener sólo fundamentos dogmáticos— a la sentencia del TSJ que ahora la agravia.

3. El señor juez de trámite solicitó al juzgado interviniente la remisión de las actuaciones al Tribunal, en tanto el estado de la causa lo permitiera (fs. 692/693). Como respuesta a dicha solicitud, fueron recibidas en el TSJ copias certificadas del legajo y, en consecuencia, continuó la sustanciación del recurso extraordinario federal (fs. 695).

4. El fiscal general adjunto, al contestar el traslado conferido, indicó que el recurso de la defensa “no puede continuar su trámite hasta tanto el imputado

se presente o sea habido, por cuanto ese remedio procesal fue interpuesto (...) cuando el imputado ya se encontraba prófugo". A esa circunstancia, sumó que —según surge de las constancias de la causa— el Sr. Rodríguez había manifestado su voluntad de cambiar de defensor. Por esas razones, "y a fin de garantizar el derecho de defensa del imputado (...) solicit[ó] la paralización del trámite del recurso y la suspensión de los términos hasta que Marcelo José Rodríguez sea habido (CSJN, *Fallos,* 317:443; 323:1103 y 327:422, entre otros)" (fs. 697).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso extraordinario federal deducido por la defensa fue interpuesto en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por la acordada 4/07 de la CSJN.

2. El Tribunal rechazó la queja interpuesta ante él (v. punto 1 de los resultas), por un lado, porque incluía extemporáneamente ciertos motivos de agravio y, por el otro, porque no conseguía rebatir con éxito la argumentación que la Cámara expuso en el auto parcialmente denegatorio de su recurso de inconstitucionalidad. En cambio, entendió que la impugnación al art. 189 bis, 2, último párrafo, del C.P., agravio por el que fue concedido parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, configuraba un caso constitucional, empero rechazó ese planteo.

3. A fin de resolver la admisibilidad del recurso articulado, cabe recordar que resulta aplicable la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

4. El recurso en análisis con relación a los agravios incluidos en la queja mencionada en el punto 2 de este voto y mantenidos en esta presentación sólo plantea una discrepancia sobre el modo en que los jueces de la Ciudad analizaron las pruebas producidas y aplicaron el derecho local y común —el C.P.— al decidir sobre la suerte del imputado; cuestiones todas ellas ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48. A su vez, tampoco puede prosperar el recurso con relación a los agravios dirigidos a impugnar la constitucionalidad del art. 50 del C.P. (agravio también incluido en dicha queja). Este tribunal no resolvió el fondo de esa cuestión, sino que, por carecer de gravamen actual, rechazó la queja interpuesta al respecto, por lo que, en este punto, el recurso extraordinario federal no está dirigido contra una sentencia definitiva emanada del superior tribunal de la causa.

5. Por lo demás, en cuanto a la arbitrariedad alegada, las afirmaciones contenidas en el recurso no son suficientes para acreditarla y sólo exponen su

desacuerdo con la resolución atacada. En este sentido, la admisibilidad del recurso extraordinario por esa causal es estricta, pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, entre otros) y atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 294:376).

6. Ahora bien, el recurso extraordinario debe concederse en cuanto está dirigido a impugnar la constitucionalidad del art. 189 bis, 2, último párrafo, del C.P., por considerarlo contrario al principio de culpabilidad e inocencia (conf. el art. 18 de la C.N.) y a la prohibición del *ne bis in idem*. El presente recurso con relación a esos planteos satisface los requisitos del art. 14, inc. 3º de la ley 48, en tanto está dirigido contra una sentencia definitiva —porque el TSJ se expidió sobre el fondo de esta cuestión—, emanada del superior tribunal de la causa, y la decisión fue contraria al derecho que se funda en las cláusulas invocadas.

Sin perjuicio de lo expuesto, el recurso federal no puede ser declarado admisible en cuanto el recurrente busca apoyo para peticionar la mencionada tacha de inconstitucionalidad en el principio de razonabilidad, por la desproporcionada sanción que, a su juicio, genera la aplicación del agravante previsto en dicho art. 189 bis del C.P. Ello así, porque ese agravio resulta fruto de una reflexión tardía. La defensa recién buscó apoyo en ese planteo para solicitar la inconstitucionalidad del mencionado agravante en el presente recurso.

7. Por las razones expuestas, sólo resta conceder el recurso extraordinario federal intentado en cuanto el recurrente cuestiona la constitucionalidad del art. 189 bis, 2, último párrafo, C.P., por resultar contario al principio de culpabilidad y a la prohibición del *ne bis in idem* y denegarlo respecto a los demás motivos de agravio.

8. Con la decisión que adopto no vengo a ignorar que la CSJN habitualmente ha optado frente a extremos de hecho semejantes a los ocurridos en esta causa por desestimar el recurso interpuesto a favor del procesado. Pero, en última instancia, esa no es una razón para que este Tribunal no conceda el recurso extraordinario con relación al agravio indicado en el párrafo que antecede ya que el tribunal cimero es quien dispone en definitiva sobre la habilitación de la vía.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del doctor Luis F. Lozano, en cuanto propicia la concesión parcial del recurso extraordinario federal deducido, pues comparto, en lo sustancial, los fundamentos que expone.

Respecto de los agravios vinculados con el art. 50 del C.P., estimo que ellos no resultan idóneos para habilitar el remedio previsto en el art. 14 de la ley 48. Ello así, pues, tal como se afirmó oportunamente en la sentencia de

este Tribunal de fecha 17/12/2008, los agravios que se desarrollan sobre el punto remiten a una cuestión que carece de actualidad [conf. punto 1 del voto del doctor Julio B. J. Maier y 4.1 del voto del doctor Luis F. Lozano, a los que adherí]. Todo ello sin perjuicio de que la articulación efectuada en este punto por la señora defensora oficial —sobre el art. 50, C.P.— se interprete como un mantenimiento de la pretendida cuestión constitucional para hacerla valer, llegado el caso, en la oportunidad debida.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por la señora defensora general adjunta a fs. 672 y siguientes, cumple con las reglas previstas en la ley nacional 48, en los arts. 257 y ss. del CPCCN y con lo prescripto en la acordada CSJN 04/07.

2. Entiendo que el recurrente ha introducido válidamente una cuestión federal en lo que se refiere a la inconstitucionalidad del art. 189 bis, 2, último párrafo, del C.P., que guarda relación directa con la resolución de la causa, porque remite a garantías tuteladas expresamente por la CCBA, la C.N., y los instrumentos internacionales incorporados a esta última en virtud del art. 75, inc. 22.

3. Por estas razones, voto por conceder el recurso extraordinario federal respecto del agravio vinculado a la inconstitucionalidad del art. 189 bis, 2, último párrafo, C.P. (según modificación introducida por la ley 25.886).

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Coincido con las consideraciones expuestas en el voto del señor juez del trámite respecto al recurso interpuesto, excepto la contenida en el punto 8. Me parece imposible concederle el recurso a un rebelde, razón por la cual coincido con la jurisprudencia de la CSJN sobre el punto. Son aplicables, analógicamente, las reglas procesales penales que determinan la paralización de la persecución penal no bien el imputado se coloca en situación de rebeldía, no sólo por inasistencia a una citación, sino, antes bien, por evasión del lugar de detención (fs. 581 y 653; CPPCABA, arts. 158 y 159; CPPN, arts. 288 al 292).

En la República Argentina no se concibe el proceso penal contumacial o en rebeldía; en verdad lo que no se concibe es que un tribunal decida en ausencia del imputado. El defensor del recurrente debe presentar a estar a derecho a su pupilo, si desea que el recurso sea tratado. El recurso interpuesto, por esa razón, debe ser denegado.

La jueza Ana María Conde dijo:

En mi opinión, la circunstancia de que el Sr. Rodríguez se encuentre prófugo obsta a la procedencia del recurso extraordinario federal interpuesto

por la Defensa Oficial con posterioridad a que aquél se evadiera del accionar de la justicia.

Si bien en autos claramente aparecen discutidas cuestiones de índole federal que en otras condiciones hubieran podido habilitar la intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (*in re* "Lemes", expte. nº 4603/06, sentencia del 4/10/2006), el hecho de que el condenado se haya fugado de su lugar de detención lo priva de ciertas prerrogativas legales que sí posee quien se encuentra a derecho. Ello es así, porque quien se sustrae voluntariamente a la jurisdicción de sus jueces y se constituye en fugitivo de la justicia no puede reclamar —por intermedio de su defensor— el resguardo de garantías ante una autoridad que él mismo, con su conducta discrecional, ha desconocido.

En consecuencia, tal como lo propone el doctor Julio B. J. Maier, voto por denegar el recurso extraordinario federal.

Por ello, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Conceder* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 672/691, en cuanto al agravio vinculado con la validez constitucional del art. 189 bis, 2, último párrafo, del C.P. fundado en el principio de culpabilidad y en la prohibición del *ne bis in idem* y denegarlo respecto de los restantes agravios.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan estas actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LXXXVIII

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'LÓPEZ, HÉCTOR JORGE S/INFR. ART. 83, CC'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal.

SUMARIOS:

1. Las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en

principio, a la instancia extraordinaria. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

2. Si el recurso de inconstitucionalidad que defiende la queja deducida ante este Tribunal no contenía los planteos ahora expuesto en el recurso extraordinario federal, éste no puede ser concedido con relación a ellos, puesto que la CSJN de analizarlos lo haría en instancia originaria, cosa que resultara contraria a lo dispuesto en el art. 117 de la C.N. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

Expte. nº 6095/08 - 15/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor defensor general interpuso recurso extraordinario federal (fs. 128/146) contra la decisión de fs. 112/122, emitida el 4/2/2009, mediante la cual el Tribunal rechazó la queja agregada a fs. 92/105.

2. El recurrente sostiene que la decisión que impugna afecta los principios de legalidad —en particular, la exigencia de aplicar retroactivamente la ley penal más benigna— y de inmediación, como así también el derecho de defensa en juicio y la garantía de debido proceso. Agrega, en el mismo sentido, que el rechazo de su queja fue arbitrario y, por lo tanto, desconoció el principio republicano de gobierno, la necesaria razonabilidad de los actos estatales y la obligación de que las decisiones judiciales se funden en la ley.

3. El fiscal general adjunto, al contestar el traslado conferido (fs. 148/150), expresó que el Tribunal debía declarar inadmisible el recurso porque no presentaba un caso federal. Además, descartó la aplicación en este caso de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia.

FUNDAMENTOS:

Los jueces Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y José O. Casás dijeron:

1. El recurso extraordinario federal deducido por la defensa fue interpuesto en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por la acordada 4/2007 de la CSJN. Sin embargo, tal como lo expresó el señor fiscal general adjunto, la vía recursiva pretendida debe ser denegada.

2. El Tribunal rechazó la queja porque el recurrente, a través de una presentación incompleta y confusa, no logró acreditar la existencia de un caso

constitucional o, en lo que ahora importa, uno federal. En tales condiciones, resulta aplicable la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

Por lo demás, cabe señalar que los agravios que desarrolla el recurrente en torno: *i)* a la ley procesal penal más benigna y los motivos que llevarían a su aplicación retroactiva; y *ii)* al deber de revestir a los procesos contravencionales de todas las garantías que rigen para los procesos penales, no pueden prosperar. El recurso de inconstitucionalidad que defendía la queja deducida ante este Tribunal no contenía los mencionados planteos. El recurrente en ese recurso únicamente sugería el primero de ellos mediante la siguiente expresión: "...resulta incomprensible que [la Sala II] no hayan aplicado la institución de la ley más benigna..." (fs. 85), empero, ni le dio desarrollo alguno a dicha expresión, ni mostró que hubiese puesto a la Cámara en el deber de tratarlo. Esas circunstancias impiden, como afirmamos más arriba, que el presente recurso pueda ser concedido con relación a esos planteos, puesto que la CSJN de analizarlos lo haría en instancia originaria, cosa que resultaría contraria a lo dispuesto en el art. 117 de la C.N.

3. Por lo demás, en cuanto a la arbitrariedad alegada, las afirmaciones contenidas en el recurso no son suficientes para acreditarla y sólo exponen su desacuerdo con la resolución que denegó el acceso a esta instancia por inexistencia de cuestión constitucional. En este sentido, la admisibilidad del recurso extraordinario por esa causal es estricta, pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246 entre otros) y atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 294:376).

Por las razones expuestas, sólo resta denegar el recurso extraordinario federal agregado a fs. 128/146.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 128/146.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con lo ordenado a fs. 122, punto 2.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

LXXXIX

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'SÁNCHEZ, HÉCTOR ROLANDO S/INF. ART. 81, CC (LEY 1472)'"

RECURSO DE QUEJA: Cuestión abstracta.

SUMARIO:

1. Dado que las cuestiones oportunamente sometidas a estudio de este Tribunal han devenido abstractas a causa de la declaración de extinción —firme— de la totalidad de hechos contravencionales, corresponde rechazar el recurso de queja. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhieren los señores jueces Luis F. Lozano, José O. Casás, Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 6108/08 - 15/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General interpuso recurso de queja (fs. 40/52) contra la resolución de la Sala III de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas (fs. 36/37) en cuanto declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad que, a su turno, había deducido contra el pronunciamiento de la misma Sala (fs. 16/18 rectificado a fs. 19) que declaró la nulidad de la sentencia de primera instancia —que no hizo lugar al planteo de inconstitucionalidad del art. 81 del CC— y apartó al juez de grado que la dictó. Dicho magistrado, a criterio de la Cámara, habría suspendido ilegítimamente el debate oral y público y le habría dado trámite a una "excepción" que no era tal (art. 195, CPP local) y que además importaba un planteo de inconstitucionalidad formulado "en abstracto", cuya resolución incumbía exclusivamente a este Tribunal Superior de Justicia.

En su presentación directa el recurrente argumenta que la resolución de la Cámara resulta equiparable a una definitiva porque, según lo entiende, "involucra directamente la tutela impostergable de derechos fundamentales de raigambre constitucional y convencional" (fs. 45).

2. El fiscal general adjunto consideró que la queja debía rechazarse, porque —al igual que lo entendió el tribunal *a quo*— no defendía un recurso

de inconstitucionalidad dirigido contra una decisión definitiva o equiparable a ella (fs. 56).

3. Las actuaciones quedaron en estado de ser resueltas (fs. 57), pero, con fecha 3/12/2008, la secretaria del Juzgado con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 4 comunicó —telefónicamente, al personal de la Secretaría Judicial actuante del Tribunal— que se habría resuelto declarar extinguidas las acciones contravencionales seguidas contra el encartado (fs. 60). A consecuencia de lo dispuesto por la señora jueza de trámite (a fs. 61), la titular del mencionado juzgado de primera instancia acompañó una copia de su resolución e informó que dicha declaración extintiva, además de haber adquirido firmeza, comprendía a "todos los hechos denunciados" (fs. 73). El Defensor General también comunicó esta circunstancia al Tribunal (fs. 66).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

Atento lo comunicado por la titular del Juzgado con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 4 y por el señor Defensor General (fs. 73 y 66), las cuestiones oportunamente sometidas a estudio de este Tribunal han devenido abstractas a causa de la declaración de extinción —firme— de la totalidad de hechos contravencionales por los cuales se imputara al Sr. Sánchez. Sólo resta, entonces, rechazar esta presentación.

Así lo voto.

Los jueces Luis F. Lozano y José O. Casás dijeron:

Adherimos al voto de la señora jueza de trámite, Ana María Conde.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Adhiero a la solución propuesta por la señora jueza de trámite. En efecto la cuestión se ha tornado abstracta en virtud de la declaración de extinción de la acción por prescripción, dictada por la señora jueza de grado.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Me adhiero al voto de la señora jueza del trámite. Sucedida la extinción de las acciones contravencionales para el supuesto infractor no tiene sentido alguno discutir acerca de una elemento de la eventual sentencia de condena o de absolución, cual es la vigencia o validez de la ley presuntamente infringida. Pero, por lo demás, de las palabras anteriores se deduce que la queja tampoco se dirigía a la impugnación de una sentencia definitiva. Por ambas razones, debe ser rechazada.

Por ello, oído lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 40/52.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XC

"PALAZÓN, MÓNICA GRACIELA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'PALAZÓN, MÓNICA GRACIELA C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS'" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 6124/08 "PALAZÓN, MATÍAS S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'PALAZÓN, MÓNICA GRACIELA C/GCBA S/DAÑOS Y PERJUICIOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Interpretación de normas infraconstitucionales. Cosa juzgada. Cuestión procesal. Cuestiones de hecho y prueba.

SUMARIOS:

1. Cabe rechazar el recurso de queja si las consideraciones que llevaron a la Cámara a decidir el rechazo del recurso de inconstitucionalidad no han sido abordadas de manera concreta por los actores, quienes se limitaron a reeditar —sin otro aditamento sustancial— los argumentos vertidos en el mencionado recurso de inconstitucionalidad, de modo que los remedios intentados carecen de la necesaria crítica de los ejes argumentales que dieron sustento a la decisión denegatoria del *a quo*. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. La determinación del alcance de las pretensiones de las partes constituye una materia regulada por las leyes procesales que, por regla, es privativa de los jueces de la causa, y sólo cuando se demuestra que los magistrados intervinientes exceden toda interpretación posible del derecho infraconstitucional aplicable o de las constancias de la causa, resulta posible delinear un

caso constitucional por este motivo. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

3. Corresponde rechazar el recurso de queja cuando los planteos propuestos, más allá de contener una genérica alusión a derechos constitucionales que se dicen vulnerados, sólo dejan ver una discrepancia con la determinación del alcance de las pretensiones efectuada por el *a quo* y con la interpretación brindada sobre aspectos de hecho y prueba, así como de las diversas normas infraconstitucionales involucradas. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. Corresponde rechazar el recurso de queja pues frente a la falta de petición concreta para que se ejerciera el control de legitimidad del acto de cesantía, la interesada no explicó los motivos que obligaban a los jueces a declarar su nulidad de oficio, a la luz de los caracteres con los que la LPA ha revestido a los actos administrativos, situación que tampoco fue reputada inconstitucional por ella. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

5. Establecer el alcance de la cosa juzgada constituye una cuestión de derecho procesal y, por ende, propia de los jueces de mérito, cuestión que ha sido resuelta por la Cámara con fundamentos cuya arbitrariedad no muestran los recurrentes. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhieren los señores jueces Ana María Conde y Luis F. Lozano).*

Expte. n° 6123/08 - 15/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Mónica Graciela Palazón, por sí y en representación de su hijo —en ese entonces— menor de edad, interpuso demanda contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante GCBA) "por indemnización de daños y perjuicios y agravio moral causados por cesantía injustificada (...) más los gastos médicos y de atención psicológica necesarios para la recuperación de los efectos de la lesión sufrida...". Pidió, también, la aplicación de una sanción a la demandada en los términos del art. 45 del CPCCN, por razones de temeridad y malicia (fs. 9/30 de los autos principales).

Por tanto, "*...d)* Solicita que, en su día, se condene a la demandada al pago de la indemnización solicitada por los daños y perjuicios sufridos, más la multa que corresponde al *improbus litigator*, conforme el art. 45 del CPCyC, atento la temeridad y malicia en que ya incurriera y se derive a quien corres-

ponda la relimitación de responsabilidades administrativas de funcionarios del GCBA intervinientes en los expedientes administrativos...” (fs. 30 de los autos principales).

Relató que, con fecha 1º/10/1987, ingresó a trabajar al ex Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires y que el 12/6/1997 sufrió en su lugar de trabajo un accidente por la caída de una escalera que se encontraba allí por tareas de refacción que se estaban realizando, causándole lesiones en su mano derecha. Agregó que fue conducida al Hospital Argerich donde le diagnosticaron, en un primer momento, traumatismo con hematoma en el intermexocarpio de la mano derecha y, posteriormente, una fractura de escafoides. Señaló que se efectuó la denuncia administrativa y policial del accidente de trabajo y que, desde esa fecha, no pudo continuar prestando tareas en el ex Concejo, atento a las complicaciones por su lesión. Detalló que cobró sus haberes hasta abril de 1998 inclusive, momento en que le fueron interrumpidos sin razón valedera.

Agregó que, entre tanto, el expte. administrativo nº 78.416/98 referido al accidente de trabajo era llevado con notable lentitud y que no obstante haber pedido vista de las actuaciones en varias oportunidades ella nunca le fue concedida. Narró que el 12/8/1997, la Dirección de Medicina del Trabajo a pedido de la Procuración del Gobierno de la Ciudad, estableció una incapacidad total y transitoria por fractura de escafoides; y que el 4/12/1998, un año y medio después del accidente, la misma Dirección dictaminó su alta, estableciendo por la secuela traumática una incapacidad orgánica, parcial y permanente, del 56 % de la TO. Con dichos elementos, el 7/12/1998, solicitó la inmediata liquidación y pago de la indemnización por accidente de trabajo y los salarios caídos hasta el alta médica. Atento a la falta de resolución de su solicitud, el 30/12/1998 interpuso acción de amparo por mora. Expresó que a partir del momento de la notificación de dicha acción, se avanzó en el trámite de las actuaciones administrativas, culminando con el dictado de la resol. 47/SSG/99 de fecha 1º/3/1999, que rechazó la calificación de accidente de trabajo del evento sufrido por la actora. Dicho acto administrativo fue recurrido por la actora mediante recurso jerárquico, que fue desestimado mediante el dictado de la resol. 329/SG/99, de fecha 18/10/1999. Contra esa decisión, la actora inició una acción ante la justicia nacional del trabajo, tendiente a obtener la reparación del daño sufrido como consecuencia del accidente.

Paralelamente a lo relatado, el 30/5/1998, recibió una intimación de la Dirección de Liquidación de Haberes del ex Concejo Deliberante de la Ciudad de Buenos Aires, a fin de que se presentase a regularizar su situación laboral toda vez que se hallaba incursa en lo dispuesto en el art. 36 de la ordenanza 40.401, esto es, ausencias injustificadas al trabajo. La actora respondió esta intimación mediante carta documento manifestando que sus ausencias se debían al accidente laboral sufrido por lo que no podían considerarse injustificadas, e

intimó al GCBA para que la ingresase al Programa de Retiro Voluntario. Ante el silencio de la demandada, el 23/6/1998, envió nueva carta documento ratificando la anterior y solicitando una "declaración de certeza" de la Administración. Por la falta de respuesta de la accionada, en fecha 14/7/1998, reiteró los términos de las notas anteriores e intimó al Gobierno de la Ciudad para que le abone los salarios caídos y el sueldo anual complementario proporcional, haciendo saber que contaba con certificado que le impedía cumplir tareas, extendido por el Dr. Gustavo Nizzo Miguens del Hospital de Clínicas, reiterando el diagnóstico dado por la Administración. Relató que, a raíz del amparo por mora interpuesto por su parte, el GCBA dictó un acto administrativo —la resol. 5710-SHyF-1998– en un expediente hasta ese momento desconocido por ella —expte. nº 50.580-P-98—, disponiendo su cesantía por ausencias injustificadas. Expresó que "el expediente y, sobre todo, la resolución de cesantía del 30/12/1998, están fabricados *a posteriori* de la notificación del amparo judicial por mora, ocurrida el 22/2/1999" y que en dicha actuación administrativa no hay señal de ofrecimiento de descargo a la imputada, vulnerándose su derecho de defensa en juicio. Agregó que, atento a que el accidente se produjo en junio de 1997 y a que la propia administración dispuso su alta en fecha 4/12/1998, resultaba absurda la cesantía impuesta por ausencias, ya que su justificación surgía de la propia alta médica. Detalló que la cesantía fue notificada el 22/3/1999, ante la cual interpuso recurso jerárquico, sin que haya sido resuelto al momento de plantear de esta demanda.

Manifestó que, como resultado de la situación descripta, sufría un cuadro personal muy grave ya que por la incapacidad y las secuelas producto del accidente no podía encontrar trabajo, y que vivía con su hijo menor de edad del precario auxilio de sus familiares. Esa situación produjo, según su criterio, un estado psicopatológico reactivo y depresivo en su persona y en su hijo. En consecuencia, solicitó que se haga lugar a una indemnización plena de los daños y perjuicios causados a ella y a su hijo menor por la cesantía y que se promueva la investigación de los responsables.

2. Al contestar demanda, el GCBA solicitó el rechazo de la acción en tanto, al haber omitido la actora impugnar el acto administrativo de cesantía, no correspondía hacer lugar a la indemnización por daños y perjuicios (fs. 100/114 vta., de los autos principales).

En este sentido, señaló que la actora gozaba de licencia por enfermedad hasta el 27/11/1997. A partir de dicha fecha no se presentó a trabajar, no remitió justificación médica alguna ni solicitó nueva licencia. En el mes de mayo de 1998, la Ciudad suspendió el pago de los haberes de la actora e intimó a ésta a regularizar su situación. Ese requerimiento fue contestado por la accionante mediante carta documento, rechazándolo por absurdo sin intentar siquiera

justificar sus inasistencias. El demandado agregó que la sola afirmación de la accionante de que se encontraba en goce de licencia por enfermedad no resultaba suficiente para tener por justificadas las ausencias, por lo que fue su propia conducta la que motivó la imposición de la sanción prevista en el art. 36, inc. a) de la ordenanza 40.401. Sostuvo, por tanto, la legitimidad de la resol. 5710-SHyG-98 atento que cumplimentaba acabadamente los recaudos de los arts. 7º y 14 del dec. 1510/97, al encontrarse debidamente motivada, sustentarse en los hechos y antecedentes que le servían de causa y no advertirse falencias procedimentales.

Por otra parte, rechazó los rubros indemnizatorios reclamados por la actora para sí y en nombre de su hijo. Respecto de este último, manifestó que es ajeno a la relación jurídica entre las partes, por lo que no podía invocarse en relación a él, daño moral. Agregó que esos daños no guardan relación causal con las cuestiones debatidas en autos y que, en caso de existir, son consecuencias puramente remotas, no imputables a su parte.

3. A su turno, el señor juez de grado dictó sentencia haciendo lugar parcialmente a la demanda incoada y distribuyendo las costas en el orden causado (fs. 350/357 vta., del expediente principal).

Para así decidir, diferenció en la pretensión de la actora, por un lado, la indemnización de daños y perjuicios causados por la cesantía, y por el otro, los ocasionados por el accidente. En cuanto a los primeros, entendió que como la actora no había impugnado el acto administrativo de cesantía no correspondía otorgarlos. Respecto a los segundos, manifestó que en tanto no guardan relación con acto administrativo alguno, acreditada la relación de empleo público entre las partes y la producción del daño sobre el agente en ocasión de servicio, debía ser indemnizado. En consecuencia, hizo lugar a la reparación de gastos médicos y atención psicológica necesarios para la recuperación de los efectos de la lesión sufrida por la actora. Respecto al daño moral reclamado en representación del hijo menor de la actora, lo encuadró en el marco de la responsabilidad extracontractual y lo consideró consecuencia del evento dañoso sufrido por su madre, por lo que hizo lugar a la reparación solicitada.

4. Contra dicha sentencia, la actora y la demandada presentaron sendos recursos de apelación.

La actora se agravió en tanto el *a quo*: *i)* consideró que no se había impugnado el acto administrativo de cesantía y que, consecuentemente, éste había quedado consentido por la actora; *ii)* pese a que los vicios del acto de cesantía lo tornan nulo de nulidad absoluta, no declaró su nulidad; *iii)* analizó la prueba de manera errónea; y *iv)* fijó una indemnización insuficiente en concepto de gastos médicos y psicológicos (fs. 364 y 372/385, de los autos principales).

La demandada, por su parte, centró sus críticas en que la sentencia: *i)* violaba el principio de congruencia, al reconocer indemnización para cubrir los gastos médicos derivados del accidente, cuando en verdad el objeto de la demanda se limitaba a la indemnización de los daños derivados de la cesantía; y *ii)* condenaba al pago de daño psicofísico y agravio moral a Matías Néstor Palazón, cuando éste era ajeno a la relación que vinculaba a su madre con la demandada (fs. 362 y fs. 386/390 vta., de la causa principal).

5. La Sala l de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario resolvió "*1)* hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por la demandada y rechazar el interpuesto por la actora y, en consecuencia, revocar la sentencia de grado en cuanto reconoce indemnización por gastos médicos y tratamiento psicológico de la actora y resarcimiento por agravio moral y daño psicológico a su hijo; *2)* imponer las costas de ambas instancias a la vencida por aplicación del principio objetivo de la derrota (art. 62, CCAyT)..." (fs. 452/456 vta., de los autos principales).

Arribó a esa conclusión tras puntualizar que —de conformidad con lo dispuesto por el art. 4º del CCAyT— "...para hacer lugar a las pretensiones resarcitorias de la actora y de su hijo derivadas de una cesantía supuestamente ilegítima aquélla debió necesariamente impugnar dicho acto administrativo...". Y que de los términos de la demanda surgía "...claramente que la recurrente en ningún momento impugnó el acto administrativo sino que se limitó a reclamar la indemnización por los daños derivados de su eventual ilegitimidad. Si bien es cierto que la pretensión impugnatoria del acto administrativo no exige formalidades especiales, sin embargo, resulta inexcusable que la solicitud de nulidad del acto constituya una crítica razonada y fundada de aquél y de los puntos sobre los que se sostiene, aportando o solicitando la prueba necesaria y suficiente al efecto. Dicho en otros términos, la impugnación de un acto administrativo en sede judicial implica controvertir la legalidad de aquél —que, por lo demás, se presume legítimo— fundamentando la afectación concreta sobre sus elementos esenciales. En tal sentido, no resulta suficiente para considerar impugnado el acto la mera calificación de 'fabricado' o la manifestación de que el mismo fue 'antedatado', máxime cuando no fueron aportados argumentos y pruebas conducentes para la demostración de esos extremos...". A lo que agregó que, "...aun cuando las inasistencias de la recurrente previas al dictado del acta médica pudieran considerarse justificadas —situación que no la exime de su deber de acreditar su imposibilidad de concurrir al trabajo y de solicitar la prórroga de la licencia vencida—, lo cierto es que desde la notificación de su alta médica y hasta el dictado del acto de cesantía la actora no se reintegró a su puesto de trabajo ni justificó sus ausencias. En este sentido, la sola invocación en el escrito de demanda de que había solicitado su inclusión al Régimen de

Retiro Voluntario no guarda relación alguna con su ausentismo atento que no existió acto administrativo de su empleadora que le permitiera considerarse incluida en el régimen de retiro, requisito imprescindible para tener por configurada tal situación...".

En relación al rubro indemnizatorio por gastos médicos y tratamiento psicológico derivados del accidente de trabajo de la actora, el tribunal *a quo* sostuvo que "...esta cuestión fue resuelta con carácter de firme y definitivo en los autos 'Palazón, Mónica Graciela c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/accidente – ley 9688', expte. nº 26.370 mediante sentencia de Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 28/3/2006. En conclusión, y por aplicación del principio de cosa juzgada, corresponde hacer lugar al agravio de la demandada y, en consecuencia, revocar la sentencia de primera instancia en este punto".

Por último, señaló que al tener "...la pretensión resarcitoria de la actora en representación de su hijo (...) como causa la supuesta invalidez de la cesantía dispuesta en su contra y no el daño o incapacidad sufrida por la Sra. Palazón como consecuencia del accidente laboral...", no correspondía —de conformidad con lo expresado en los puntos ll y lll de dicho pronunciamiento— reconocer indemnización alguna a Matías Néstor Palazón, "...ya que 'al no mediar declaración de ilegitimidad no puede haber resarcimiento o pago de suma de dinero alguna pues falta la causa de tales obligaciones' (CSJN, *in re* 'Alcántara Díaz Colodrero', considerando 6)...". Por tanto, revocó la sentencia también en este punto.

6. Disconforme con la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones, la actora articuló el correspondiente recurso de inconstitucionalidad (fs. 471/483 de los autos principales).

Adujo que de los términos de su demanda, del escrito de fs. 52/54 y del alegato surgía claramente que su parte perseguía una pretensión impugnatoria del acto y una resarcitoria; y que toda la argumentación estaba enderezada a establecer la ilegitimidad de dicho acto, por carencia de formas esenciales, privación de defensa, inexistencia de motivos e ilicitud de fines. En este sentido argumentó, también, que las interpretaciones que la sentencia hacía de lo establecido en el art. 4º del CCAyT y del fallo plenario de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal "Petracca" que citaba "...resultan hoy insostenibles en nuestro Estado de derecho, a la luz de la Constitución Nacional y de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, así como de nuestro estatuto local" (el destacado es del texto original). Y que "...A ambos actos administrativos (el relativo al accidente y el relativo a la cesantía, unidos inseparablemente en esta historia), y especialmente a la resolución de la cesantía, que es la que aquí interesa, le faltan los requisitos esenciales del acto administrativo, conforme el art. 7º del dec. 1510/97. Son actos inexistentes".

(aquí también el destacado es del texto original). Por lo que señaló que —aún cuando por hipótesis— se considerara que no impugnó el acto administrativo que decretó su cesantía, éste debió ser declarado nulo de oficio "...porque nos encontramos con violaciones de las garantías fundamentales contenidas en los arts. 14 y 18 de la C.N. y 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos (conf. art. 75, inc. 22, C.N.), los arts. 10 y 13 de la Constitución local y el principio del art. 31, C.N., con el consiguiente deber de control que recae difusamente sobre los jueces..." (el destacado pertenece al texto original).

Afirmó que "...aquí hay una obligación de resarcir, derivada del contrato de empleo público. Con mayor razón cuando está alcanzado por la garantía de la estabilidad propia del art. 14 bis de la C.N. (...), infringida en este caso por la imposibilidad de ejercicio del derecho de defensa..." (el destacado corresponde al texto original). Concluye que "...en lo referido a este punto, la actora fue declarada cesante en un expediente administrativo mediante un acto material jurídicamente inexistente, basado en causa falsa y con finalidad ilícita, que apuntaba a borrar la inconducta de la administración en el trámite de otro expediente administrativo sobre accidente de trabajo. Debió declarárselo tal aun de oficio" (el destacado es del texto original)

Cuestionó que el pronunciamiento recurrido aceptase como regular y con presunción de legitimidad el acto derivado de un expediente administrativo donde la firmante nunca fue citada a ejercer su derecho de defensa. En el expte. adm. nº 50.580-P-98 —según apunta— nunca se le corrió vista de los cargos a la presentante, nunca se le dio la oportunidad de defenderse y se la privó, sin oírla, de la estabilidad de su empleo público. A lo que agregó que "...lo asombroso es que (...) la causa de la cesantía sean sus ausencias, cuando se trataba de una agente accidentada en sus tareas..." (el destacado es del original). Y si el propio Tribunal reconoció que correspondería declarar justificadas las ausencias hasta el alta médica (es decir, hasta el 4/12/1998), "...con mayor razón lo estuvieron desde entonces, con alguien con una incapacidad orgánica parcial y permanente del 56 % de la TO, declarada por la misma administración...".

Consideró aplicable al caso la doctrina que emerge de los casos "Madorrán" y "Ruiz" fallados por la Corte Suprema de Justicia de la Nación con fecha 3/5/2007 y 15/5/2007, respectivamente, en tanto —a su entender— el GCBA sólo pudo aplicar la sanción de cesantía y quebrar la estabilidad previo ejercicio pleno de la defensa de su persona y derechos por el agente.

Tachó de errónea y violatoria de la garantía del debido proceso (arts. 18 C.N., 8 Convención Americana de Derechos Humanos) la invocación —por parte de la Cámara de Apelaciones— de la cosa juzgada. Ello así, por cuanto "...La atención psicológica y los gastos de farmacia apuntados en la demanda se refieren a los debidos por los efectos de la cesantía...", y no debidos al acci-

dente. Al respecto, puntualizó que "...Hay dos causas diferentes y, por lo tanto, mal se puede hablar en el caso de 'cosa juzgada'".

Finalmente, iguales consideraciones formuló en relación a su hijo menor de edad Matías Palazón, no obstante la responsabilidad extracontractual en que enmarca la situación del menor. Únicamente agregó, en este sentido, que "...Los perjuicios corporales, psicológicos y morales, en cuanto no indemnizados en el caso... [del menor Matías Palazón], afectan garantías contenidas en los tratados internacionales (art. 75, inc. 22, C.N.), con jerarquía constitucional: Declaración Universal de Derechos Humanos (1, XXlll), Convención Americana de Derechos Humanos (art. 21), Convención sobre los Derechos del Niño (art. 26) y la garantía de la CCBA a la protección integral del niño (art. 39)".

7. La Cámara de Apelaciones, previo traslado al GCBA del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la actora, decidió no concederlo, e imponer las costas a la vencida (fs. 493/494 de la causa principal).

Sustentó la no concesión del recurso en su deficiente fundamentación, en tanto las exposiciones de la actora no explicitaban una crítica concreta y pormenorizada de los argumentos jurídicos que contenía la sentencia. En suma, sostuvo que no se había logrado acreditar un genuino caso constitucional. Señaló, por lo demás, que "...de la lectura del escrito se desprenden sólo objeciones en cuanto a la interpretación efectuada por el Tribunal respecto al art. 4º del CCAyT y una discrepancia con respecto a cuestiones de hecho y prueba, aspectos que son ajenos al ámbito del recurso de inconstitucionalidad...".

8. Contra dicha sentencia, Mónica Graciela Palazón dedujo la correspondiente queja (fs. 39/50 de esta queja).

La recurrente se refirió —fundamentalmente— a los argumentos que expuso en oportunidad de deducir el recurso de inconstitucionalidad; ellos son: *a)* desconocimiento de la doble función impugnatoria y resarcitoria de la pretensión deducida en la demanda; *b)* violación de las garantías contenidas en los arts. 12, inc. 6º; 13, inc. 3º, CCBA; 18, C.N. y 8.1, Convención Americana de Derechos Humanos; *c)* interpretación hoy insostenible —en nuestro Estado de derecho, a la luz de la Constitución Nacional y local y de los tratados internacionales con jerarquía constitucional— del art. 4º del CCAyT y del fallo plenario "Petracca" del fuero Contencioso Administrativo Federal; *d)* debería haberse considerado a la cesantía como un acto administrativo ilegítimo, radicalmente irregular, inexistente o nulo de nulidad absoluta, no confirmable y declarable aun de oficio; *e)* no debió aceptarse como regular y con presunción de legitimidad el acto derivado de un expediente administrativo donde la firmante nunca fue citada a ejercer su derecho de defensa; y *f)* violación de la garantía del debido proceso por errónea invocación de la cosa juzgada.

También su hijo, ya mayor de edad, articuló la queja que se encuentra agregada a fs. 54/55 vta. de estos actuados. Luego de efectuar una remisión a los argumentos y cuestiones constitucionales planteadas por su madre, señaló que los fundamentos vertidos en el recurso de inconstitucionalidad "...no merecieron atención alguna por parte de la Cámara...". A ello agregó que la alzada "...no advirtió (...) que, aunque no se hiciera lugar al reclamo materno por el acto administrativo nulo, las consecuencias dañosas para el suscripto surgen del siniestro por ella sufrido, con base en el art. 905 del CC...".

9. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, propició el rechazo de los recursos de queja presentados, en tanto la parte actora no había logrado "…rebatir el fundamento central por el cual la Cámara denegó su recurso, es decir, la ausencia de un caso constitucional…" (fs. 67/69 vta.).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. Los recursos de queja interpuestos, no obstante haber sido articulados en tiempo y forma (art. 33, ley 402), no pueden prosperar.

2. En primer término debe señalarse que, tal como lo destaca el señor fiscal general adjunto en su dictamen, las quejas deducidas no satisfacen la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el Tribunal *in re*: "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. III, pp. 92 y ss.), ni rebaten argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo —principalmente, ausencia de caso constitucional—, omisión que obsta a su procedencia puesto que, de este modo, la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (doctrina de *Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338; aplicable *mutatis mutandi* al recurso de inconstitucionalidad local).

En efecto, las consideraciones que llevaron a la Cámara a decidir el rechazo de los recursos no han sido abordadas de manera concreta por los actores al interponer sus quejas. Ello así, en tanto los interesados, en esta última oportunidad, se han limitado a reeditar —sin otro aditamento sustancial— los argumentos vertidos en el mencionado recurso de inconstitucionalidad. Así, los remedios intentados carecen de la necesaria crítica de los ejes argumentales que dieron sustento a la decisión denegatoria del *a quo* —de los que ya se ha dado cuenta en el punto 7 del "resulta".

Ello basta para decidir el rechazo de las quejas interpuestas.

3. Además, en ninguna de las dos intervenciones la parte actora ha logrado exponer fundadamente un caso constitucional en los términos del art. 27 de la ley 402.

3.1. Los recurrentes pretenden que se atribuya a los términos del escrito de demanda un alcance distinto al asignado por los jueces de la causa.

En este punto, debe recordarse que la determinación del alcance de las pretensiones de las partes constituye una materia regulada por las leyes procesales que, por regla, es privativa de los jueces de la causa. Sólo cuando se demuestra que los magistrados intervinientes han excedido toda interpretación posible del derecho infraconstitucional aplicable o de las constancias de la causa, resulta posible delinear un caso constitucional por este motivo.

Desde esta perspectiva, entiendo que la sentencia de la Cámara contiene razonados fundamentos que se basan en la interpretación de normas de jerarquía infraconstitucional y se encuentran orientados a explicar los motivos por los que resultaba indispensable impugnar "en términos claros y positivos" (art. 269, inc. 8º, CCAyT) el acto administrativo que dispuso la cesantía de la actora —que según la ley goza de presunción de legitimidad (art. 12, LPACABA)—, para recién luego poder ingresar en la consideración de la pretensión indemnizatoria formulada como derivación de la segregación reputada injusta (art. 4º, CCAyT).

Estos puntuales argumentos de la sentencia no han sido rebatidos eficazmente desde el plano constitucional, toda vez que los planteos propuestos, más allá de contener una genérica alusión a derechos constitucionales que se dicen vulnerados, sólo dejan ver una discrepancia con la determinación del alcance de las pretensiones efectuada por el *a quo* y con la interpretación brindada sobre aspectos de hecho y prueba, así como de las diversas normas infraconstitucionales involucradas en el *sub examine*.

Debe tenerse en cuenta, además, que frente a la falta de petición concreta para que se ejerciera el control de legitimidad del acto de cesantía, la interesada no se ha ocupado de explicar los motivos que obligaban a los jueces a declarar su nulidad de oficio, a la luz de los caracteres con los que la LPA ha revestido a los actos administrativos, situación que tampoco ha sido reputada inconstitucional por la actora —que al respecto sólo cita de manera superficial preceptos de jerarquía constitucional, sin vincularlos argumentativamente con la situación concreta de autos.

A mayor abundamiento, aun en la hipótesis que se hubiera solicitado correctamente la nulidad del acto de cesantía —lo que no ocurrió, reitero— la demanda tampoco podría haber prosperado ya que la interposición tardía del recurso jerárquico pertinente por parte de la interesada importó el consentimiento del acto y cerró el acceso a la instancia judicial revisora, según la ley aplicable —que tampoco ha sido reputada inconstitucional.

3.2. La afirmación de la actora relativa a que "...en el expediente administrativo 50580-P-98 nunca se le corrió vista de los cargos a la presentante, nunca se le dio oportunidad de defenderse y se la privó sin oírla de la estabilidad de su empleo público fue citada a ejercer su derecho de defensa...", tampoco involucra una cuestión constitucional que deba ser atendida.

Al respecto, debe señalarse que la actora no rebate con suficiencia el fundamento de la Cámara que puso de resalto que, luego de una intimación administrativa que se le cursó para que regularice su situación laboral, ella nunca concurrió para cumplir con lo requerido ni hizo uso del derecho y la posibilidad efectiva de defenderse. En otras palabras, no logra acreditar que no haya tenido la efectiva posibilidad de justificar sus inasistencias. Ella optó por no hacerlo y se limitó a enviar cartas documento (véase fs. 21, 26 y 30 del expte. adm. nº 22.197). El resultado de dicha conducta sólo puede serle atribuido a la propia interesada.

Cabe señalar, además, que el régimen al que se encontraba sometida la actora —y cuya constitucionalidad no fue oportunamente puesta en tela de juicio por ella— no preveía la instrucción de sumario para el supuesto de inasistencias reiteradas (véase especialmente, art. 34 de la ordenanza antes citada), pero sí otorgaba a la agente la posibilidad de ejercer su defensa.

3.3. Igual suerte debe correr el agravio relativo a la "errónea invocación de la cosa juzgada" que la actora atribuye al fallo cuestionado.

Establecer el alcance de la cosa juzgada también constituye una cuestión de derecho procesal y, por ende, propia de los jueces de mérito (conf. *Fallos,* 286:143, entre muchos otros). Y, dicha cuestión, en el caso, ha sido resuelta por la Cámara con fundamentos cuya arbitrariedad no muestran los recurrentes.

En los recursos intentados se insiste en destacar el alcance que, a criterio de la actora, debería darse a la sentencia del juicio laboral que le fue favorable —al otorgarle un resarcimiento en concepto de daños y perjuicios originados en el accidente laboral sufrido mientras se desempeñaba en el GCBA—. Sin embargo, las argumentaciones desplegadas no resultan idóneas para controvertir las puntuales explicaciones brindadas por la Cámara para concluir que lo establecido en aquél proceso —decidido en última instancia por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con fecha 28/3/2006— debe tener proyección sobre este contencioso por corroborarse entre los pleitos una identidad de sujetos, objeto y causa.

De todos modos, si —como afirma la actora— "...la atención psicológica y los gastos de farmacia apuntados en la demanda se refieren a los debidos por los efectos de la cesantía..." tampoco ellos podrían serle acordados pues, como se vio, para acceder a la indemnización de los rubros mencionados debió necesariamente solicitarse y declararse la ilegitimidad del acto que dispuso dicha

cesantía. Si ello —como fue puesto de manifiesto en párrafos anteriores— no ocurrió, ninguna indemnización puede hacerse derivar ahora de ella.

4. En suma, aunque las quejas pretenden una decisión del Tribunal sobre el alcance de las expresiones utilizadas en el escrito de demanda, no han logrado demostrar que la interpretación efectuada por la Cámara resulte absurda o arbitraria. Lo resuelto por el *a quo* encuentra sustento en una interpretación posible de los actos y antecedentes del proceso y de las normas locales que los rigen, cuya aplicación priva a lo decidido de relación directa con las cláusulas constitucionales que se dicen violadas.

Los argumentos desplegados por los actores para intentar sostener sus agravios sólo alcanzan a exponer la discrepancia con la sentencia de la Cámara, fundamentalmente en cuanto a la valoración que dicho Tribunal hizo del escrito de demanda, de los hechos relevantes del caso y de las normas infraconstitucionales tenidas en cuenta para resolver la pretensión —en especial, el art. 4º del CCAyT—, cuestiones todas ellas que, por regla, resultan ajenas al ámbito de la vía recursiva intentada (art. 27, ley 402).

Tanto en las quejas como en los recursos de inconstitucionalidad presentados, los interesados afirman de modo genérico la violación de derechos de raigambre constitucional —entre otros, derecho de defensa, debido proceso, estabilidad del empleado público—, sin establecer la adecuada correspondencia entre las afectaciones que se invocan y el contenido específico de la sentencia recurrida. Al respecto, cabe recordar que la referencia ritual de derechos o principios constitucionales, si no se acredita precisa y fundadamente su cercenamiento, es insuficiente, ya que si bastara la simple invocación de un derecho o garantía de raigambre constitucional este Tribunal se vería convertido, de ordinario, en tercera instancia obligada de todos los pronunciamientos dictados por el Poder Judicial de la Ciudad (conf. el Tribunal *in re*: "Carrefour Argentina S.A. s/recurso de queja", expte. n° 131/99, sentencia del 23/2/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 20 y ss.).

5. Teniendo en cuenta la identidad de argumentos que presentan las quejas articuladas tanto por Mónica Graciela Palazón como por Matías Néstor Palazón, en relación a la intentada por este último coactor, cabe remitirse a lo ya apuntado. Resulta pertinente recalcar que, en tanto su madre, Mónica Graciela Palazón, no solicitó como correspondía en sede judicial la nulidad del acto administrativo que dispuso su cesantía, la presunción de legitimidad de dicho acto no permite derivar de él ninguna indemnización para su hijo.

Finalmente, cabe consignar que en el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la sentencia de la Cámara se expresó que el pedido de indemnización en cabeza de Matías Palazón se originaba en las consecuencias dañosas "del acto administrativo írrito de la cesantía"; además, en dicha pieza recursiva

se explicitó que los daños surgían de un peritaje "donde se establece la relación de causalidad entre ellos y el acto administrativo írrito, fabricado con dolo. Al existir dolo, deben repararse no sólo las consecuencias inmediatas y mediatas del acto, sino también las casuales…" (conf. punto V del recurso, obrante a fs. 482 de los autos principales). Por lo tanto, la reformulación del planteo que parece contener la queja, al enunciar que la misma pretensión resarcitoria ahora se originaría en las consecuencias dañosas "del acto administrativo írrito de la cesantía, así como del accidente que su madre sufriera" o que "...surgen del siniestro por ella sufrido..." (conf. fs. 54 vta./55 de la queja), impide su tratamiento en esta instancia, pues la presentación directa ante el Tribunal no es un medio apto para modificar los términos del recurso de inconstitucionalidad que se intenta mantener.

6. Por las consideraciones expuestas y de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, corresponde desestimar las quejas interpuestas a fs. 39/50 y fs. 54/55 vta.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con el señor juez de trámite José Osvaldo Casás en que las quejas interpuestas por Mónica Palazón y Matías Palazón a fs. 39/50 y 54/55 vta. no cumplen con el requisito del art. 33 de la ley 402.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

El recurso de queja no rebate argumental y específicamente la decisión de rechazo del recurso de inconstitucionalidad del *a quo*, objeto preciso de esa presentación, pues se limita a reproducir en parte los agravios expuestos —casi contradictoriamente— en el recurso rechazado. Por lo demás, desde el punto de vista material, aquél pretende ocultar simples valoraciones diferentes de hecho y prueba, según lo expone el voto del juez del trámite, al cual yo me adhiero, más alguna interpretación de la legislación común (infraconstitucional), bajo imputaciones de lesiones de constitucionalidad que sólo son, en el mejor de los casos, menciones de normas y principios básicos, que la presentación no logra vincular con el caso concreto. Todavía más, como lo expone el voto al que sigo, en varias ocasiones el recurrente se queja de procederes jurídicos de la Administración, desarrollados conforme a normas específicas de derecho común, sin impugnar esas reglas por inconstitucionales —en su criterio— o sin impugnar el mismo acto o decisión administrativos. Por si faltara algo, la decisión de la Sala se presenta como perfectamente fundada. En consecuencia,

la solución propuesta por el señor juez del trámite es la correcta para el recurso de hecho intentado.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto en tiempo, forma y logra dirigir una crítica concreta contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad. En consecuencia admitiré la queja con excepción de los aspectos indicados en el apart. 5º del voto del señor juez de trámite. En efecto, como lo advierte mi colega, se trata de fundamentos que el quejoso debió introducir con el recurso de inconstitucionalidad, por lo que ahora, en virtud de la preclusión ocurrida resultan intempestivos.

2. Respecto del recurso de inconstitucionalidad, las razones contenidas en el voto del juez Casás, que comparto, me convencen de que corresponde desestimar la impugnación por improcedente. Así voto.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* las quejas planteadas por Mónica Graciela Palazón y Matías Néstor Palazón.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con las quejas.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XCI

"BUENOS AIRES CONTAINER SERVICES S.A. C/GCBA S/RECURSO APEL. JUD. C/DECIS. DGR (ART. 114, C.F.) S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO"

REGULACIÓN DE HONORARIOS PROFESIONALES.

SUMARIO:

1. Dado que el letrado interviniente requirió expresamente que el juzgado de primera instancia regulara sus honorarios, y sin que el *a quo* se hubiera expedido sobre la solicitud formulada, se ordenó la remisión directa de las

actuaciones al Tribunal, decisión que no puede considerarse consentida por el peticionante, toda vez que no fue notificado, corresponde devolver el expediente a ese juzgado para que provea la regulación peticionada. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhieren los señores jueces José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 5890/08 - 15/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

A fs. 506 el Dr. Manuel Sanmartín solicitó al juzgado de Primera Instancia interviniente, que efectuara la regulación de sus honorarios "al solo efecto regulatorio por el Superior". Requirió, también, que una vez practicada la regulación a su favor se elevase el expediente a este Tribunal.

La jueza de grado remitió, sin más, las actuaciones a la alzada (fs. 507), quien, a su vez, las envió al Tribunal (fs. 508).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

A fin de resolver la cuestión traída a decisión es necesario partir de la circunstancia de que el letrado interviniente requirió expresamente que el juzgado de primera instancia regulara sus honorarios.

Sin que el *a quo* se hubiera expedido sobre la solicitud que se le formulara, se ordenó la remisión directa de las actuaciones al Tribunal, decisión que no puede considerarse consentida por el peticionante, toda vez que no fue notificado (véase fs. 507/509).

Cualquiera que sea la interpretación que se sostenga del art. 14 de la ley 21.839 (conf. surge de las diversas opiniones de los jueces del Tribunal, en los autos "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Datco S.A. y otros c/GCBA s/impugnación actos administrativos'", expte. nº 5831/08, resolución del 12/2/2009; en los autos "Hotel Corrientes (Domingo Martín – Antonio Edgardo Messia) c/GCBA (Subsecretaría de Acción Social) s/cobro de pesos" expte. nº 2564/03, resolución del 26/6/2008 y en los autos "Letal S.R.L. s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Letal S.R.L. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA)'", expte. nº 3894/05, resolución del 9/4/2008, entre otros), corresponde en el caso devolver el expediente al juzgado de Primera Instancia para que provea la regulación peticionada a fs. 506. Así voto.

Los jueces José O. Casás, Ana María Conde, Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier dijeron:

Adherimos al voto de nuestra colega, la jueza Alicia E. C. Ruiz.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Devolver* el expediente al juzgado de Primera Instancia para que provea la regulación peticionada a fs. 506.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XCII

"VASCELLO, LEANDRO JORGE S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'VASCELLO, LEANDRO JORGE C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Cuestión abstracta. Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad de Buenos Aires (CASSABA). Derogación de la ley 1181.

SUMARIOS:

1. Frente a la derogación por la ley 2811, del régimen previsional instituido por la ley 1181, cuestionado por el actor mediante acción de amparo, la cuestión ha devenido abstracta, de modo que la resolución del recurso de queja carece de interés, pues no representa interés constitucional alguno el examen de constitucionalidad de una ley derogada y su reglamentación, que no regirán más en el futuro. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. En el marco del control de constitucionalidad difuso, los jueces no pueden pronunciarse sobre cuestiones teóricas o abstractas, sin que exista un caso concreto y actual ni un sujeto afectado en un derecho o interés jurídicamente protegido. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde, al que adhiere el señor juez José O. Casás. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano y Julio B. J. Maier).*

3. La solicitud al Tribunal para que fije las normas que deben ser observadas para que dicten sentencias futuras los tribunales de la Ciudad excede

la competencia asignada por la CCBA, y además, sus decisiones, por regla —salvo el efecto particular de la acción abstracta de inconstitucionalidad—, no son vinculantes para ningún tribunal; pues la CCBA erige a todos sus tribunales y jueces en independientes, sólo sometidos a la ley. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 6032/08 - 15/4/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Leandro Jorge Vascello promovió acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CASSABA), con el objeto de que se declarase la inconstitucionalidad e inaplicabilidad del régimen previsional instituido por la ley 1181, y de la acordada 6/2005 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Manifestó estar inscripto en la Caja de Abogados de la Provincia de Buenos Aires (CASA), y que ejerció la opción prevista en el art. 5º de la ley citada (fs. 1/4 de los autos principales).

2. La jueza de primera instancia dictó sentencia haciendo lugar a la acción de amparo y declarando, con relación a la parte actora, la inconstitucionalidad e inoponibilidad de la reglamentación del art. 5° de la ley 1181 dispuesta mediante resol. 004-A-05 de la Asamblea de Representantes de la Caja de Seguridad Social para Abogados de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires en cuanto establece la obligación de cumplir con los aportes establecidos en el art. 62, incs. 1º y 4º de la ley 1181, para quienes hayan ejercido la opción prevista en el art. 5º, segundo párrafo, de la misma ley; con costas a la vencida (fs. 137/142).

3. Ante la apelación deducida por CASSABA contra dicho pronunciamiento (fs. 147/171), y contestada por la parte actora (a fs. 173/176), la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario dispuso, por remisión al fallo "Fornasari" dictado por este Tribunal el 18/4/2007, hacer lugar al recurso de apelación interpuesto, revocar la sentencia de grado en todo cuanto fue motivo de agravio y, en consecuencia, rechazar el amparo impetrado, sin costas (fs. 207).

4. El accionante interpuso recurso de inconstitucionalidad contra dicha decisión (fs. 211/215), que fue contestado por CASSABA (fs. 225/246) y el GCBA (fs. 247/249).

La Sala l de la Cámara de Apelaciones resolvió no conceder el recurso de inconstitucionalidad interpuesto (fs. 253/254).

5. El actor interpuso recurso de queja contra la denegatoria del recurso de inconstitucionalidad (fs. 7/11 de la queja).

6. El señor fiscal general adjunto, en su dictamen, propició el rechazo del amparo interpuesto por resultar abstracta la cuestión planteada en autos, en virtud de la entrada en vigencia de la ley 2811 (fs. 18/19 de la queja).

7. Previo al llamado de los autos al acuerdo —y en atención a la entrada en vigencia de la ley 2811—, se requirió a la parte recurrente que manifestase si mantenía interés en el recurso planteado (fs. 20 de la queja).

La parte actora a fs. 22 afirmó que "...CASSABA, como es de público conocimiento, ha sido derogada por ley 2811, quedando definitivamente afirmado el criterio que animara el reclamo sostenido por tantos amparistas en cuanto a la inconstitucionalidad de la norma 1181.// Ahora bien, así las cosas, parecería que el planteo de inconstitucionalidad deviene abstracto. Hasta aquí, no admite discusión.// Sin embargo, hay otro aspecto que se pretende sea analizado por V.E. y es el planteo impugnatorio efectuado por esta parte en cuanto a la formalidad de la sentencia dictada por la Cámara (...) Es necesario que haya un marco que no pueda ser vulnerado al momento de dictar sentencia (...) Y ello sólo podrá ser posible, si V.E. con su pronunciamiento, fija las pautas formales que habrán de ser observadas rigurosamente en las sentencias futuras dictadas por los tribunales colegiados de esta Ciudad. En el mismo habrá de incluirse taxativamente los plazos (que la Sala I CA y T no han respetado), así como también, todas aquellas modalidades que hacen a la forma de las sentencias, como por ejemplo, las deliberaciones. Queda a vuestro criterio el ampliar el espectro de la petición conforme convicciones de derecho...".

Corrido el pertinente traslado de dicha presentación, el GCBA y CASSABA no lo contestaron.

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Habida cuenta que la ley 2811 ha derogado el régimen previsional instituido por la ley 1181, y cuestionado por el actor mediante la presente acción de amparo, la cuestión ha devenido abstracta.

Las sentencias deben ceñirse a las circunstancias existentes al momento de ser dictadas aun cuando sean sobrevinientes (CSJN, *Fallos,* 298:33; 310:670 y 2246; 311:870 y 1810; 312:555, 891, 313:701 y 318:550, entre muchos otros). Y en este supuesto, la resolución del recurso carece de interés, pues no representa interés constitucional alguno el examen de constitucionalidad de una ley derogada y su reglamentación, que no regirán más en el futuro.

En consecuencia, se encuentra ausente una exigencia básica de cualquier recurso: la actualidad del agravio. Ello impide el tratamiento de los recursos de queja e inconstitucionalidad incoados.

2. La actora reconoce que su planteo de inconstitucionalidad devino abstracto (véase fs. 22, tercer párrafo), sin perjuicio de lo cual manifiesta su interés en que se expida este Tribunal sobre la validez de la sentencia recurrida, habida cuenta las irregularidades en que —según la parte— habría incurrido la Cámara.

Pero en el marco del control de constitucionalidad difuso, los jueces no pueden pronunciarse sobre cuestiones teóricas o abstractas, sin que exista un caso concreto y actual ni un sujeto afectado en un derecho o interés jurídicamente protegido. Las presuntas deficiencias que pueda presentar la sentencia de la Cámara no justifican la apertura del recurso, a lo sumo podrá ser objeto de un análisis en el ámbito académico, pero no en el judicial.

3. A mayor abundamiento, cabe agregar que mientras la ley local 1181 conservó su vigencia, el Tribunal —por mayoría— sostuvo en reiterados pronunciamientos (a partir del fallo "Fornasari, Norberto Fabio c/GCBA y otros s/amparo (art. 14 CCBA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 4911/06, sentencia del 18/4/2007) la constitucionalidad de dicha ley y de su reglamentación, contrariamente a las pretensiones del actor en este proceso. La posterior derogación de la ley 1181 no implica admitir su inconstitucionalidad ni consagrar como vencedor de este proceso al actor, sino simplemente una decisión política de la Legislatura guiada por razones de oportunidad, mérito o conveniencia.

4. En virtud de lo expuesto, voto por rechazar la queja.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto de mi colega, la jueza Ana María Conde.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja de fs. 7/11 cumple con los correspondientes requisitos de tiempo y forma. Sin embargo, no puede prosperar.

2. Tal como sostuve en numerosas oportunidades, "es requisito necesario de la queja que ella contenga una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad" (conf. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa nº 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001).

En el recurso en análisis, el quejoso transcribe algunas partes del auto interlocutorio de la Sala I que le denegó el acceso al Tribunal (fs. 10 y vta.).

Sin embargo, a continuación no desarrolla argumentación alguna que se dirija a desvirtuar los argumentos de la Sala que él mismo transcribe.

El resto de la queja no se hace cargo del auto denegatorio ni de las razones que la Cámara expone para declarar inadmisible su impugnación sino que se limita a reproducir los argumentos que ya diera en el recurso de inconstitucionalidad.

En consecuencia, por los defectos en su fundamentación el recurso directo debe ser rechazado.

3. Por lo expuesto, voto por no hacer lugar a la queja interpuesta por el Sr. Leandro J. Vascello.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Sin perjuicio de que la señora jueza Alicia Ruiz acierta al explicar que el recurso en examen no toma a su cargo la refutación de aquellos argumentos por los cuales la Cámara rechazó el recurso de inconstitucionalidad, función propia del llamado recurso de queja, también es correcto señalar que la discusión constitucional sobre la validez de una ley derogada carece de sentido —a menos que el actor argumente algún sentido útil—, razón por la cual cabe adherirse al voto de la señora jueza del trámite.

2. Dado que el actor ha pedido algo imposible para el Tribunal, que él fije las normas que deben ser observadas para que dicten sentencias futuras los tribunales de la Ciudad, vale la pena advertirle no sólo que ésa no es una misión concedida a la competencia del Tribunal por la CCBA, sino que, además, las decisiones del TSJ, por regla —salvo el efecto particular de la acción abstracta de inconstitucionalidad—, no son vinculantes para ningún tribunal; la CCBA erige a todos sus tribunales y jueces en independientes, sólo sometidos a la ley.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Por los argumentos dados por la doctora Conde, a los que me remito, voto por: *i)* declarar abstractas las pretensiones del actor; y *ii)* revocar la sentencia de fs. 207/207 vta.

Por ello, emitido el dictamen por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Leandro Jorge Vascello.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con esta queja.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XCIII

"COMPAÑÍA DE TIERRAS SUD ARGENTINO S.A. (ANTE CÍA. SENIPEX S.A.) S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'SENIPEX S.A. C/GCBA S/IMPUGNACIÓN ACTOS ADMINISTRATIVOS'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. IMPUESTO SOBRE LOS INGRESOS BRUTOS. CONVENIO MULTILATERAL: Criterios de interpretación. Derecho público local. Federalismo de concertación. BASE IMPONIBLE: Distribución. Proceso único y económicamente inseparable. Doble Imposición. POTESTAD TRIBUTARIA: Principio de territorialidad. COMISIÓN ARBITRAL: Facultades de interpretación.

SUMARIOS:

1. Ha sido correctamente denegado el recurso de inconstitucionalidad si, pese a los esfuerzos argumentativos, la parte actora no logra demostrar que en el caso sea preciso decidir alguna cuestión constitucional, pues la cuestión central de toda la controversia reside en averiguar si el Convenio Multilateral debe ser interpretado con el criterio de "convenio-sujeto" o con el de "convenio-actividad*". (Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. El Convenio Multilateral es una regla de derecho público local, de jerarquía infraconstitucional, propia de los mecanismos del federalismo de concertación, que por ese solo hecho no concede jerarquía constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. No se plantea una cuestión constitucional local o federal, si no se discute sobre la falta de aplicación de disposiciones del Convenio Multilateral, sino sobre la interpretación de sus disposiciones (arts. 1° y 2°). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

4. La facultad que tiene la Comisión Arbitral de dictar de oficio o a instancia de los fiscos adheridos normas generales interpretativas de las cláusulas del Convenio Multilateral, que son obligatorias para las jurisdicciones adheridas, de acuerdo con lo establecido por el art. 24, inc. a) del Convenio, difiere de la establecida en el inc. b) de ese artículo en cuanto le asigna competencia para resolver las cuestiones sometidas a su consideración que se originen con motivo de la aplicación del Convenio en los casos concretos, donde las decisiones son obligatorias para las partes en el caso resuelto. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

5. Es correcta la interpretación del Convenio Multilateral efectuada por la Cámara, que parte de la letra expresa de su art. 1°, en cuanto considera ajenos al régimen de distribución de base imponible los ingresos de un contribuyente que no provienen de un proceso único, económicamente inseparable; y que, de acuerdo con el art. 2°, toma en consideración los ingresos totales del contribuyente, sólo en cuanto ellos correspondan a las actividades objeto del convenio tal como han sido establecidas en el art. 1°. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

6. En tanto el criterio de interpretación del convenio ("convenio sujeto" vs. "convenio actividad") carece de base normativa local o convencional, no existe lesión a alguna pauta de legalidad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

7. La interpretación de las reglas del *onus probandi* constituye, en principio, una cuestión procesal ajena a esta instancia constitucional; máxime cuando lo decidido no se aparta de las disposiciones legales que expresamente regulan el tema (art. 301, CCAyT) y la parte no ha cuestionado la constitucionalidad de esa regla legal. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

8. La finalidad principal del Convenio Multilateral es evitar la doble imposición que puede generarse cuando el contribuyente desarrolla una actividad, gravada con el ISIB, en un proceso único económicamente inseparable cumplido en más de una jurisdicción, y así distribuye la base imponible común entre las jurisdicciones involucradas, de modo que de no presentarse tales extremos no son precisos los mecanismos del Convenio para armonizar y coordinar las potestades tributarias locales. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

9. El principio de territorialidad de la potestad tributaria no admite que la actividad inmobiliaria y los intereses cobrados por pagos fuera de término sean sometidos al sistema del Convenio Multilateral, de modo que la exigencia del Fisco acreedor de cancelar la deuda no puede considerarse doble imposición o lesiva del derecho de propiedad. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

10. No puede prosperar el recurso de queja si no se demuestra que la solución a la que se ha arribado en la anterior instancia importe una desviación palmaria de la regulación explícita e indubitable del Convenio Multilateral para evitar la Doble Imposición en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

11. Cabe rechazar el recurso de queja que se apoya en pronunciamientos singulares de la Comisión Arbitral y del Plenario, que avalarían el criterio que

sostiene la recurrente, sin acreditar que los hechos configurativos de los casos ocurrentes reconozcan identidad sustantiva con el de autos, particularmente en punto a si las actividades de que se trata constituyen en la especie un proceso único y económicamente inseparable que se desarrolle en dos o más jurisdicciones. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. nº 6116/08 - 15/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. SENIPEX S.A. demandó al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante, GCBA) para que se declare la nulidad e ilegitimidad de la resol. 113-SHyF-2002, que desestimó el recurso jerárquico que interpusiera contra la resolución de la Dirección General de Rentas (en adelante, DGR) nº 2001 del año 2001 que, a su vez, no hizo lugar al recurso de reconsideración que la actora había planteado contra la resol. 6154/DGR/2000 por la que el Fisco determinó sobre base cierta el impuesto sobre ingresos brutos (en adelante, ISIB) adeudado por la contribuyente, por diversos períodos comprendidos entre 12/94 a 12/97, en la suma de $ 43.789, más los intereses correspondientes; y aplicó una multa de $ 28.463,30 por omisión de impuestos.

En cuanto interesa a los fines de esta queja, la actora expresó, entre otras cuestiones, que en el período que fue objeto de la determinación tributaria desarrolló actividades de ganadería e inmobiliarias en esta Ciudad y en la Provincia de Buenos Aires. Explicó que su situación frente al ISIB era la de contribuyente del Convenio Multilateral (en adelante, CM). De tal forma, los ingresos que obtuvo en ese período por los alquileres de un inmueble ubicado en esta Ciudad, considerados en la determinación practicada por la DGR, fueron tratados por ella de acuerdo con lo dispuesto por los arts. 1º y 2º del CM, atribuyendo parte de ellos a la Ciudad y parte a la Provincia de Buenos Aires. Sostuvo que su actuación se adecuó al criterio "Convenio-Sujeto" que era el establecido por la Comisión Plenaria y la Comisión Arbitral del Convenio Multilateral y que el criterio aplicado por el GCBA, "Convenio-Actividad", se apartó de los precedentes de las autoridades de aplicación del CM. Agregó que su parte no actuó con dolo o negligencia en el cumplimiento de sus deberes y, por ende, no merece reproche alguno, conforme a lo dispuesto por el art. 94 del C.F. (año 2000).

Señaló también la demanda que no se ha discutido que SENIPEX S.A., tributara en debida forma el impuesto reclamado, tanto en su cuantía como

oportunidad, y que la cuestión reside en la distribución de la base imponible entre las jurisdicciones, cuestión que constituye un conflicto interjurisdiccional.

2. La contestación de la demanda del GCBA negó la existencia de un conflicto entre el Fisco de la Ciudad y el de la Provincia de Buenos Aires, atento a que la determinación realizada por el GCBA fue aceptada por la Provincia al guardar silencio frente a la notificación cursada. En cuanto al criterio de interpretación del Convenio Multilateral, el demandado sostuvo que es el "Convenio Actividad", y que los precedentes citados por la actora, en particular el precedente "Iriarte", consiste en una resolución de la Comisión Plenaria para un caso concreto, que no fijó un criterio general. Afirmó, además, que no existía doble imposición pues la actora podía repetir lo pagado a la Provincia de Buenos Aires. Finalmente, alegó que en la evasión y en la multa no se requiere el elemento subjetivo y que no ha existido un error excusable.

3. El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y declaró la nulidad de las resoluciones 113-SHyF-2002, 2001-DGR-2001 y 6154-DGR-2000. Sostuvo, en cuanto al fondo de la cuestión, que el GCBA no ha argumentado ni probado que exista una situación que difiera esencialmente del caso "Iriarte y Cía. S.C.S.", resuelto por la Comisión Plenaria del Convenio Multilateral, en el que se estableció el criterio del "Convenio-Sujeto" para la interpretación y aplicación del CM., cuya imperatividad equiparó al de los fallos de la CSJN.

4. El GCBA apeló la sentencia. En su expresión de agravios sostuvo que el antecedente de la Comisión Plenaria del CM, que pretendió la decisión de un caso concreto, no era vinculante y obligatorio, como lo afirmó el *a quo*; que en el caso Iriarte existía un conflicto de jurisdicción que no se verifica en la causa; que al no haberse planteado en sede administrativa el cuestionamiento al criterio de interpretación del CM, la justicia no resulta competente para dirimir dicha cuestión; y que el fallo se apartó de las cuestiones que eran materia del debate, ya que el juez había señalado al resolver las excepciones planteadas que no cabía expedirse sobre lo acertado o desacertado del criterio utilizado por las partes para la atribución de la base imponible del impuesto sobre ingresos brutos. Otro agravio giró en torno a que la distribución de la materia imponible no podía ventilarse en sede judicial por ser una cuestión que involucra exclusivamente a los fiscos locales. También planteó que en tanto los inmuebles están ubicados en la Ciudad de Buenos Aires y allí se concreta la operación objeto del tributo nada cabía reprochar al criterio seguido por el GCBA. Finalmente, el demandado sostuvo que el acto administrativo de determinación fue dictado de conformidad con las facultades que otorga el art. 127 del C.F. (año 2000);

5. SENIPEX S.A. contestó el recurso. Sostuvo que por el "principio de imperatividad" las interpretaciones de la Comisión Plenaria del CM son

obligatorias para todos los Fiscos; que la existencia de un conflicto entre las jurisdicciones involucradas no descarta la existencia de un interés real y concreto de su parte por ser la principal afectada por la determinación y la sanción aplicada.

6. La Sala I de la Cámara de Apelaciones hizo lugar al recurso del GCBA y revocó parcialmente la sentencia apelada. El juez Horacio G. Corti, al que adhirieron los demás integrantes de la Sala, consideró "[p]or un lado, el supuesto exceso del juez sentenciante al pronunciarse en violación del principio de congruencia; y por otro lado, el criterio de interpretación aplicable en autos respecto del Convenio Multilateral y el alegado carácter vinculante de los precedentes resueltos por la Comisión Plenaria del citado convenio".

En cuanto a lo primero, sostuvo que "siempre resulta posible transitar la vía administrativa y judicial local para impugnar una determinación de oficio, con independencia de que el contribuyente haya planteado ante la Comisión Arbitral del caso concreto, en los términos del art. 13, CM. Nada impide, en estas situaciones, que los tribunales locales diriman controversias entre el Fisco local y los contribuyentes sobre cómo interpretar el Convenio Multilateral, donde sólo cabe aclarar que, en los casos en los cuales además se acudió a los órganos del Convenio, los tribunales locales deben tener en cuenta lo resuelto por aquellos órganos. (...) y considerando que en autos no consta la existencia de ninguna resolución por parte de las autoridades del Convenio al respecto, cabe concluir que el juez de grado al dictar sentencia no ha violado el principio de congruencia tal como arguye la recurrente en sus agravios toda vez que está habilitado a entender en todas las cuestiones que le fueron propuestas".

En relación al segundo punto, el juez Corti sostuvo que "lo resuelto por la Comisión Plenaria en un caso concreto no puede convertirse sin más en una pauta interpretativa obligatoria de carácter general, máxime si, como sucede por ejemplo con la resol. 2/85 (causa 'Iriarte'), en sus considerandos no es posible hallar ningún fundamento jurídico que justifique lo allí resuelto (...) las resoluciones citadas como precedentes por la parte actora a fin de sustentar el criterio 'Convenio-Sujeto', fueron dictadas para resolver casos concretos, y por ende, en principio valen solamente para las partes involucradas en esa contienda".

Seguidamente, el fallo se refirió al principio de territorialidad de la potestad tributaria, que establece que "la potestad de gravar por parte de cada provincia se halla circunscripta al territorio de su jurisdicción"; agregó que el "Convenio Multilateral actúa siempre que la actividad del contribuyente, caracterizada, según la definición del propio acuerdo, por consistir en un proceso único y económicamente inseparable, se desarrolle en dos o más jurisdicciones. Siendo ello así, no es admisible su aplicación cuando la actividad gravada se

lleva a cabo íntegramente en el interior de una de ellas". El fallo citado sostuvo que SENIPEX S.A., en los períodos que fueron objeto de la determinación de oficio, desarrollaba "las actividades de ganadería en las jurisdicciones de la Ciudad de Buenos Aires y de la Provincia de Buenos Aires, y la actividad inmobiliaria en la Ciudad de Buenos Aires, razón por la que se consideró encuadrada dentro del Convenio Multilateral"; pero que "la determinación de oficio objeto de impugnación se practicó sobre los ingresos por alquileres de un inmueble ubicado en la Ciudad de Buenos Aires, así como sobre los ingresos por intereses cobrados por su pago fuera de término, circunstancia que lleva a concluir que dicha actividad se encuentra sujeta de forma exclusiva a la potestad tributaria de la Ciudad". Sobre la base de esos argumentos rechazó "la pretensión de la actora de tributar los ingresos brutos producto de la actividad de inmobiliaria desarrollada en su integridad en la Ciudad de conformidad con las disposiciones del Convenio Multilateral" ya que "las actividades de ganadería e inmobiliaria no pueden entenderse *prima facie* dentro de un proceso 'único y económicamente inseparable'". Agregó que SENIPEX no probó que las mencionadas actividades (ganadería e inmobiliaria) se encontrasen vinculadas de modo tal que "que su concreta realización implica, en los hechos un proceso económico único e inseparable".

En cuanto a la sanción, la Sala confirmó lo dispuesto en primera instancia ya que "existen elementos que permiten excluir la culpabilidad de la actora y que determinan la revocación de la sanción aplicada".

7. La parte actora interpuso el recurso de inconstitucionalidad (fs. 96/112). La recurrente planteó que: *a)* afirmar que no existe el deber de aplicar las Resoluciones del Convenio Multilateral menoscabó los principios de legalidad, de jerarquía normativa y de seguridad jurídica; *b)* exigirle probar algo que no estaba obligada a probar afectó su derecho constitucional a la defensa en juicio y al debido proceso; y *c)* obligarla a abonar un tributo ya cancelado, compeliéndola a una doble imposición no prevista por la ley, lesionó su derecho de propiedad.

8. GCBA al contestar el recurso se opuso a su admisibilidad y procedencia (fs. 113/123) por no plantearse un caso constitucional.

9. La Sala I no concedió el recurso. Sostuvo que "Si bien la recurrente invocó la violación de normas constitucionales, no ha logrado exponer, con la fundamentación, claridad y precisión debidas, un caso constitucional que justifique la intervención del Tribunal Superior en los términos del art. 27 de la ley 402 (...) En el *sub examine*, el recurrente sólo ha manifestado su discrepancia con la interpretación que esta Sala ha hecho de lo que debe entenderse por 'proceso único e inseparable' a los fines del pago del impuesto a los ingresos brutos. En efecto, la recurrente insiste en que las actividades de ganadería e

inmobiliaria que desarrolla constituyen un proceso único y económicamente inseparable, criterio que no fue compartido por esta alzada. Más aún, dilucidar si las actividades señaladas constituyen un proceso único inseparable o no, exige el análisis de cuestiones de hecho y prueba, circunstancia que demuestra la inexistencia de un caso constitucional que habilite la intervención del Tribunal Superior de Justicia" (fs. 125/126).

10. La parte actora interpuso ante el Tribunal el recurso de queja agregado a fs. 129/145. En su dictamen, el señor fiscal general adjunto propició su rechazo pues "Tanto el recurso de inconstitucionalidad, como la queja que lo defiende, pecan —en mi opinión— en un mismo defecto, no logran conectar los agravios concretos que, afirman, provoca la decisión del *a quo* con una regla constitucional que deba ser interpretada o aplicada para resolver esta cuestión".

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La inadmisibilidad del recurso de inconstitucionalidad planteado por SENIPEX S.A. fue correctamente resuelta por la Sala I de la Cámara de Apelaciones. No obstante los esfuerzos argumentativos, la parte actora no logra demostrar que en el caso sea preciso decidir alguna cuestión constitucional. En verdad, la cuestión central de toda la controversia reside en averiguar si el Convenio Multilateral debe ser interpretado con el criterio de "convenio-sujeto" o con el de "convenio-actividad".

2. La recurrente señala —con destacable lealtad procesal— que pretende someter a consideración del Tribunal "una cuestión de interpretación de las normas que rigen el tratamiento de sus ingresos frente al Impuesto sobre los Ingresos Brutos, más precisamente, los preceptos que al respecto establecen el Código Fiscal y el Convenio Multilateral en el que obligatoriamente se encuentra comprendida por ejercer sus actividades en más de una jurisdicción, así como sus disposiciones reglamentarias e interpretativas..." (fs. 135 vta./136). Es claro su reconocimiento acerca de que no plantea una cuestión en la "se haya controvertido la interpretación o aplicación de normas contenidas en las constituciones nacional o de la ciudad, o la validez de una norma o acto bajo la pretensión de ser contrarios a tales constituciones siempre que la decisión recaiga sobre esos temas", como lo exige el art. 27, LPTSJ, para la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad.

3. Para sortear la ausencia de un caso constitucional, SENIPEX S.A. plantea que:

a) Las resoluciones de las autoridades creadas por el Convenio Multilateral son obligatorias y que ellas integran el bloque de legalidad que

rige el tributo, razón por la cual la decisión de la Cámara de no aplicar los precedentes de esos órganos, invocados por la actora, menoscabó los principios de legalidad, de jerarquía normativa y de seguridad jurídica.

b) La carga de la prueba, que la sentencia consideró en cabeza de la actora, referida a que las actividades de "ganadería" e "inmobiliaria" que desarrolla constituyen un proceso único y económicamente inseparable — condición para que opere el Convenio Multilateral según lo expresa el art. 1° de ese convenio—, afectó su derecho constitucional a la defensa en juicio y al debido proceso.

c) Y, por fin, la decisión que confirma la exigencia fiscal de abonar un tributo ya cancelado la sometió a una doble imposición no prevista por la ley, con lo que se lesionó su derecho de propiedad.

4. *Primer agravio.*

a) El Convenio Multilateral es una regla de derecho público local, de jerarquía infraconstitucional, propia de los mecanismos del federalismo de concertación. Así fue sostenido por la CSJN en *Fallos,* 314:862. La reforma constitucional de 1994 no impactó en esa caracterización (véase el reciente fallo del más Alto Tribunal en los autos "YPF S.A. y otro c/Municipalidad de la Matanza y otro", sentencia del 18/11/2008), aun cuando la Corte ha reconocido base constitucional a otra construcción de ese tipo de federalismo —la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos—; sin embargo, para ello tuvo en cuenta su expresa mención en el art. 75, inc. 2°, C.N. (*Fallos,* 324:4226, consid. 8).

En cambio, la Corte no admitió similar jerarquía constitucional a una tercer herramienta de consenso federal —el Pacto Federal para el Empleo, la Producción y el Crecimiento— (*Fallos,* 327:1789), al que considera una ley convenio propia del derecho público local e intrafederal. En suma: una norma que sea propia de los mecanismos del federalismo por concertación, no concede —por ese sólo hecho— jerarquía constitucional.

La CSJN admitió la presencia de una cuestión constitucional vinculada con el Convenio Multilateral cuando alguna provincia se negó a aplicar sus disposiciones, pues esa obligación le viene impuesta por la Ley de Coparticipación Federal de Impuestos, que en su art. 9°, inc. d, establece el "compromiso de continuar aplicando las normas del Convenio Multilateral del 18/8/1977, así como sus modificaciones o sustituciones, adoptadas por unanimidad de los fiscos adheridos" (véase el dictamen del Procurador General de la Nación, al que la Corte remite en *Fallos,* 327:1473).

En tanto esta causa no trata sobre la falta de aplicación de disposiciones del Convenio Multilateral, sino sobre la interpretación de sus disposiciones (arts. 1° y 2°), no se plantea una cuestión constitucional local o federal. Nadie ha rechazado la vigencia del Convenio citado.

b) El fallo recurrido señala, a mi juicio con razón, que las decisiones dictadas por la Comisión Arbitral y por la Comisión Plenaria en casos concretos no tienen fuerza de interpretación obligatoria para los Estados que integran el Convenio. Así, los precedentes citados por la recurrente, en particular la decisión de la Comisión Plenaria en "Iriarte", cualquiera que sea su valor doctrinario, no era una regla de derecho positivo de obligatoria aplicación por los fiscos y tribunales locales.

De acuerdo con lo establecido por el art. 24 del Convenio Multilateral, la Comisión Arbitral tiene, entre otras, las siguientes funciones: "*a)* Dictar de oficio o a instancia de los fiscos adheridos normas generales interpretativas de las cláusulas del presente Convenio, que serán obligatorias para las jurisdicciones adheridas"; facultad que difiere de la establecida en el inc. b) de ese artículo en cuanto le asigna competencia para "Resolver las cuestiones sometidas a su consideración que se originen con motivo de la aplicación del Convenio en los casos concretos. Las decisiones serán obligatorias para las partes en el caso resuelto".

El reiteradamente invocado precedente "Iriarte" fue decidido, primero, por la Comisión Arbitral mediante su resol. n° 1/85, de fecha 28/4/1985, como un caso concreto (supuesto del art. 24 inc. b); y luego, definitivamente, por la Comisión Plenaria en ejercicio de la competencia recursiva que le atribuye el art. 17, inc. e, mediante la resol. n° 2/85, del 26/9/1985, al conocer en el recurso de apelación interpuesto por la Dirección de Rentas de la Provincia de Buenos Aires. Por ello, no se está en presencia de una resolución de aquellas "obligatorias para las jurisdicciones adheridas", a las que se refiere el art. 24, inc. a.

c) La actora expresa que la resol. gral. 1/2005 de la Comisión Arbitral, de fecha 30/3/2005, incluyó el criterio sentado por la resol. n° 21/84. La afirmación es correcta, pero, como se verá, ello no abona la procedencia de su agravio. El Anexo de esa resolución establece: "Base de distribución – Ingresos Brutos Totales. Art. 1° — Interpretar que, en los términos del art. 2° del Convenio Multilateral del 18/8/1977, aun cuando la base imponible se determine de distintas formas en las diversas jurisdicciones involucradas (ingresos brutos totales, diferencia entre precios de compra y de venta, diferencia entre ingresos y egresos, etc.), deberá tomarse siempre como base de distribución, los ingresos brutos totales del contribuyente. Fuente: resol. gral. nº 21/84". Es expresa la referencia que la reglamentación efectúa al art. 2° del Convenio Multilateral. Dicha norma establece "...los ingresos brutos totales del contribuyente, originados por las actividades objeto del presente Convenio, se distribuirán entre todas las jurisdicciones en la siguiente forma..." (sin destacado en los textos transcriptos). La fuente de dicha disposición, esto es, la resol. gral. n° 21/84, expresa en sus fundamentos que fue dictada para "fijar el criterio de distribu-

ción de ingresos, para el caso del art. 2° del Convenio Multilateral, cuando la base imponible del contribuyente se determina de formas diferentes (ingresos brutos totales, diferencia entre precios de compra y de venta, diferencia entre ingresos y egresos, etc.)...". El fundamento permite advertir que en el art. 1° de la resol. 1/05, y su fuente, no tratan sobre el criterio de interpretación del convenio (sujeto o actividad) sino que se refieren al problema que plantea la diferente forma de determinación de la base imponible en distintas jurisdicciones para su distribución entre las jurisdicciones correspondientes.

Por otra parte, para establecer qué actividades abarca el Convenio no resulta suficiente el art. 2°, pues el art. 1° es el que define que esas actividades "son aquéllas que se ejercen por un mismo contribuyente en una, varias o todas sus etapas en dos o más jurisdicciones, pero cuyos ingresos brutos, por provenir de un proceso único, económicamente inseparable, deben atribuirse conjuntamente a todas ellas ya sea que las actividades las ejerza el contribuyente por sí o por terceras personas, incluyendo las efectuadas por intermediarios, corredores, comisionistas, mandatarios, viajantes o consignatarios, etcétera, con o sin relación de dependencia" (sin destacado en el texto transcripto). Así, nada cabe objetar a la interpretación del Convenio efectuada por la Sala, que parte de la letra expresa de su art. 1°, en cuanto considera ajenos al régimen de distribución de base imponible los ingresos de un contribuyente que no provienen "de un proceso único, económicamente inseparable"; y que, también de acuerdo con el texto del art. 2°, toma en consideración los ingresos totales del contribuyente, sólo en cuanto ellos correspondan a "las actividades objeto del convenio" tal como han sido establecidas en el art. 1°.

De tal forma, el art. 1° del Anexo de la resol. gral. 1/2005 de la Comisión Arbitral, en cuanto establece que "deberá tomarse siempre como base de distribución, los ingresos brutos totales del contribuyente", debe considerarse referida a los ingresos que corresponden a actividades objeto del convenio, es decir a las que integran un proceso único, económicamente inseparable, y no cualquier otro ingreso que pueda generar el contribuyente.

Es claro, entonces, que esa resolución no da sustento al agravio de la actora; tampoco debe perderse de vista, además, que ella fue dictada varios años después del período abarcado por la determinación fiscal objetada.

En tanto el criterio de interpretación del convenio ("convenio sujeto" vs. "convenio actividad") carece de base normativa local o convencional, le asiste razón al GCBA en su planteo sobre la inexistencia de lesión a alguna pauta de legalidad. A tal punto la cuestión carece de base normativa que el proyecto de reforma del Convenio Multilateral de Córdoba aprobado por Comisión Arbitral y Comisión Plenaria en 1988, que nunca fue ratificado por todas las jurisdicciones, pretendió dotársela. Y en cuanto interesa al caso, el proyecto en su art. 1º, 5º párr., señalaba que "Quien realice actividades interjurisdiccionales

inescindibles de las mencionadas en el primer párrafo, y además otra u otras estrictamente locales independientes de ella y económicamente separables de la misma, quedará solamente obligado a distribuir según este Convenio los ingresos que se deriven de aquella actividad interjurisdiccional, pero no los de esta o estas actividades locales que sean exclusivas de la jurisdicción", con una clara inclinación, en este punto, hacia el criterio sostenido por el fallo recurrido.

d) Lo expresado permite concluir que la decisión recurrida no sólo demanda únicamente la interpretación de reglas que distan de ser constitucionales o de pertenecer al bloque de constitucionalidad —aspecto sobre el cual rinde cuentas el ensayo anterior—, sino que permite afirmar, además, que ella no vulnera los principios de legalidad, de jerarquía normativa y de seguridad jurídica, invocados por la recurrente; ella sólo aplicó las reglas del Convenio Multilateral (art. 1°) según la interpretación que consideró conciliable con el principio de territorialidad del tributo, para excluir de su ámbito, racionalmente, la actividad de alquiler de inmuebles llevada a cabo exclusivamente en la jurisdicción de la Ciudad de Buenos Aires. Se trata, entonces, de un criterio interpretativo racional, excluido de la competencia de control atribuida al TSJ por la vía del recurso de inconstitucionalidad, actividad propia de los jueces de mérito.

5. *Segundo agravio.*

La segunda vía por la cual la actora intenta obviar la ausencia de una cuestión constitucional, parte de invocar una supuesta lesión al derecho de defensa y al debido proceso. La afectación provendría del señalamiento efectuado por la Cámara en relación a que correspondía a la actora demostrar que la actividad inmobiliaria desarrollada en la Ciudad constituía un proceso económicamente inseparable de la actividad de ganadería que cumple en la Provincia de Buenos Aires. El argumento carece de entidad constitucional. La interpretación de las reglas del *onus probandi* constituye, en principio, una cuestión procesal ajena a esta instancia constitucional; máxime cuando lo decidido no se aparta de las disposiciones legales que expresamente regulan el tema (art. 301, CCAyT) y la parte no ha cuestionado la constitucionalidad de esa regla legal. El fallo, sensatamente, exige al contribuyente que controvierte el acto administrativo —en cuanto considera que el alquiler de inmuebles y los intereses cobrados por pagos fuera de término no integra ese proceso económicamente inseparable al que hace referencia el art. 1° del Convenio Multilateral— que dé prueba o demuestre lo contrario, esto es, su afirmación. En breve: quien postula, prueba.

6. *Tercer agravio.*

Por último, tampoco la mención al derecho de propiedad da base al caso constitucional. Para que el pago efectuado pudiera justificar ese planteo, debió tratarse del cumplimiento exacto de la obligación fiscal. Se ha visto que la

Cámara dio suficientes y valederas razones para explicar que el pago del ISIB bajo el régimen del Convenio Multilateral, por una actividad que se encuentra excluida de ese régimen —de acuerdo con la pauta del art. 1° de ese convenio— no puede considerarse cancelatorio de la deuda determinada en las resoluciones administrativas que dieron origen a estas actuaciones.

Lejos está esta causa de tratar sobre un supuesto de doble imposición vedada. Lo que se ha discutido aquí consiste en determinar si una actividad sólo desarrollada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —que no se vincula en un proceso económico inseparable de otras practicadas por el actor en otra jurisdicción—, puede tributar bajo el Convenio Multilateral o si correspondía hacerlo exclusivamente bajo el régimen de la jurisdicción local exclusiva.

Conviene tener presente que la finalidad principal del CM es evitar la doble imposición que puede generarse cuando el contribuyente desarrolla una actividad, gravada con el ISIB, en un proceso único económicamente inseparable cumplido en más de una jurisdicción. Para ello, el CM distribuye la base imponible común —los ingresos brutos totales generados por las actividades cumplidas de manera inescindible en más de una jurisdicción— entre las jurisdicciones involucradas. Como se ha señalado en los puntos precedentes, esa situación no se presenta en la causa, razón por la cual no son precisos los mecanismos del Convenio para armonizar y coordinar las potestades tributarias locales.

El principio de territorialidad de la potestad tributaria —considerado en extenso en los votos de los jueces Luis F. Lozano y José O. Casás en la sentencia dictada en la causa "Jockey Club Argentino s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Jockey Club Argentino s/ejecución fiscal – otros'" expte. n° 4590/06, sentencia del 13/9/2006, citada por la Cámara— abona la posición del GCBA de no admitir que la actividad inmobiliaria y los intereses cobrados por pagos fuera de término, cuestionados en autos, sean sometidos al sistema del Convenio Multilateral.

De tal forma, el pago efectuado por la parte actora bajo un régimen que no era el que correspondía no permite afirmar que la exigencia del fisco acreedor de cancelar la deuda pueda considerarse "doble imposición" o lesiva del derecho de propiedad.

7. En consecuencia, corresponde rechazar el recurso de queja interpuesto por SENIPEX S.A.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez Julio B. J. Maier.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La queja articulada a fs. 129/145 debe ser rechazada porque no demuestra que el pronunciamiento a cuya revisión se aspira comprometa la

interpretación o aplicación de cláusulas de la CN y/o de la CCBA, como lo exige el art. 27 de la LPT.

2. En efecto, la discrepancia de la parte actora con la inteligencia asignada al Convenio Multilateral, no suscita por sí la intervención del Tribunal en la vía intentada, porque la sentencia impugnada, más allá de su acierto o error, no pone en juego cuestión "constitucional local" o "federal" alguna (conf. TSJ *in re* "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Tottal Compression International INC. Suc. Bs. As. c/GCBA (DGR) s/recurso de apelación judicial c/decisiones DGR'", sentencia del 13/11/2002 y, en lo pertinente, *Fallos,* 306:480 y 311:2478).

3. Por su parte, el planteo formulado entorno a la vulneración del derecho de defensa, fundado en la violación del principio de congruencia, tampoco puede prosperar porque la recurrente no muestra que la omisión probatoria que le endilga el *a quo* se refiera a una cuestión ajena a las previsiblemente necesarias para resolver el pleito (v. gr. existencia de un proceso económico único que combinara la actividad ganadera e inmobiliaria).

4. Finalmente, ante el fracaso de las objeciones alzadas contra la interpretación asignada a la normativa en juego, no es posible sostener que exista relación directa entre el pronunciamiento atacado y el derecho de propiedad porque la recurrente no demuestra haber efectuado un pago válido, oponible al GCBA en relación con la obligación tributaria cuestionada.

En consecuencia, voto por rechazar la queja articulada por Compañía de Tierras Sud Argentino S.A.

El juez José O. Casás dijo:

1. El recurso de hecho, si fue bien interpuesto en tiempo y forma contra la sentencia definitiva del superior tribunal de la causa, no puede prosperar. Es que la quejosa no ha demostrado que la solución a la que se ha arribado en la anterior instancia importe una desviación palmaria de la regulación explícita e indubitable del Convenio Multilateral para evitar la Doble Imposición en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos.

2. En tal sentido, el planteo que se pretende traer a conocimiento de este estrado no constituye una cuestión constitucional en los términos requeridos por el art. 27 de la ley 402.

Adviértase, para así comprenderlo, que si bien el art. 9º, inc. d), de la ley 23.548 de Coparticipación Provincial de Impuestos Nacionales, establece que la adhesión de cada provincia se efectuará mediante una ley que disponga: Que continuarán aplicando las normas del convenio multilateral del 18/8/1977 sin perjuicio de ulteriores modificaciones o sustituciones de éste, adoptadas por unanimidad de los fiscos adheridos, lo que habilitaría la competencia del

Tribunal conforme a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: "El Cóndor Empresa de Transportes S.A. v. Provincia de Buenos Aires", sentencia del 7/12/2001, *Fallos,* 324:4226 —conf. consid. 8— (véase en igual sentido: *Fallos,* 327:1034, 1051, 1083, 1108; 1473; 328:3340, entre muchos otros), sería menester, además, que se hubiere incurrido en una desaplicación manifiesta de las precisas soluciones a que conduce la aludida regulación, en tanto fija las pautas para la distribución de la base imponible en el Impuesto sobre los Ingresos Brutos.

En el presente caso, la recurrente solamente ha podido invocar a este respecto pronunciamientos singulares de la Comisión Arbitral y del Plenario, que avalarían el criterio que sostiene, sin acreditar, por lo demás, que los hechos configurativos de los casos ocurrentes reconozcan identidad sustantiva con el de autos, particularmente en punto a si las actividades de que se trata constituyen en la especie un proceso único y económicamente inseparable que se desarrolle en dos o más jurisdicciones.

3. Vista la cuestión en los términos precedentes, tampoco se advierte una afectación a la garantía constitucional del derecho de defensa ni al principio de congruencia, más aún cuando los agravios sólo son consecuencia de la conducta discrecional de la recurrente que no articuló tempestivamente los remedios que pudo haber hecho valer ante la Comisión Arbitral, como de una defectuosa e insuficiente fundamentación del recurso ante este estrado.

4. Es que, en mi concepto, valga reiterarlo, sella la suerte adversa de la queja, no sólo el no haber acreditado la existencia de un caso constitucional hábil para incitar esta competencia; no haber llevado en tiempo útil la cuestión a la instancia arbitral respectiva, sino también no haber podido demostrar, al expresar agravios, que en el *sub lite* estamos en presencia de un proceso único y económicamente inseparable, tal como lo requiere el art. 1º del Convenio Multilateral.

5. Por otro lado, la doble imposición que podría llegar a consumarse frente a un cómputo parcialmente duplicado de la base imponible por la acción concurrente de otra jurisdicción local, no es, sino, consecuencia directa de que la contribuyente haya abonado el tributo conforme a las declaraciones juradas por ella elaboradas y presentadas, y será ella quien podrá intentar, llegado el caso, y de estar viva y expedita la vía pertinente, los reclamos y recursos de repetición que en derecho correspondan ante el fisco beneficiario del pago en exceso.

6. Cabe prevenir que la forma en que resuelvo no importa necesariamente compartir la solución escogida por la última instancia de mérito que, incluso, ponderó lo controversial de la cuestión —en el plano abstracto, y más allá de la significación de la base fáctica del contencioso, atendiendo a una teórica

pugna de apreciaciones que serían reconducibles a los enfoques de "convenio-actividad" versus "convenio-sujeto"— al momento de revocar la multa aplicada por la Administración, lo que me lleva a enfatizar, *obiter dicta*, la alta significación que tendría que las autoridades de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires como integrantes de la Comisión Arbitral, impulsaran en dicha sede el dictado de una resolución general interpretativa para evitar la incoherencia y el obrar contradictorio de las diversas jurisdicciones locales —que en su conjunto conforman un mismo Estado en sentido lato (valiéndome de la noción conceptual utilizada por el Tribunal cimero *in re*: "Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado v. Provincia de Buenos Aires", *Fallos,* 308:2153, considerando 10, sentencia del 13/11/1986)—, conjurando el riesgo, tanto de abusos fiscales, como de perjuicios recaudatorios. Para ello, me hago eco de las centenarias enseñanzas de Adam Smith, quien en 1776, en el libro quinto de su *Investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* recogió, entre las cuatro máximas de la imposición, el canon de la certeza, conforme al cual: "El impuesto que cada individuo está obligado a pagar [y me permito agregar, a quien corresponde se ingrese], debe ser cierto y no arbitrario... La certeza de lo que cada individuo tiene obligación de pagar [y a quién debe hacerlo] es cuestión de tanta importancia... que aun una desigualdad considerable en el modo de contribuir, no acarrea un mal tan grande —según la experiencia de muchas naciones— como la más leve incertidumbre en lo que se ha de pagar [y a quien corresponde efectivizar los pagos]" (*sic* —los agregados entre corchetes me pertenecen—, conf. ob. cit., libro quinto, capítulo II, parte II, en cualquiera de sus ediciones). Todo ello, tomando también como Norte una doctrina inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que asigna al principio de seguridad jurídica valor constitucional (conf. *Fallos,* 242:501; 243:465; 251:78; 253:47; 254:62; 316:3231; 317:218, entre muchos otros).

Es que, la Administración fiscal debe proceder —tal como lo dejó sentado tempranamente nuestro Máximo Tribunal en palabras señeras, con tradición y abolengo— de modo justo, moral, leal, franco y público en todos sus actos (conf. *in re*: "Don Manuel Ocampo con la Administración de Rentas del Rosario, sobre mercaderías embargadas" —*Fallos,* 10:203—, sentencia del 27/6/1871), atendiendo en este caso a la finalidad que inspiró la suscripción del Convenio Multilateral en sus diversas ediciones, esto es, a adoptar unánimemente y de buena fe por todos los sujetos impositores reglas claras y pasibles de una única lectura que destierren total y definitivamente la doble o múltiple imposición —como la eventual no tributación— en el actual impuesto sobre los ingresos brutos.

7. Por lo hasta aquí expuesto, propicio el rechazo de la queja interpuesta, sin perjuicio de la exhortación a las Autoridades Fiscales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires efectuada en el punto precedente.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja interpuesto en tiempo y forma es admisible.

La crítica al auto denegatorio orientada a demostrar la existencia de un caso constitucional es suficiente y adecuada a los términos en que la Cámara denegara el recurso de inconstitucionalidad.

2. Sin embargo, coincido plenamente con los precisos y razonados fundamentos expuestos por el juez de trámite para rechazar el recurso directo. En consecuencia, y por las mismas razones considero que debe declararse improcedente el recurso de inconstitucionalidad. Así voto.

Por ello, de acuerdo a lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la queja interpuesta por Compañía de Tierras Sud Argentino S.A. (antes Compañía SENIPEX S.A.).

2º. *Dar por perdido* el depósito de fs. 150.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con esta queja.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XCIV

"FINOLI, MICAELA C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Delegación de facultades legislativas. Reglamentos de ejecución. DISCRECIONALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: Principio de legalidad. Reserva de ley. Razonabilidad. CÓDIGO DE TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES: Licencia de conducir. Requisitos psicofísicos. Control difuso de constitucionalidad.

SUMARIOS:

1. Compete al legislador la conformación de la voluntad necesaria para establecer una política pública que, una vez establecida y para expandir su operatividad puede otorgar al Ejecutivo facultades que también podría ejercer pero

que, por razones prácticas, son más sencillas para la Administración cuando la actividad quedó convertida por la ley, por ejemplo, en una mera determinación técnica. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

2. Cuando se trata de establecer una política pública, es habitual verificar que la ley creadora se limita a enunciar principios básicos en los que se enmarcan sistemáticamente sus líneas directrices, dejando que un reglamento posterior precise todo el casuismo de desarrollo que puede exigir la situación particular o la compleja actuación del órgano de aplicación sobre ella, de modo que la ley aparece integrada por reglamentos de ejecución. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

3. Los requisitos psicofísicos previstos en el Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad con un grado de amplitud que la actora estima inconstitucional tienen como fin determinar la capacidad de los solicitantes para obtener la licencia de conducir, finalidad que impone límites a la Administración; que se ven robustecidos por el tipo de licencia que se quiera obtener, ordinaria o profesional, pero en todos los casos el fin al que deben apuntar las evaluaciones está determinado por la norma. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. No hay delegación de facultades legislativas vedada por la CCBA si el legislador reglamentó el ejercicio de derechos (trabajar y/o transitar), definiendo en forma suficiente el núcleo político de su decisión y el margen de acción que dejó librado al Poder Ejecutivo no excede el propio de los reglamentos de ejecución, competencia que, en la distribución de poderes el art. 102 de la CCBA, se asigna al Jefe de Gobierno. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. El establecimiento de requisitos para cada tipo licencia, podría requerir conocimientos específicos en el órgano emisor que, a su vez, pueden variar con cierta frecuencia, por lo que resulta aun más razonable que se opte por dejar un determinado margen de maniobra a la reglamentación. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

6. Cuando la autoridad legislativa deja un vacío que otorga cierta discrecionalidad a quien deberá llenarlo al momento de ejecutar la ley, conlleva la decisión de que sea el Poder Ejecutivo quien brinde la interpretación de la norma, y salvo en los casos en que abiertamente se contravenga el texto o fin de la ley, el Poder Judicial debe actuar con deferencia hacia la interpretación brindada por el ejecutor de la norma. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

7. Si la demanda no muestra que cierta amplitud en las pautas fijadas por el legislador sean inapropiadas para la consecución del fin legislativo ni ellas aparecen como manifiestamente irrazonables, el control judicial no puede reemplazar con criterios propios los seleccionados por el legislador al emitir la ley y por el Poder Ejecutivo al ejecutarla, por lo que cabe rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

8. Aun cuando pudiera afirmarse que la mera mención de un "examen psicofísico", contenida en las normas permite cierto margen de discrecionalidad a la autoridad administrativa, lo cierto es que la actora no demuestra que esa referencia resulte, en el marco normativo en que se inserta, irrazonable, o que permita a la Administración el rechazo infundado de un pedido de licencia para conducir o que impida a los jueces efectuar un control sobre la adecuación constitucional de una decisión administrativa en los casos que les fueran presentados a su consideración (control difuso de constitucionalidad). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

9. La mención del art. 11 de la CCBA no encuentra sustento si las normas en crisis no incluyen entre sus prescripciones distinciones que, a partir de la consideración de ciertos factores, puedan responder a prejuicios o estereotipos que tengan por efecto excluir del legítimo ejercicio de un derecho a un grupo o categoría de personas y, por ello, se vean afectadas de una presunción de inconstitucionalidad. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

10. Existen situaciones en las cuales es necesario recurrir, para completar eficazmente la norma, a especificaciones o determinaciones de índole técnica o propias de una materia ajena por completo a las competencias del legislador, circunstancia que se verifica con el examen psicofísico previsto para obtener la licencia de conductor de un vehículo. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

11. Es razonable el mecanismo que permite la integración de la ley —cuya política central ha sido fijada y definida en sede legislativa— con la reglamentación que emane del Poder Ejecutivo, en especial si las pautas legislativas son suficientemente claras como para limitar la discrecionalidad administrativa entre márgenes previamente establecidos por el cuerpo que concede la facultad, aceptables desde el punto de vista de la resignación de atribuciones. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

12. El mero desacuerdo con el contenido de una norma o la preferencia por otra regulación posible están fuera del marco del control de constitucionalidad y deben ser canalizados a través del proceso político regular. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

13. En el marco de la acción prevista en el art. 113, inc. 2°, CCBA, el Tribunal, como legislador negativo, tiene facultades para expulsar del ordenamiento las reglas de carácter general irritas, irrazonables o palmariamente desatinadas desde el punto de vista constitucional, pero no para invalidarlas porque ellas no desarrollan con la profundidad pretendida por un quejoso principios y valores constitucionales según él los concibe. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

14. En el contexto en que se enmarca el principio de legalidad reconocido a nivel constitucional —consolidado lentamente en el Estado de derecho, con

avances y retrocesos según la época—, no es posible constatar una exigencia general de reglamentación en los amplios términos sugeridos por la acción declarativa de inconstitucionalidad, donde se ha pasado por alto que la forma del sometimiento de la Administración a la ley puede ser diferente según los distintos ámbitos de la actuación administrativa. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

15. La vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, en cuyo mérito ella sólo puede desempeñarse en las materias para las que cuenta con autorización en forma inmediata o incluso mediata por habilitación de la ley, encuentra su raíz en el denominado principio de legalidad. *(Voto del señor juez José O. Casás*).

16. La relación entre la ley, su competencia privativa en determinadas materias —ley sancionada por el órgano constitucionalmente investido de la función legislativa— y las demás normas jurídicas que no tienen rango de ley y que carecen de la aptitud para regular tales competencias remite a la noción de "reserva de ley". *(Voto del señor juez José O. Casás).*

17. La ausencia de detalle de la ley en punto a los procedimientos específicos a los que deben ser sometidos los solicitantes de licencias de conductor no determina la invalidez de la norma reglamentaria objetada, pues esa indeterminación, por sí sola, no posee aptitud para lesionar, en abstracto, derechos constitucionales de los vecinos. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

18. Cualquier acto administrativo de aplicación que se considere ilegítimo puede ser controlado por la vía del control difuso en el marco de un "caso", "causa" o "controversia" judicial. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

Expte. n° 5851/08 - 15/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Micaela Finoli promueve demanda de inconstitucionalidad (fs. 1/17 vta.) en los términos de los arts. 113, inc. 2º, CCBA y 17 y ss. de la ley 402, a fin de que se declare la inconstitucionalidad de los arts. 3.2.8, inc. "h" y 3.2.14, incs. "a" y "c" del Anexo al Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aprobado por la ley 2148 y del art. 14, inc. "A.3" del Anexo I del dec. PEN 779/1995, que entiende aplicable en nuestro medio local en virtud del art. 2º de la mencionada ley, que dispone que "[l]a Ciudad Autónoma de Buenos Aires declara su plena integración y participación en el Sistema Nacional de Seguridad Vial aprobado en el dec. nac. 779/95 (*B.O.*: 28.281), reglamentario de la Ley Nacional de Tránsito y Seguridad Vial 24.449 (*B.O.*: 28.080)".

En sustancia, sostiene, que esas normas "se limitan a establecer la necesidad de aprobar 'un examen psicofísico' para obtener las licencias de conductor", pero no establecen cuál es el contenido, tipo o procedimiento específico de dicho examen ni tampoco pauta alguna de evaluación "a los fines de determinar en qué supuesto la administración considerará que una persona (...) no se encuentra en condiciones de obtener una licencia de conductor común o profesional" (fs. 9 vta. y 10).

Agrega que las normas atacadas, "debido a su excesiva vaguedad y latitud" (fs. 1), afectan el principio de legalidad consagrado por los arts. 14, 19 y 28, C.N.; art. 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y arts. 84, 102 y 103, CCBA y los derechos a trabajar, transitar libremente y a la "plena participación en la vida económica de la Ciudad, reconocidos en los arts. 14 de la C.N., 11 y 43 de la Constitución local" (fs. 1 vta.).

Sostiene también que "...aun cuando se alegara que dicha falta de precisión por parte de la ley puede quedar válidamente suplida por la reglamentación por parte del Poder Ejecutivo, en el caso dicha omisión no ha sido subsanada por el citado poder" (fs. 1 vta.).

Por último, considera que "la falta de pautas normativas generales, específicas y previsibles en esta materia también es violatoria del derecho a la tutela judicial efectiva (arts. 18 de la C.N., 8 y 25 de la Convención Americana), ya que impide a los tribunales determinar si la administración ha ejercido razonablemente sus facultades al denegar el otorgamiento de licencias de conductor por no haber superado el examen psicofísico en los casos concretos" (fs. 1 vta.).

2. El señor fiscal general dictaminó a fs. 32/35 propiciando sólo la admisibilidad formal de la acción respecto de los arts. 3.2.8, inc. "h" y 3.2.14, incs. "a" y "c" del Anexo al Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, puesto que, en su opinión, el art. 14, inc. 3º del dec. PEN 779-95 "no resulta ser una norma emanada de alguna autoridad de la ciudad" y "la accionante no ha atacado concretamente el art. 2º de la ley 2148".

3. Por resolución del 18/6/2008, el Tribunal declaró formalmente admisible la acción de inconstitucionalidad planteada y ordenó correr traslado de la demanda al señor Jefe de Gobierno (fs. 45).

4. A fs. 48/58 la representación del Gobierno de la Ciudad propició el rechazo íntegro de la acción interpuesta, por entender que: *1)* la actora no indica en qué forma se estaría produciendo la afectación de los derechos a trabajar, a transitar libremente, reconocidos en los arts. 14, C.N. y 11 y 43, CCBA; *2)* la demanda es autocontradictoria debido a que acciona contra una supuesta omisión legislativa pero no pide que se subsane las supuestas lagunas sino que solicita la

pérdida de vigencia de las normas; *3)* aun si se entiende que la actora reclama la subsanación de la omisión, la acción declarativa de inconstitucionalidad no es el procedimiento adecuado, ya que tiene como objeto hacer perder vigencia a las normas; *4)* de hacerse lugar a la pretensión el GCBA se vería impedido de ejercer control sobre las aptitudes de los conductores, lo que aumentaría los riesgos contra la salud y la vida de los vecinos y contradice el mandato impuesto por el art. 34, CCBA; *5)* la disposiciones impugnadas resultan razonables porque tienen en miras coordinar derechos reconocidos en la C.N., los pactos internacionales y la CCBA; *6)* la posición de la actora se basa en un desarrollo teórico pero no indica de qué forma los artículos impugnados entran en colisión; *7)* los derechos constitucionales no son absolutos sino que se ejercen de acuerdo a las leyes que los reglamentan y si estas son razonables no pueden ser objeto de impugnación constitucional; *8)* no se ve violado el principio de legalidad toda vez que es precisamente una ley de la legislatura la que dispone el requisito atacado; *9)* las normas atacadas no padecen de vaguedad y determinan suficientemente los aspectos a evaluar; y *10)* que el otorgamiento de licencias de conducir no es una actividad discrecional de la administración, sino que se encuentra reglada por la ley 2148 y, por remisión de esa norma, por la ley nacional 24.449, el dec. PEN 779/95 y la resolución STN nº 444/99 y su Anexo I.

5. El 25/8/2008 se dio intervención a la Fiscalía para que se expidiese sobre el fondo de la cuestión traída a debate (fs. 61).

A fs. 63/68 vta. dictaminó el fiscal general y opinó que la acción de inconstitucionalidad debía ser rechazada en todos sus términos. En su escrito, el fiscal general repasa las actuaciones y luego desarrolla los argumentos en base a los cuales propicia el rechazo de la acción. Para sustentar su postura argumenta que no existe una delegación legislativa inválida y que, en todo caso, en ese supuesto, debería atacarse la norma de alcance general emanada del Poder Ejecutivo que acarree ese vicio. Sostiene que si bien la ley impugnada podría haber tenido un mayor grado de minuciosidad, las normas atacadas establecen los requisitos en forma adecuada de un modo genérico, lo que permitiría el control entre la norma reglamentada y la reglamentaria. Agrega que esa suficiente precisión se refleja en que las normas cuestionadas pueden ser ejecutadas incluso sin ser previamente reglamentadas.

6. El 12/11/2008 se celebró la audiencia pública que prevé el art. 6º de la ley 402. Durante la audiencia, las partes reiteraron los planteos, ya formulados en los escritos de demanda y contestación. Por su parte, el fiscal general mantuvo la posición sustentada en su dictamen y subrayó que en la mayoría de las jurisdicciones provinciales la regulación contiene similares disposiciones.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La acción declarativa de inconstitucionalidad instaurada debe ser rechazada, ya que ninguno de los planteos que presenta logra demostrar la incompatibilidad de la norma impugnada con las que estima vulneradas.

2. El accionante se agravia, básicamente, del grado de precisión insuficiente, a su entender, con que está concebida la ley que regula el otorgamiento de las licencias de conducir. Sostiene que la forma de regulación resultante de la ley vulnera el principio de legalidad consagrado constitucionalmente y en instrumentos internacionales, que la remisión que la ley hace a disposiciones administrativas la torna inválida pues constituye una delegación de facultades legislativas, proscripta y/u otorga un excesivo margen de discrecionalidad a la Administración, lo que termina afectando también el derecho a la tutela judicial.

Entiende que la formulación empleada por la ley 2148 para introducir la aptitud psicofísica como requisito para otorgar la licencia, "[a]probar un examen psicofísico, en el que se determine su aptitud física, visual, auditiva y psíquica para conducir..." (inc. "h" del art. 3.2.8 del Anexo I de la ley 2148, al que remiten los incs. "a" y "c" del art. 3.2.14 de la misma norma), transfiere al Poder Ejecutivo un margen de discrecionalidad para otorgar la licencia que habilita a conducir que sólo puede ser llenado por el legislador, esto es, que no puede quedar librado al Poder Ejecutivo ni para ser aprovechado en cada supuesto de aplicación ni aunque fuera limitado mediante reglamento; y que la remisión "al procedimiento y criterios médicos de aptitud, neurológica, sensorial y física" previstos en el dec. PEN 779/95 no contribuye a sanear esta deficiencia.[12]

No cuestiona la actora, en cambio, el requerimiento del certificado del Registro Nacional de Reincidencia también impuesto por el art. 3.1.14, inc. c, ni los límites que establece con base en ese certificado para el otorgamiento de las licencias el art. 3.2.15.

3. Dos cuestiones conviven en el planteo de la actora. La primera de ellas se apoya en la garantía constitucional de que los derechos sean reglamentados, y por esa vía privados de la condición de absolutos, por el Poder Legislativo. Esto supone que la restricción tenga alcance general e igualitario y provenga del órgano que representa del modo más amplio la voluntad popular. A su turno, las

[12] Art. 14, inc. A.3: "[l]os exámenes de aptitud psicofísica serán realizados exclusivamente por el propio organismo expedidor o por prestadores de servicios médicos concesionados o habilitados especialmente para ello por la autoridad jurisdiccional, ajustándose en todos los casos al procedimiento y criterios médicos de aptitud, neurológica, sensorial y física".

restricciones deben estar dirigidas al razonable cumplimiento de una finalidad legislativa válida. En el caso, el derecho a conducir un vehículo automotor estaría restringido sin pauta legislativa concreta. La elegida, por excesivamente amplia, libraría el goce efectivo del derecho al arbitrio de la Administración. La segunda cuestión advierte que el Jefe de Gobierno ha omitido poner límite a la discrecionalidad de la Administración en aquello en que hubiere podido válidamente hacerlo.

4. Como dije, los planteos realizados por la actora nos llevan a analizar una situación habitual en la relación entre el ejercicio de la función legislativa y la administrativa. La ley 2184 contiene una norma general que sujeta el derecho a conducir un vehículo a la emisión de un acto administrativo consistente en otorgar licencia a quien acredita reunir ciertas condiciones y aptitudes, sobre cuya base el legislador concibe razonablemente seguro realizar dicha actividad. Entre estos requisitos debe mostrar una capacidad de utilizar los mecanismos que sirven para controlar el vehículo automotor, conocer las normas de tránsito para observarlas en todo momento, y una condición psicofísica adecuada. Sólo la formulación legal de este último recaudo viene discutida, pero, a los fines del análisis vale tener presente que los otros dos vienen indicados del modo siguiente en el art. 3.2.8 del Código de Tránsito: "*i)* Para su obtención por primera vez o en los casos especiales que determina este Código, concurrir al curso de capacitación dictado por la entidad otorgante o por quien ésta decida y, al finalizar el mismo, aprobar un examen teórico sobre conducción, normas de tránsito y prevención de accidentes viales de acuerdo a los contenidos del Manual del Conductor que se cita en el art. 3.4.3, y sobre detección de fallas en los elementos de seguridad del vehículo. En el caso especial de personas que no sepan leer textos en español, podrán obtener su licencia de conducir no profesional cumpliendo los requisitos de este inciso en su idioma, siempre que el material necesario para el curso y el examen se encuentre convenientemente traducido. A tal fin, el Jefe de Gobierno puede celebrar los convenios correspondientes con las representaciones diplomáticas de los países que lo deseen.// *j)* Para su obtención por primera vez o en los casos especiales que determina este Código, aprobar un examen práctico de idoneidad conductiva que incluya reacciones y defensas ante imprevistos, detención y arranque en pendientes y estacionamiento. Debe realizarse en un vehículo correspondiente a la clase de licencia solicitada, que además cumpla con todas las prescripciones legales de seguridad y documentación. Debe utilizarse un circuito de prueba o un área urbana de bajo riesgo. Si la entidad otorgante dispone de simuladores de manejo conductivo, debe aprobarse la prueba en ellos como fase previa a esta etapa". Por su parte, el inc. del art. 3.2.9, en su inc. d, dispone que "[s]i transcurrieron más de noventa (90) días corridos del vencimiento, aprobar nue-

vamente el examen teórico establecido en el inc. i) del art. 3.2.8, sin obligación de concurrir al curso de capacitación". En los tres casos, el legislador ha librado la determinación de algunos aspectos del examen a la Administración.

5. A propósito de la relación entre el ejercicio de las funciones legislativa y administrativa, vale recordar las consideraciones que vertimos en voto conjunto con los Dres. Conde y Casás en "Bidonde, Héctor y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 4807/06, sentencia del 18/7/2007 sostuvimos que:

"La circunstancia de que sea función del Poder Legislativo establecer legalmente una competencia no implica que deba o pueda asumir su ejercicio. Si este fuera el caso, la Legislatura podría prácticamente suprimir al Poder Ejecutivo al asumir por sí el ejercicio de las funciones que crea (conf. voto del juez Luis F. Lozano en la causa "ADC c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte n° 3103/04, sentencia del 31/3/2005).

No es dudoso que lo que compete al legislador es la conformación de la voluntad necesaria para establecer una política pública. Una vez establecida y para expandir su operatividad podrá, predeterminado el componente político aludido, otorgar al Ejecutivo facultades —depuradas de ese elemento— que también podría ejercer el legislador pero que, por razones prácticas, son más sencillas para la Administración cuando la actividad quedó convertida por la ley, por ejemplo, en una mera determinación técnica (v. gr. en materia tributaria fijar una alícuota de interés dentro del margen establecido por la ley formal). Sin embargo, depurar el componente político no es idéntico a eliminar toda discrecionalidad, el grado en que esta última es tolerable, encuentra como límite la situación en la que la libertad de acción implica, para el legislador, un recorte de sus atribuciones.

A ello se suma que, cuando de establecer una política pública se trata, es habitual verificar que la ley creadora se limita a enunciar principios básicos en los que poder enmarcar sistemáticamente sus líneas directrices, dejando que un reglamento posterior precise todo el casuismo de desarrollo que puede exigir la situación particular o la compleja actuación del órgano de aplicación sobre ella. Cuando esto sucede la ley aparece integrada por reglamentos de ejecución. Frecuentemente, estos reglamentos son dictados en virtud de remisiones de la misma ley. Conviene recordar que "[l]os reglamentos de ejecución tienen por objeto completar las leyes; establecen las normas necesarias para hacer posible su ejecución; regulan los detalles indispensables para asegurar no sólo su cumplimiento sino también los fines que se propuso el legislador (Enrique Sayagués Laso, 'Tratado de derecho administrativo', t. I, Montevideo, 1959, p. 127). El reglamento de ejecución prosigue la actividad legislativa ya formulada, el delegado suple la actividad que se ha querido diferir (Bielsa, Rafael

,'Derecho administrativo', t. II, 5ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1955, p. 188). La ejecución de la ley por vía reglamentaria es un mecanismo para enfrentar la imperiosa necesidad práctica de colaborar con la ley que, por su naturaleza abstracta y de formación lenta, prescinde del casuismo, detalles y tecnicismos particulares de cada caso (Ernest Forsthoff, 'Tratado de derecho administrativo', Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, p. 191; Marcel Waline, 'Traité Élémentaire de Droit Administratif', 5ª ed., Recueil-Sirey, Toulouse, 1949, p. 37; Fernando Garrido Falla, 'Tratado de derecho administrativo', vol. I, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos Madrid, 1964, p. 252; Carlos M. Grecco, 'Impugnación de Disposiciones Reglamentarias', Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988, p. 34)" (conf. TSJ en "Express Rent à Car S.A. y otros c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 1222/01, sentencia de 16/7/2002 en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. IV, 2002, pp. 290/318).

6. Para establecer la validez de los preceptos impugnados, corresponde analizarlos a la luz de los lineamientos que surgen del precedente "Bidonde", citado en el punto anterior.

7. Las normas del Código de Tránsito cuestionadas en autos son el inc. h del art 3.2.8 que dispone que para obtener la licencia se debe "[a]probar un examen médico psicofísico, en el que se determine su aptitud física, visual, auditiva y psíquica para conducir" y los incs. a y c del art. 3.2.14 que establece exigencias similares para el caso de los conductores profesionales de la siguiente forma: inc. a), "[e]l titular de una licencia de conductor de la clase C, D o E, tiene el carácter de conductor profesional. Para que le sea expedida la misma se debe acreditar antigüedad mayor a un (1) año en la clase B, realizar los cursos y aprobar los exámenes correspondientes" e inc. c), "[p]ara obtener la licencia de la clase D y sin perjuicio de los requisitos establecidos en el art. 3.2.8, el solicitante debe acompañar el certificado de antecedentes penales expedido por el Registro Nacional de Reincidencia, denegándosele su otorgamiento en los casos que se establecen en el art. 3.2.15".

8. El recaudo previsto en el punto 3.2.8., inc. h) del Anexo de la ley 2148 contiene elementos que circunscriben la discrecionalidad administrativa. Por una parte, dos parámetros comprensivos de todo examen, debe ser médico y de aptitud para conducir. Ello significa que el criterio para relacionar los datos de estado físico, psíquico, agudeza visual y auditiva relevados deben ser apreciados a la luz de los criterios fundados en la ciencia médica. A su vez, esa apreciación debe estar vinculada con la aptitud para conducir vehículos de la especie que contempla esta ley, esto es, no se trata de establecer una condición física adecuada para practicar deporte ni una condición psíquica que se estima satisfactoria para guiar espiritualmente a un grupo de niños. Se trata de

establecer cuál es la condición del aspirante a conductor en ciertos aspectos o variables que los conocimientos médicos justifican vincular con la capacidad de controlar y dirigir el vehículo contemplando las posibilidades del propio vehículo (como, por ejemplo, velocidad, tamaño o peso), de los otros que pueden componer el entorno en el cual se desenvolvería potencialmente aquel que aspira a conducir el postulante, el tiempo durante el cual presumiblemente se mantendrán esas condiciones, etc. En términos más concretos, ello significa una capacidad visual y auditiva acorde con la velocidad siempre en aumento de los vehículos, el tipo de señales auditivas que se espera interprete el conductor, su serenidad de juicio para tomar decisiones prudentes, las situaciones físicas que pueden alterar estas capacidades en ocasiones previsibles, etc. Finalmente, los datos relevados deberán ser apreciados globalmente, esto es, no solamente dentro de qué rango se mueve cada uno de ellos sino qué significa su combinación en una persona. No es lo mismo tener una vista pobre, pero suficiente, que sumarle a ello una diabetes incipiente, por dar un ejemplo que aprovecha conocimientos que están en el dominio público, al solo fin ilustrativo y sin que ello suponga olvidar lo complejo que puede ser emitir una opinión respaldada en la ciencia médica.

9. Es probable que expedirse acerca de esta aptitud psicofísica de un individuo pueda requerir decisiones de esas que importan optar entre alternativas a cuyo respecto no existen soluciones únicas. Ello puede generar la necesidad de que una norma brinde una solución uniforme para todos los solicitantes de licencias; pero, esa circunstancia no implica que la opción sea política, bien puede ocurrir que se mueva en algún campo de incertidumbre científica. Esto puede ser cubierto por una reglamentación. De cualquier modo, esta cuestión no forma parte del planteo de la actora ni, por lo demás, como veremos más adelante, la ausencia de una reglamentación tampoco puede llevar a admitir la demanda.

10. Como dije, los requisitos psicofísicos previstos en la ley con un grado de amplitud que la actora estima inconstitucional tienen como fin determinar la capacidad de los solicitantes para obtener la licencia de conducir. Esa finalidad impone límites a la Administración; límites que se ven robustecidos por el tipo de licencia que se quiera obtener, ordinaria (art. 3.2.8, inc. h) o profesional (art. 3.2.14, incs. a y c). Ese examen "psicofísico", que debe tener como fin determinar la "aptitud física, visual, auditiva y psíquica para conducir", estará orientado para la clase de licencia solicitada. En las licencias profesionales a ello se agrega el deber legal de "realizar los cursos y aprobar los exámenes correspondientes". En todos los casos el fin al que deben apuntar las evaluaciones esta determinado por la norma. En uno, tener capacidad para conducir un vehículo ordinario y en el otro para conducir vehículos con características especiales; en este último

caso las condiciones podrían variar según los requerimientos de la conducción a que habilite cada tipo de licencia profesional (C, D o E).

De acuerdo con lo dicho en el párrafo anterior, la ley también brinda parámetros que restringen el accionar de la Administración mediante las especificaciones de cada tipo de licencia. El art. 3.2.2 del Código de Tránsito, en lo que aquí importa, dispone que: "[l]as licencias de conductor pueden ser:// Clase A: Para motovehículos. Cuando se trate de motovehículos con motores de más de ciento cincuenta (150) centímetros cúbicos de cilindrada, el solicitante debe acreditar que por el término de dos años estuvo habilitado para conducir motovehículos de menor potencia, excepto los mayores de veintiún (21) años.// Clase B: Para automóviles, casas rodantes y camionetas, con acoplado cuyo peso no exceda los setecientos cincuenta (750) kilogramos de peso.// Clase C: Para camiones sin acoplado y los comprendidos en la clase B.// Clase D: Para los vehículos destinados al servicio de transporte de pasajeros, emergencia, seguridad y transporte de escolares, este último con el alcance establecido en el art. 8.1.1 del presente Código, y los comprendidos en la clase B o C, según el caso.// Clase E: Para camiones articulados o con acoplado, maquinaria especial no agrícola y los comprendidos en la clase B y C".

11. Cabe agregar que las normas impugnadas están inmersas en el contexto de las normas nacionales y locales que regulan el tránsito vehicular. Tal como dispone el art. 1.1.1 del Código de Tránsito de la Ciudad: "[l]as disposiciones de este Código y sus normas reglamentarias tienen como objetivo básico la utilización adecuada y segura de la vía pública por parte de los distintos usuarios que circulan por ella, en un marco de respeto mutuo, propendiendo a la preservación del medio ambiente, a la eliminación de barreras arquitectónicas y urbanísticas que impidan el desplazamiento de las personas y a la educación para una correcta prevención vial". Esa disposición también impone parámetros a la actuación del Poder Ejecutivo, pues podrán ser atacados tanto los actos particulares como las normas generales que no propendan a los fines especificados.

12. En suma, tal como surge de la descripción de la norma realizada en los puntos anteriores, el Código de Tránsito respeta los estándares expuestos en el citado precedente "Bidonde". En efecto, el legislador reglamentó el ejercicio de derechos (trabajar y/o transitar), definiendo en forma suficiente el núcleo político de su decisión. El margen de acción que dejó librado al Poder Ejecutivo no excede el propio de los reglamentos de ejecución, competencia que, en la distribución de poderes el art. 102 de la CCBA, se asigna al Jefe de Gobierno. De acuerdo con el desarrollo realizado, no puede verse aquí una delegación de facultades legislativas, vedadas por la CCBA.

13. Establecido que el margen librado al Poder Ejecutivo se mantiene dentro del de los reglamentos de ejecución, vale recordar las dificultades que tendría

el Poder Legislativo para regular en cuestiones muy técnicas y que requieren una adaptación más o menos continua o permanente (véase "Bidonde" y sus citas). En el caso que nos ocupa, el establecimiento de los requisitos para cada tipo licencia, además, podría requerir conocimientos específicos en el órgano emisor que, a su vez, pueden variar con cierta frecuencia, por lo que resulta aún más razonable que se opte por dejar un determinado margen de maniobra a la reglamentación. No es necesario ser un experto en mecánica para saber que, por ejemplo, la velocidad de los automóviles, su capacidad de frenado, o los tipos dirección, entre otras características, varían constantemente. Sí se requiere, en cambio, un conocimiento específico para poder determinar cuál es la influencia de los adelantos que se producen en la materia sobre el tráfico así como su influencia sobre las capacidades de los conductores, el tránsito, etc., así como también parece aconsejable que la posibilidad de adaptación de las normas a esas vicisitudes quede en manos de un órgano con capacidad para responder con suficiente velocidad, siempre que, como en el caso, se respeten los límites constitucionales.

14. La CSJN sostuvo una postura semejante en el precedente "Carmelo Prattico" (*Fallos,* 246:345) donde avaló la una ley que otorgaba al Poder Ejecutivo la facultad de fijar salarios mínimos. Si bien, en el punto que nos ocupa, la división de poderes a nivel federal posee algunas diferencias con la establecida en la CCBA, los parámetros planteados por la Corte Suprema, sirven para determinar cuál es el límite que tiene el legislador a la hora de legislar y dejar un margen para las reglamentaciones del Poder Ejecutivo. En el mencionado precedente, la Corte sostuvo que "...tratándose de materias que presentan contornos o aspectos tan peculiares, distintos y variables que al legislador no le sea posible prever anticipadamente la manifestación concreta que tendrán en los hechos, no puede juzgarse inválido, en principio, el reconocimiento legal de atribuciones que queden libradas al arbitrio razonable del órgano ejecutivo, siempre que la política legislativa haya sido claramente establecida [...] Y ello, habida cuenta de que, en tales supuestos, ese órgano no recibe una delegación proscripta por los principios constitucionales, sino que, al contrario, es habilitado para el ejercicio de la potestad reglamentaria que le es propia (art. 86, inc. 2°), cuya mayor o menor extensión depende del uso que de la misma potestad haya hecho el Poder Legislativo (*Fallos,* 148:430, consids. 12 y 15; t. 199, p. 483, consid. 11, y otros).// Que así corresponde entenderlo en la especie, sobre todo en atención a que el problema debatido es de aquellos que demandaban una particular celeridad en la acción, a fin de que no se frustrara el designio [...] Y requiere, asimismo, el conocimiento de datos o factores acerca de los cuales es natural que la autoridad administrativa posea una más completa información, obtenida merced a su contacto cotidiano e inmediato con la realidad económica y social del país".

Más recientemente nuestra Corte federal, con cita de su par estadounidense, destacó que "'El principio fundamental de la doctrina de la delegación es que la función legislativa pertenece al Congreso... y no puede ser transferida a otra rama del gobierno u organismo. Este principio no significa, sin embargo, que solamente el Congreso puede dictar reglas de seguimiento obligatorio (*prospective rules*). Imponer al Congreso la carga de diseñar toda norma federal, implicaría distraerlo de temas más acuciantes y malograr el designio de los constituyentes de un Gobierno nacional efectivo.// Y, más adelante: 'Esta Corte ha establecido desde antiguo que el Congreso debe tener permitido delegar en otros al menos alguna autoridad que éstos puedan ejercer por sí mismos. La auténtica distinción... es entre la delegación del poder para hacer la ley, que necesariamente involucra discrecionalidad en cuanto a cómo ella debe ser, y conferir autoridad o discrecionalidad en cuanto a su ejecución, para ser ejercida bajo la ley y en función de ella. Lo primero no puede hacerse, lo último no merece ninguna objeción válida' ("Loving v. United States", 527 U.S. 748, 758 (1996)).// Sin embargo, aclaró que 'no es suficiente decir que el Congreso manifestó por acto legislativo un principio inteligible al cual la persona o cuerpo autorizado tiene que conformarse. La regla del principio inteligible busca hacer la idea de que el Congreso no puede delegar el poder de hacer leyes y, por ende, puede delegar no más que el poder de decidir los programas y medida que pongan en práctica sus leyes' (527 U.S. 748, 771)" ("Colegio Público de Abogados de Capital Federal c/EN - PEN - ley 25.414 - dto. 1204/01 s/amparo", sentencia del 4/11/2008, registrada como C. 2701. XL).

Vale señalar que no cabe extender el reconocimiento de facultades al Poder Ejecutivo estadounidense de igual manera a cualquier poder ejecutivo ni a cualquier campo de aquellos en que interviene. El mencionado precedente "Loving" versa acerca de la aplicación del régimen disciplinario militar, supuesto en que su potestad de Comandante en Jefe de las FF.AA. eleva el poder reglamentario en su máxima intensidad. El caso que nos ocupa es, por cierto, bien distinto, pero, ello no implica que no pueda reglamentar; y, por lo demás, la actora cuestiona en parte la omisión de hacerlo, aunque sin indicar qué elementos faltarían a la mención legislativa de los certificados de aptitud psicofísica.

15. La Corte Suprema de los Estados Unidos de América también se pronunció en sentido similar a lo que vengo sosteniendo, en el caso "Chevron". Allí, convalidó la posibilidad de que las leyes dejen librado a la decisión de una agencia del Poder Ejecutivo el establecimiento de cuestiones, incluso en casos en que sea necesario balancear intereses atendidos por la ley pero que se encuentren contrapuestos. En ese precedente sostuvo que "[e]n la medida en que la 'intención' del Congreso pueda ser discernida del lenguaje de la ley, parecerá que un listado de términos solapados e ilustrativos tiende a ampliar

en lugar de limitar el ámbito de poder de la EPA para regular las fuentes particulares [de emisión de gas] con la intención de ejecutar las políticas de la Ley de Aire Limpio [Clear Air Act]. Del mismo modo, la historia legislativa es coherente con la visión de que la EPA debe tener amplia discrecionalidad en la aplicación de las políticas de la reforma de 1977 [1977 Amendments]. La definición de *plantiwide* es plenamente coherente con la política de permitir un margen razonable de crecimiento económico, y la EPA ha avanzado en una explicación razonable para la conclusión de que los reglamentos también satisfacen a los objetivos ambientales. El hecho de que la EPA haya cambiado con el tiempo su interpretación del término 'fuente' no conduce a la conclusión de que no deba concederse deferencia a la interpretación de la ley realizada por la EPA. Al realizar una reglamentación, una agencia considerar interpretaciones variables y la sabiduría de su política depende de una base constante. La política concerniente al concepto de 'burbuja' debe depositarse en los legisladores o administradores, no en los jueces. La interpretación de las leyes realizada por la EPA representa un razonable balance de intereses manifiestamente contrapuestos y tiene derecho a la deferencia".[13]

Mediante este precedente, la Corte estadounidense no dejó de lado la doctrina del estándar inteligible (*standard intelligible*) pero sí sostuvo que resulta válido que el Poder Ejecutivo realice el balance entre dos fines que coliden (*competings ends*).

También surge de fallo comentado que la interpretación realizada por la autoridad que recibe la facultad de emitir una norma de rango general supeditada a la ley (o sea, quien ejerce la facultad delegada o reglamentaria) debe ser objeto de deferencia por parte de los jueces. Cuando la autoridad legislativa deja un vacío que otorga cierta discrecionalidad a quien deberá llenarlo al momento de ejecutar la ley, conlleva la decisión de que sea el Poder Ejecutivo quien brinde

[13] En idioma original: "[t]o the extent any congressional 'intent' can be discerned from the statutory language, it would appear that the listing of overlapping, illustrative terms was intended to enlarge, rather than to confine, the scope of the EPA's power to regulate particular sources in order to effectuate the policies of the Clean Air Act. Similarly, the legislative history is consistent with the view that the EPA should have broad discretion in implementing the policies of the 1977 Amendments. The plantwide definition is fully consistent with the policy of allowing reasonable economic growth, and the EPA has advanced a reasonable explanation for its conclusion that the regulations serve environmental objectives as well. The fact that the EPA has from time to time changed its interpretation of the term 'source' does not lead to the conclusion that no deference should be accorded the EPA's interpretation of the statute. An agency, to engage in informed rulemaking, must consider varying interpretations and the wisdom of its policy on a continuing basis. Policy arguments concerning the 'bubble concept' should be addressed to legislators or administrators, not to judges. The EPA's interpretation of the statute here represents a reasonable accommodation of manifestly competing interests and is entitled to deference".

la interpretación de la norma. Por ello, salvo en los casos en que abiertamente se contravenga el texto o fin de la ley, el Poder Judicial debe actuar con deferencia hacia la interpretación brindada por el ejecutor de la norma.

Por otro lado, esta idea obtiene apoyo en la fuente del poder del órgano que emite la norma de alcance general. Ya sea que se trate de una agencia o, directamente, del Presidente, en ambos casos existe una relación más o menos remota con la voluntad popular, pues esos funcionarios son, con diferentes grados de inmediatez, elegidos por el pueblo o elegidos por quien obtuvo el voto popular. En la Ciudad de Buenos Aires, la facultad de reglamentar las leyes está puesta en cabeza del Jefe de Gobierno que es elegido en forma directa por el voto de los ciudadanos. Es cierto que los miembros el Poder Ejecutivo, en ambos casos, a diferencia de lo que sucede con el Poder Legislativo, sólo representan a una porción del pueblo. Sin embargo, esa representación popular es, en cualquier supuesto, siempre mayor y más inmediata que la de los jueces, cuya función les requiere, justamente, estar distantes de los requerimientos de las mayorías electorales.

16. A su vez, la cuestión bajo análisis tiene fuertes puntos de contacto con lo que, en la doctrina española, ha sido denominado como "deslegalización" (véase García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón: *Curso de derecho administrativo I*, Thomson Civitas, La Ley, 1ª ed. argentina, 2006, pp. 277/281). Nuestra Constitución otorga la facultad de dictar normas de alcance general tanto al Poder Legislativo como al Ejecutivo. En el caso del primero, se trata de su principal función. En el caso del segundo, esta se encuentra subordinada a la forma en que la legislatura haya hecho uso de su facultad, pues le está encomendada la reglamentación de las leyes en el art. 102, CCBA. Ello sin perjuicio del límite impuesto por nuestra norma fundamental, que establece un núcleo de competencias reservado por el principio de legalidad. En otras palabras, tanto el Poder Legislativo como el Ejecutivo, dentro de sus respectivos ámbitos, pueden dictar normas de alcance general. Esas competencias se superponen en muchos casos. De acuerdo a la jerarquía dentro de la pirámide jurídica, en esa intersección prevalecerán las reglas emanadas del Legislativo y, por ello, éste podrá decidir qué margen de actuación deja al Ejecutivo, aunque siempre con el límite que la propia Constitución impone a ambos poderes mediante el principio de legalidad.

17. De acuerdo con lo expuesto, cabe concluir que la actora no demuestra que las normas impugnadas incumplan con la misión que corresponde al Poder Legislativo de imponer las pautas básicas y las definiciones políticas en la materia. Es el propio Poder Legislativo al que corresponde interpretar, en primer término, cuál es el modo de llevar a cabo la regulación de la circulación vial (*Fallos,* 53:420). Por su parte, en tanto la demanda no muestra que cierta amplitud

en las pautas fijadas por el legislador sean inapropiadas para la consecución del fin legislativo ni ellas aparecen como manifiestamente irrazonables, el control judicial no podría servir para reemplazar con criterios propios los seleccionados por el legislador al emitir la ley y por el Poder Ejecutivo al ejecutarla.

Vale señalar a este respecto que no es sencillo comprender cuál es la solución que solicita la actora; y tampoco lo es, en verdad, buscar una solución que satisfaga sus preocupaciones. Aquella consistente en declarar inconstitucional la norma dejaría abierta la posibilidad de obtener licencia sin examen psicofísico de especie alguna. Esta dificultad no existiría si, en el marco del control difuso, la persona a quien se hubiera denegado la licencia por una razón física o psíquica que estimare inválida mostrase que puede conducir adecuadamente no obstante su condición psicofísica. Finalmente, en este proceso no se busca eliminar algún hipotético requisito discriminatorio.

En definitiva, el límite a la esfera de libertad de los individuos, en el caso la libertad ambulatoria o la de trabajar, viene impuesto por la norma legislativa, mientras que la reglamentación solo podrá establecer los requisitos específicos para cada tipo de necesidad.

18. El hecho de que en uso de sus propias facultades constitucionales el Poder Ejecutivo pueda reglamentar con mayor precisión las normas impugnadas no puede afectar la validez de la ley que se cuestiona. En otras palabras, la omisión de reglamentación de la ley, aún cuando ello resulte deseable, no implica que la ley no supere los estándares que impone el principio de legalidad.

En todo caso esa argumentación podría servir de base para cuestionar la actuación de la Administración en casos concretos, tal como lo avala la jurisprudencia estadounidense que la propia accionante cita. Situaciones de esta especie no pueden ser ventiladas mediante una acción declarativa de inconstitucionalidad debido a que no existe norma general que impugna, sino en todo caso que lo que se cuestiona es la omisión en el dictado de una norma de esa especie.

19. En resumen, la ley en cuestión brinda parámetros como para encausar en forma adecuada el accionar del Poder Ejecutivo que no se muestran insuficientes. A su turno, ofrece una base adecuada para que el Poder Ejecutivo encauce eventualmente la acreditación de la aptitud de que se trata mediante el dictado de normas reglamentarias.

Por las consideraciones expuestas, voto por rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad obrante.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Los argumentos expuestos en la presentación que interpusiera Micaela Finoli (fs. 1/17) y las consideraciones que fueron traídas a la audiencia publica del 12/11/2008 conforman el marco en el cual habré de abordar la pretensión deducida.

Anticipo que, por las razones que expongo en los apartados que siguen, considero que la acción debe ser rechazada.

2. Micaela Finoli promovió acción declarativa de inconstitucionalidad a fin de que el Tribunal declare la inconstitucionalidad de los arts. 3.2.8 inc. "h" y 3.2.14 incs. "a" y "c" de anexo de la ley 2148 (Código de Tránsito y Transporte de la CABA) y, subsidiariamente, la inconstitucionalidad del art. 14, inc. "A.3" del anexo I del dec. nac. 779/1.995 (art. 2º de la ley 2148).

3. Los agravios de la actora refieren tanto a la afectación del principio de legalidad formal (arts. 14, 19 y 28 de la C.N., 30 de la CADH y, 84, 102 y 103 de la CCBA) como a la vulneración de los derechos individuales y garantías que consagran los arts. 14 y 18 de la C.N., 8º y 25 de la CADH y, 11 y 43 de la CCBA.

La accionante sostiene la ausencia total de determinación normativa en relación con el contenido del "examen psicofísico" al que aluden las disposiciones impugnadas y la falta de estándares que precisen los supuestos en los que la autoridad de aplicación podría denegar una licencia de conducir con sustento en las aptitudes psicofísicas del peticionante. Señala que dicha deficiencia normativa conlleva el ejercicio de facultades discrecionales irrestrictas por parte de la Administración e impide a los jueces efectuar el control de constitucionalidad de sus actos, afectando derechos constitucionales de los habitantes de la Ciudad.

4. La actora sostuvo especialmente la necesidad de que las restricciones a derechos individuales estuviesen establecidas en la ley. La ley 2148 (Código de Tránsito y Transporte de la CABA) fue sancionada por la Legislatura local el 16/11/2006 y publicada en el *Boletín Oficial* de la CABA nº 2615 el 30/1/2007. Por ello, no resulta acertada la impugnación de los arts. 3.2.8, inc. "h" y 3.2.14 incs. "a" y "c" de anexo de la ley 2148 que se funda en la afectación del principio de legalidad formal ya que aquellas disposiciones —como se ve— lo acatan.

Aun cuando pudiera afirmarse que la mera mención de un "examen psicofísico" contenida en las normas (artículos pertinentes de la ley 2148 y del dec. 779/1995) permite cierto margen de discrecionalidad a la autoridad administrativa, lo cierto es que la actora no demuestra que esa referencia resulte, en el marco normativo en que se inserta, irrazonable, o que permita a la Administración el rechazo infundado de un pedido de licencia o, finalmente, que impida a los jueces efectuar un control sobre la adecuación constitucional de una decisión administrativa en los casos que les fueran presentados a su consideración (control difuso de constitucionalidad).

Por ello, la impugnación intentada no puede prosperar en este punto.

5. En orden a la denuncia de violación de derechos individuales, no se advierte, ni la accionante explica, cómo —en el marco de un proceso abstracto de

constitucionalidad— las normas en crisis afectan los derechos constitucionales que dice vulnerados (véase primer párrafo del apartado tercero de este voto).

La mención del art. 11 de la CCBA no encuentra sustento si se tiene en cuenta que las normas en crisis, en lo que es materia de la presente acción, no incluyen entre sus prescripciones distinciones que, a partir de la consideración de ciertos factores, puedan responder a prejuicios o estereotipos que tengan por efecto excluir del legítimo ejercicio de un derecho a un grupo o categoría de personas y, por ello, se vean afectadas de una presunción de inconstitucionalidad.

La referencia a la garantía de la tutela judicial efectiva también es inconducente a los fines de esta acción pues la expresión legal que la accionante cuestiona por imprecisa, no obstruye el acceso a la jurisdicción ni frustra los derechos de quienes, eventualmente, pudieran considerarse afectados por alguna de las prescripciones objetadas. Y, ello pues disponen de todas las vías judiciales que resulten pertinentes para desvirtuar las razones que brindara la Administración en apoyo de la decisión denegatoria o bien, para impugnar un acto administrativo por ausencia motivación, mediante el ofrecimiento de pruebas, etc. Y, además —como dije en el apartado cuarto— las normas cuestionadas no impiden a los jueces efectuar el control difuso de constitucionalidad (art. 106 de la CCBA).

De modo que, los planteos precedentemente indicados tampoco permiten el progreso de la demanda.

6. Los defectos de fundamentación señalados más arriba no pueden ser suplidos por la abundante transcripción de fragmentos jurisprudenciales que contiene la presentación en análisis. Los fallos que la actora cita fueron dictados en procesos donde se ventilaban causas y, como lo enfatizara reiteradamente el Tribunal, no puede confundirse el control concentrado y abstracto de constitucionalidad, a su cargo, con el control difuso que, reconocido a todos los jueces, se orienta al dictado de sentencias en las que son valoradas situaciones jurídicas individuales ("Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires", expte. nº 49/99, resolución del 16/6/1999, entre otros).

Y, si las referencias jurisprudenciales han sido introducidas para fijar criterios de adecuación constitucional, la actora debió desarrollarlos de un modo más circunstanciado y mostrar que daban sustento a su impugnación en el marco de la acción prevista en el art. 113, inc. 2º de la CCBA.

7. Por ello, voto por rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad que dedujera Micaela Finoli a fs. 1/17.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero al voto del juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano, por compartir sustancialmente los argumentos que lo fundan.

2. Tal como ha sido presentada, la cuestión cuyo debate constitucional se propicia involucra una relación de gobierno, es decir una relación de interconexión entra las tareas específicas del Poder Ejecutivo y las del Poder Legislativo. Como bien lo señala el juez preopinante en el punto 5 de su voto, el tema ya fue objeto de tratamiento en una sentencia dictada por este Tribunal, quedando fijado así el marco jurídico que encuadra las situaciones como las de esta causa, en las que si bien la Legislatura establece una determinada política pública, al sancionar la ley que la contiene, otorga al Ejecutivo facultades para que —mediante reglamentación— la complete, regulando los múltiples detalles que hacen posible su ejecución por parte de la Administración (conf. voto conjunto con los Dres. Lozano y Casás en autos "Bidonde, Héctor y otro c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. 4807/06, sentencia del 18/7/2007, ya transcripto en lo pertinente por el Dr. Lozano en su voto).

En especial, debe tenerse en cuenta que existen situaciones en las cuales es necesario recurrir, para completar eficazmente la norma, a especificaciones o determinaciones de índole técnica o propias de una materia ajena por completo a las competencias del legislador. Tal es el caso de lo que ocurre con el examen psicofísico previsto para obtener la licencia de conductor de un vehículo. En efecto, la propia norma impugnada señala que el mencionado examen psicofísico es un estudio de carácter "médico", en el que se debe determinar la aptitud física, visual, auditiva y psíquica de una persona para conducir vehículos (punto 3.2.8, inc. "h" del Anexo al Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires) lo que lleva implícita una valoración científica en orden a conformar un concepto global de "aptitud psicofísica", tal como, con detalle, se describe en el punto 6 del voto al que adhiero. Está claro, entonces, que mal podría el cuerpo legislativo fijar con mayores precisiones y alcances las distintas situaciones posibles de relevar, justamente, por quienes poseen los conocimientos técnicos para hacer una evaluación concreta del aspirante a conductor.

Por último, la doctrina y jurisprudencia citadas en los puntos 9 y 10 del voto al que adhiero, dan cuenta de la razonabilidad de este mecanismo que permite la integración de la ley —cuya política central ha sido fijada y definida en sede legislativa— con la reglamentación que emane del Poder Ejecutivo, en especial si, como en este caso, las pautas legislativas son suficientemente claras como para limitar la discrecionalidad administrativa entre márgenes previamente establecidos por el cuerpo que concede la facultad, aceptables desde el punto de vista de la resignación de atribuciones.

3. Si bien la parte actora sostiene que la ley cuestionada y la remisión que ella hace a disposiciones de corte administrativo, afectarían el principio de legalidad, tornando inválida la norma en cuestión por tratarse de una delegación

de facultades vedada; lo cierto es que no se ha demostrado por qué se sostiene que ello ocurre en este caso, ni cómo considera que debería instrumentarse la operatividad de las distintas situaciones posibles que abarca la cuestión cuyo tratamiento impugna. En suma, no ha quedado claro cuál es su concreta pretensión en cuanto a la regulación del examen psicofísico para obtener la licencia para conducir automotores en la Ciudad de Buenos Aires.

En este aspecto, no resulta ocioso recordar que las leyes sancionadas por las autoridades legítimamente elegidas gozan de presunción de constitucionalidad. La declaración judicial de inconstitucionalidad constituye la *ultima ratio* del sistema de pesos y contrapesos establecido por el sistema constitucional de división de poderes: de allí la generalización de la regla hermenéutica que prefiere la interpretación que compatibiliza normas frente a aquella que las contrapone en colisión. La carga de quien propicia la declaración de inconstitucionalidad en estos casos es alta: el mero desacuerdo con el contenido de una norma o la preferencia por otra regulación posible están fuera del marco del control de constitucionalidad y deben ser canalizados a través del proceso político regular.

4. Sentado lo expuesto, al menos en abstracto, no se advierte en la normativa cuestionada la alegada vulneración del principio de legalidad, ni una inválida delegación de facultades legislativas al Poder Ejecutivo.

Ello por cuanto, a la luz de los argumentos analizados, la remisión a la reglamentación administrativa aparece no sólo justificada sino, lo que es más relevante, razonable y enmarcada en una política definida, con pautas de reglamentación suficientemente concretas y determinadas. La normativa cuestionada supera, además, el escrutinio simple de adecuación de los medios a los fines considerados constitucionalmente permitidos, a cuyo fin basta que la solución propuesta por el legislador no sea considerada irracional.

Este Tribunal, en diversos precedentes ha establecido los límites de la acción prevista en el art. 113, inc. 2°, CCBA al sostener que "el Tribunal, como legislador negativo, tiene facultades para expulsar del ordenamiento las reglas de carácter general irritas, irrazonables o palmariamente desatinadas desde el punto de vista constitucional, pero no para invalidarlas porque ellas no desarrollan con la profundidad pretendida por un quejoso principios y valores constitucionales según él los concibe" (conf. "Asociación por los Derechos Civiles (A.D.C.) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 2490/03, resolución del 9/6/2004 y, en sentido concordante, "Barga, Lisandro Arturo c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 866/01, sentencia del 26/12/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 835 y ss., y "Colegio de Procuradores de la Ciudad de Buenos Aires c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 3032/04, resolución del 18/5/2005).

Por las consideraciones expuestas, de conformidad con lo expresado por el señor fiscal general en su dictamen de fs. 63/68, corresponde rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad deducida por el actor.

El juez José O. Casás dijo:

1. Adhiero al fundado voto del señor juez de trámite, Dr. Luis F. Lozano.

2. Sólo deseo enfatizar que, en mi concepto, la presente acción declarativa de inconstitucionalidad se sustenta en una visión que no comparto del principio de legalidad consagrado a nivel constitucional.

Reafirmar el necesario sometimiento de la Administración a la ley y al derecho (o al bloque de legalidad, en la terminología de Maurice Hauriou), para luego proclamar un concepto comúnmente aceptado —no cabe admitir un acto administrativo que no responda a un apoderamiento de actuación previo y general—, no constituye argumento suficiente para demostrar que la Carta Magna determine que toda la actuación administrativa debe estar siempre precedida por leyes que enuncien en detalle todos y cada uno de sus contenidos, aun cuando el ejercicio de esa competencia pueda llegar a incidir en los derechos de los vecinos. Ello así, dado que, en palabras de José Luis Villar Palasí, "(l)a realidad muestra más bien que la previsión legal es limitada, que la realidad es inaprehendible en todos sus detalles por la Ley" (conf. *Apuntes de derecho administrativo, Parte General*, t. I, UNED, Madrid, 1974, p. 132).

La reflexión que antecede debe leerse detenidamente, pues con ella no se pretende desconocer la necesidad de una cobertura normativa que respalde y brinde motivación razonable a los actos administrativos de aplicación que dicta el Estado y se relacionan con los derechos de los vecinos; tampoco se intenta sugerir con ella que no deba respetarse el plusvalor de la ley formal sobre una norma administrativa reglamentaria. Lo que se intenta destacar, en cambio, es que, en el contexto en que se enmarca el principio de legalidad reconocido a nivel constitucional —consolidado lentamente en el Estado de derecho, con avances y retrocesos según la época—, no es posible constatar una exigencia general de reglamentación en los amplios términos sugeridos por esta acción, donde, en mi concepto, se ha pasado por alto que la forma del sometimiento de la Administración a la ley puede ser diferente según los distintos ámbitos de la actuación administrativa (conf. Villar Palasí, José Luis y Villar Ezcurra, José Luis: *Principios de derecho administrativo*, t. II, 4ª ed., Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 1999, p. 11).

3. La vinculación positiva de la Administración al ordenamiento jurídico, en cuyo mérito ella sólo puede desempeñarse en las materias para las que cuenta con autorización en forma inmediata o incluso mediata por habilitación de la ley, encuentra su raíz en el denominado principio de legalidad.

Cosa distinta es la relación entre la ley, su competencia privativa en determinadas materias —ley sancionada por el órgano constitucionalmente investido de la función legislativa— y las demás normas jurídicas que no tienen rango de ley y que carecen de la aptitud para regular tales competencias, aspecto que remite a la noción de "reserva de ley". Éste, por ejemplo, es el caso de las normas de derecho tributario sustantivo, pues, como es sabido, ellas deben estar contenidas en una ley formal y material por mandato constitucional. Así, el aludido principio de "reserva de ley" —que, en definitiva, actúa a modo de "norma sobre normación", como con lograda expresión lo describiera Massimo Severo Giannini— debe ser acatado, tanto por el Poder Ejecutivo que debe abstenerse de emitir regulaciones sobre la materia que tiene vedada, como por el legislador que debe dar cumplimiento al mandato constitucional de observancia inexcusable mediante el dictado de las leyes pertinentes (conf. mi libro, *Derechos y garantías constitucionales del contribuyente*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2002, pp. 233 y ss.).

4. En este juicio se pretende demostrar, en abstracto, la inconstitucionalidad de una ley porque ella, según la actora, no desarrolla en detalle en qué debe consistir un examen médico psicofísico que se ha instaurado, teniendo en vista los intereses de la comunidad, como requisito previo para el otorgamiento de una licencia de conductor mediante el pertinente acto administrativo singular.

El derecho de una persona a conducir un vehículo, como todos los derechos, también puede ser objeto de razonable reglamentación por parte del legislador (arts. 14 y 28, C.N.). Pero para la accionante sería necesario que la ley, además de afirmar la necesidad de sometimiento al apuntado examen médico para obtener la licencia, su contenido básico y su finalidad, estableciera el procedimiento específico que se implementará en su realización, especialmente, para que se aclare "a qué tipos de exámenes se someterá a las personas que desean obtener las licencias" (fs. 9 vta.). Se agrega en este sentido que las disposiciones legales objetadas "no fijan pauta alguna de evaluación a los fines de determinar en qué supuesto la Administración considerará que una persona, en razón de alguna dolencia física o psíquica, no se encuentra en condiciones de obtener una licencia de conductor común o profesional" (fs. 9 vta.).

5. La ley local objetada expresa que el mentado "examen médico psicofísico" tiene por objetivo determinar si el solicitante de la licencia de conductor posee "aptitud física, visual, auditiva y psíquica para conducir".

¿Es esta ley incompleta a la luz de las previsiones que contiene la Constitución y el contexto normativo en que se inserta? ¿Otorga este precepto legal a la Administración un margen de discrecionalidad irrestricta para decidir caprichosamente, en cada caso concreto, si un vecino puede o no conducir un vehículo automotor?

6. En primer lugar, la propia accionante con su argumentación parece haber descartado desde el principio que el caso propuesto se relacione con un supuesto en el cual, por mandato constitucional, la descripción detallada de los aspectos básicos relativos al examen médico psicofísico previo que se exige para acceder al registro de conductor en la Ciudad deba estar contenida en una ley formal y material. Ello así, toda vez que ha admitido en el escrito de inicio que "aun cuando se alegara que dicha falta de precisión por parte de la ley puede quedar válidamente suplida con la reglamentación por parte del Poder Ejecutivo, en el caso dicha omisión no ha sido subsanada por el citado poder" (fs. 1). Además, ello se corrobora, en tanto de ningún precepto constitucional se desprende una asignación exclusiva de competencia sobre el punto en favor del Poder Legislativo. Tampoco la Constitución parece haber establecido algún tipo de impedimento para sustraer el ejercicio de esa competencia al Poder Ejecutivo. En suma, en el caso, no se encuentra involucrado el principio de "reserva de ley", en tanto no se ha logrado demostrar que la Legislatura haya abdicado de facultades privativas.

7. A continuación, corresponde determinar si la criticada amplitud o vaguedad de los términos de la ley, de todos modos, puede ser reputada inconstitucional por resultar violatoria del denominado principio de legalidad.

Al respecto, para no incurrir en reiteraciones innecesarias, me remito a los sólidos fundamentos que brinda mi colega Luis F. Lozano, especialmente, en los puntos 4 a 9 de su voto, pues ellos demuestran con sobrada suficiencia que la alegada amplitud o vaguedad de las pautas fijadas por la ley 2148 no es tal, a la luz del conjunto de reglas que disciplina la actuación de la Administración local cuando es llamada a ejercer la función que le viene encomendada.

8. El inc. h) del art. 3.2.8 del Anexo de la ley 2148 establece que, en la Ciudad, el examen al que deben someterse los interesados en obtener un registro para conducir debe ser aprobado por un profesional de la medicina para que, de acuerdo a los conocimientos y procedimientos propios de la ciencia médica, se determine su "aptitud física, visual, auditiva y psíquica para conducir".

Como se dijo, en el proceso no se ha logrado identificar alguna norma jurídica que imponga a los legisladores de la Ciudad enunciar en detalle todos los presupuestos a tener en cuenta a la hora de establecer los exámenes psicofísicos que deben determinar si una persona es apta para conducir un vehículo. Pero tampoco parece irrazonable que la Legislatura, a pesar de no encontrarse obligada a hacerlo, haya decidido no incursionar en esta tarea, pues ella comprende una serie de evaluaciones especiales que requieren conocimientos profesionales y técnicos específicos que, incluso, pueden variar a lo largo del tiempo —merced a los constantes avances de la ciencia médica en prácticamente todos sus campos—. Así, para la mejor realización del interés general, la ley ha

reconocido cierto margen de apreciación a la autoridad de aplicación para que pondere e implemente los procedimientos que se consideren más convenientes —brindados, claro está, por la ciencia médica—, con el objetivo de cumplir con la finalidad buscada por la norma —determinar la "aptitud física, visual, auditiva y psíquica para conducir".

9. Ahora bien, esa acotada libertad de elección conferida a la Administración por el legislador, en el caso, lejos está de confundirse con una habilitación para la actuación arbitraria o desmedida. Por el contrario, entiendo que la ley 2148 —interpretada de manera sistemática— establece parámetros ciertos y objetivos que, en definitiva, permiten circunscribir con razonable precisión la actuación administrativa para este tipo de situaciones.

Por regla, en el ejercicio de toda potestad discrecional coexisten elementos reglados de la actividad que pueden ser controlados con razonable eficacia. Al respecto, ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re*: "Consejo de la Presidencia de la Delegación Bahía Blanca de la Asamblea Permanente por los Derechos Humanos" (*Fallos,* 315:1361), sentencia del 23/6/1992 —precedente citado por la accionante en este juicio—, que aún en el supuesto de que se reconozca un margen de discrecionalidad en el obrar de los entes administrativos, ello no implica en absoluto que tengan un ámbito de actuación desvinculado del orden jurídico o que su desempeño no resulte fiscalizable, agregando: "En otras palabras, que aún en aquellos actos en los que se admite un núcleo de libertad no puede desconocerse una periferia de derecho toda vez que 'la discrecionalidad otorgada a los entes administrativos no implica el conferir el poder para girar los pulgares para abajo o para arriba' ('D.M.K. Realty Copr. v. Gabel', 242 N.Y.S. 2d. 517, 519 (Sup. Ct. 1963), en tanto ello llevaría a consagrar —como bien se ha señalado— 'una verdadera patente de corso en favor de los despachos administrativos' (García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón: *Curso de derecho administrativo*, t. I. Civitas, Madrid, 4ª ed., 1984, p. 433)".

Desde esta perspectiva, no se advierte en el caso una situación que se aparte del apuntado principio. Como mínimo, los elementos reglados que se complementan con el margen discrecional criticado en este expediente se identifican con la competencia de la persona que emite el juicio de valor acerca de la aptitud psicofísica del postulante —debe ser un profesional de la medicina con versación en los temas que la ley exige evaluar, no cualquier agente o funcionario—, así como con la causa que da sustento a la opinión médica, es decir, los antecedentes puntuales en que se respalda la opinión del profesional llamado a intervenir —concretamente, los exámenes realizados al solicitante y sus respectivos resultados—. Estos exámenes médicos, además, deben ser implementados a partir de procedimientos acordes con la finalidad perseguida

por la ley —esto es, determinar la aptitud física, visual, auditiva y psíquica para conducir del interesado.

Todos estos parámetros, según la ley, no pueden ser objeto de valoración libre o antojadiza por parte del funcionario administrativo competente para otorgar o denegar la solicitud de licencia. En este sentido, el diseño de la ley criticada no admite que el funcionario interviniente pueda prescindir de la opinión del médico incluida en el informe que da cuenta del resultado de los exámenes que se realizan en cada caso concreto. Además, va de suyo que, para emitir su informe, el médico examinante debe utilizar procedimientos idóneos admitidos por la ciencia médica. Por ejemplo, el examen psicofísico que debe efectuarse al solicitante de un registro de conductor en la Ciudad, en principio, no podría ser el mismo que se exige en la NASA a los astronautas que deben cumplir misiones en el espacio exterior, ni aquel que se demanda a un jugador de fútbol profesional para poder ser fichado en un club de primera división. Si en algún caso concreto el profesional médico encargado de efectuar los estudios para acceder al registro de conductor decidiera implementar procedimientos de estas características —y la autoridad de aplicación lo consintiera y, en consecuencia, denegara una solicitud a partir de ello—, estaríamos, ciertamente, ante una situación irrazonable que podría ser atendida por la vía del control difuso. Pero esto no es lo que viene a proponer la presente acción, pues ella persigue el control de constitucionalidad de la ley 2148 en abstracto.

En síntesis, la ausencia de detalle de la ley citada en punto a los procedimientos específicos a los que deben ser sometidos los solicitantes de licencias de conductor no determina la invalidez de la norma objetada, pues esa indeterminación, por sí sola, no posee aptitud para lesionar, en abstracto, derechos constitucionales de los vecinos.

Debe tenerse en especial consideración que la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico; de allí la generalización de la regla hermenéutica que prefiere la interpretación que compatibiliza normas frente a aquella que las pone en colisión. La carga de quien propicia la declaración de inconstitucionalidad en estos casos es alta: el mero desacuerdo con el contenido de una norma o la preferencia por otra regulación posible están fuera del marco del control de constitucionalidad.

La potestad discrecional de la Administración, según calificados autores, ha sido considerada como el verdadero caballo de Troya del derecho administrativo en un Estado de derecho (véase Villar Palasí, ob. cit., p. 172); y es cierto que ella se encuentra en estrecha relación con el significado y alcance que el principio de legalidad adquiere para el Poder Ejecutivo. Sin embargo, en la cuestión que se trae a juicio, el margen de discrecionalidad reconocido por el legislador en favor de la autoridad de aplicación, como se dijo, viene acotado de modo suficiente por los términos expresos de la propia ley 2148.

Por lo demás, cualquier acto administrativo de aplicación que se considere ilegítimo, como ya se indicó precedentemente, puede ser controlado por la vía del control difuso en el marco de un "caso", "causa" o "controversia" judicial. Recuérdese que no existen actos administrativos puramente discrecionales, pues aún cuando en ciertos ámbitos la ley puede permitir cierta valoración administrativa para decidir entre diversas alternativas igualmente válidas, siempre debe respetarse el bloque de legalidad y razonabilidad que enmarca y condiciona esa actuación discrecional.

10. La pretendida omisión del Poder Ejecutivo en completar con mayor precisión la ley mediante un reglamento, tampoco puede ser reprochada por esta vía judicial, por los motivos que explica el señor juez de trámite en el punto 14 de su voto.

Finalmente, a mayor abundamiento, parece oportuno traer a mención las reflexiones del catedrático de la Universidad Complutense, Alejandro Nieto, denunciando la disfunción que se comprueba cuando la legalidad es entendida "no ya sólo como el sometimiento de la Administración a la ley, sino como la exigencia de que todas las tomas de decisión han de ir precedidas de una norma general, sin la cual se consideran ilegales. Esta desorbitación del principio de legalidad —que ha degenerado en legalismo— no es consecuencia de un mandato constitucional, sino resultado, más bien, de un prejuicio dogmático, que impone, además, la preexistencia de una norma general de cualquier rango jurídico: decreto, orden ministerial, circular, etc.". Tal enfoque "ha favorecido, lógicamente, una proliferación legislativa que, en su afán de dotar de cobertura a la toma de decisiones, llega con frecuencia al absurdo". Por lo demás, ello conduce muchas veces a que el funcionario incurra en un comportamiento "manifiestamente injusto (...) y, en lugar de atender razones que se le invocan frente a tal disparate, se encoge de hombros y contesta con displicencia que él se limita a cumplir un reglamento sin que le corresponda preocuparse de si es justo o injusto, útil o aberrante (...). Las circunstancias del caso concreto no son tomadas en cuenta. La actuación administrativa se rigidifica y se convierte en algo automático sin capacidad de razonamiento." (conf. *La "nueva" organización del desgobierno*, cap. 3, "Las decisiones de gobierno y su ejecución", pp. 69 y ss., Ariel, Barcelona, 1998).

Por las consideraciones expuestas, corresponde rechazar la presente acción declarativa de inconstitucionalidad.

Así lo voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Con adhesión a los votos extensos de mis colegas, quiero agregar lo siguiente:

1. La regla impugnada no es una norma penal (ni tributaria), de manera tal que resulta difícil ligarla al principio de legalidad (C.N., 18; CCBA, 13, inc. 3º)

y, dentro de esa materia, al mandato de certeza o de determinación. Se trata tan sólo de regular el poder de policía de la Administración, específicamente, las pruebas a realizar para extender la autorización para conducir vehículos, en sus diferentes clases, y a ello se reduce la necesidad de una prueba psicofísica y de habilidad en la conducción de vehículos automotores.

2. Todavía más claro es que la citada reglamentación de manera alguna se vincula con el acceso a la justicia, o a la tutela judicial efectiva, garantía expuesta, incluso, en las convenciones internacionales sobre derechos humanos. El aquí actor es libre de recurrir una eventual decisión judicial que no le conceda la autorización para conducir vehículos automotores ante los tribunales competentes para ello, esto es, puede, a voluntad, demandar para el control judicial sobre la validez del acto administrativo. Esas posibilidades judiciales existen en el orden jurídico local y son utilizadas diariamente por los administrados: una enorme proporción de casos que llegan al TSJ están vinculados a la materia contencioso-administrativa.

3. Más alejado aún de la cuestión planteada resulta la afectación por discriminación del art. 11 de la CCBA. Resulta casi ridículo apelar a la mención de las razones enunciadas por la regla constitucional que impide la discriminación. No se trata aquí de un caso de exclusión genérica por alguna de esas razones, que genere la necesidad de un escrutinio estricto (basta confrontar los fallos del Tribunal en "Sandez, Carlos Armando", expte. n° 482/2000, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, 2000, pp. 417 y ss., sentencia del 29/11/2000 y expte. n° 826/01, "Salgado, Graciela Beatriz c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], cit., t. III, 2001, pp. 688 y ss., resolución del 21/11/2001; asimismo, véase mi opinión en "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" (expte. n° 3103/04) y "Asociación por los Derechos Civiles [ADC] c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 3103/04, resolución del 31/3/2005, y "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 4172/05, sentencia del 9/8/2006).

4. Realmente, la actora no ha explicado suficientemente, pese a las oportunidades concedidas, la vinculación de contraposición entre las garantías constitucionales citadas y las reglas comunes cuestionadas.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada por Micaela Finoli a fs. 1/17 vta.

2º. *Imponer* las costas por el orden causado (art. 25, ley 402).

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XCV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BICCI, ESTELA MARTA Y OTROS C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD: Deserción del recurso. Sentencia definitiva. Superior tribunal de la causa. Gravamen irreparable. Arbitrariedad de sentencia. Derecho de defensa en juicio.

SUMARIOS:

1. El hecho de no haberse sustanciado la segunda instancia, en virtud de haberse declarado desierto el recurso de apelación, no priva a la respectiva Cámara de su carácter de superior tribunal de la causa en los términos del art. 14 de la ley 48. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

2. Si bien el pronunciamiento que declaró desierto el recurso de apelación no resuelve el fondo de la cuestión planteada, genera una agravio de imposible reparación ulterior al cerrar definitivamente el debate sobre el fondo de la cuestión objeto de la controversia, por lo que corresponde equipararlo a una sentencia de tal naturaleza. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

3. Los recursos de queja y de inconstitucionalidad deben ser admitidos porque el recurso de apelación interpuesto por la demandada fue incorrectamente declarado desierto por el *a quo*, que soslayó diversas cuestiones que esa parte llevó a la alzada, afectando de ese modo el derecho de defensa en juicio tutelado a nivel constitucional (arts.18, C.N. y 13.3, CCBA). *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

4. Las cuestiones cuyo análisis fue omitido por los jueces de mérito, sin justificar por qué su valoración sería inconducente para la solución del pleito llevan a descalificar la decisión impugnada como acto jurisdiccional válido. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. Debe rechazarse el recurso de queja que no contiene una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, y no satisface, en consecuencia el recaudo de fundamentación que

prescribe el art. 33 de la ley 402. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

6. La discusión constitucional referida a la adecuación de las resoluciones de la Administración sobre salarios a las reglas constitucionales —principio de igualdad— fue dirimida por la justicia de merito a favor de las actoras, y ninguno de esos derechos constitucionales corresponde al Estado perdidoso, razón por la cual no son esgrimibles como fundamento de los recursos interpuestos. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 5939/08 - 15/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Estela Marta Bicci, Silvia Susana González y Teresita Adriana Barragán Recalde promovieron acción de amparo contra el Gobierno de la Ciudad, por la omisión arbitraria e ilegítima en que incurrió la Administración al dictar el dec. 583/05, sin disponer lo necesario para evitar las diferencias salariales que ese decreto provocó entre los profesionales que revistaban en el escalafón general, creado mediante dec. 986/04, y los incluidos en la Carrera de Profesionales de la Secretaría de Desarrollo Social, cuando todos cumplían idénticas tareas en el ámbito de esa Secretaría (fs. 1/13 vta.).

Invocaron la afectación de los derechos de propiedad, de igual remuneración por igual tarea y de igualdad, circunstancia que —afirmaron— generó un continuo y periódico enriquecimiento sin causa por parte del Estado local.

En resumidas cuentas, solicitaron se les liquidasen las diferencias salariales pertinentes desde el 1º/5/2005.

2. Luego de producido el informe por la demandada, en el que solicitó el rechazo de la acción (fs. 14/18 vta.), ésta acompañó "copia de las Actas de Negociación Colectiva nºs 6 y 11 de la Comisión Paritaria Central, en la cual se establece el encasillamiento de los agentes comprendidos en la ordenanza nº 45.199 en el régimen de los decs. 986-GCBA-04 y 583-GCBA-05, con las características que lo destacan como régimen especial", y "un adicional especial destinado al mismo personal que rige a partir del 1º/11/2005" (véase Considerando III de la sentencia de fs. 20/22).

Las actoras, por su parte, señalaron que mediante la resol. conjunta 388/SDSySHF/2006 la Administración homologó el Acta nº 6 de Negociación Colectiva de fecha 1º/3/2006 y, en consecuencia, reencasilló y adecuó —en forma retroactiva al mes de noviembre de 2005— los salarios, conforme los

términos de los decs. 986/04 y 583/05. Por tanto, consideraron que, a partir de dicha fecha (noviembre de 2005), fueron "subsanadas las diferencias salariares" (véase Considerando III del pronunciamiento de fs. 20/22).

3. La jueza de primera instancia declaró parcialmente abstracta la acción de amparo incoada por las actoras con relación a las diferencias salariales devengadas a partir de noviembre de 2005. Ordenó, en cambio, al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que abonase —dentro del plazo de treinta (30) días— las devengadas entre la fecha de entrada en vigencia del dec. 583/05 (esto es, desde el 1º/5/2005) y el 1º/11/2005, con costas a la demandada vencida (fs. 20/22).

Para así decidir, sostuvo que el cauce procesal escogido resultaba adecuado, en tanto "...Los actores han cuestionado una omisión que califican de arbitraria e ilegítima al dictar el GCBA el dec. 583/05 sin disponer lo necesario para evitar las diferencias salariales que se producen entre profesionales que cumplen idénticas tareas en el ámbito de la Secretaría de Desarrollo Social, suprimiendo el derecho constitucional a percibir una remuneración determinada en base a la garantía de "igual remuneración por igual tarea" (...), circunstancia que produciría una afectación al derecho de igualdad ante la ley (...) y de propiedad..." (véase Considerando l, último párrafo).

También, consideró que frente al dictado de la resol. conjunta 388/SDSySHyF/2006 que homologó las Actas de Negociación Colectiva nºs 6 y 11, correspondía declarar abstracto el reclamo de diferencias salariales devengadas a partir de noviembre de 2005.

En cuanto al reconocimiento solicitado por las actoras de las diferencias salariales producidas por aplicación del dec. 583/05 —es decir, desde el 1º/5/2005— entendió que al haberse aprobado por resol. conjunta 388/SDSySHyF/2006 el Acta de Negociación Colectiva de fecha 1º/3/2006 que estableció el encasillamiento de los agentes comprendidos en la ordenanza 45.199, en el régimen general aprobado por los decs. 986/04 y 583/05, resultaba adecuado admitir las diferencias salariales "...desde la fecha en que se le aplica a la parte actora lo dispuesto en el dec. 583/05, en la medida que de lo contrario se produciría una clara violación a las normas constitucionales que consagran los derechos a la igualdad ante la ley y a igual remuneración por igual tarea..." (véase párrafo quinto del Considerando III).

4. Contra dicha sentencia se alzó el GCBA (fs. 23/26 vta.). Centró sus agravios en que: *a)* la sentencia recurrida omitió tratar la ausencia de arbitrariedad e ilegalidad manifiestas, la gravedad e inminencia del daño y la inexistencia de toda situación de urgencia invocadas por su parte, pues bastaría con invocar cualquier principio constitucional o legal para habilitar el remedio del amparo, ya que la sentenciante atendió a lo que unilateral y subjetivamente afirmaron

las propias interesadas; *b*) en el caso se concitó una cuestión salarial que no se refirió a la pérdida del sueldo o su intolerable cercenamiento en términos absolutos, toda vez que las actoras continuaron en todo momento cobrando los haberes que correspondían a su posición escalafonaria; por lo que tampoco concurrían los recaudos de daño inminente y urgencia objetiva que habilitaban la vía intentada; *c)* la resol. conjunta 388/SDSySHyF/2006 no contiene reconocimiento alguno, "...sólo se aprueba una negociación colectiva conforme la cual el personal de la Carrera de Desarrollo Social se incorpora al escalafón general como régimen especial y percibirá los haberes que resultan de su encasillamiento en ese sistema con más un suplemento particular.// Todo ello, a partir del 1º /11/2005..." (véase punto "B", apartado 1 de la presentación de fs. 23/26 vta.); *d)* el decisorio "...se limita a sostener que "resulta adecuado" reconocer las diferencias salariales sin mencionar ni uno solo de los puntos que mi parte introdujo a la consideración de esta sede.// Ello denota un subjetivismo incompatible con la necesidad de que las sentencias cuenten con fundamentos serios y que no reposen en la sola voluntad del juzgador..." (véase punto "B", apartado 2, del escrito de fs. 23/26 vta.); *e)* resultaba insostenible predicar la aplicación del principio de igual remuneración por igual tarea sin atender a las circunstancias particulares de la causa, pues no se apreciaba cuál era la "igual tarea" a que se refería la sentencia impugnada ni cuál era "la igual remuneración" que requeriría; las actoras no han indicado quiénes serían los que cumplirían igual tarea que ellas, simplemente se refirieron —sin precisión, ni prueba alguna— a otros profesionales, genéricos y abstractos*; f)* ninguna diferenciación discriminatoria existió en la especie, en que los integrantes de una Carrera Especial negociaron, por intermedio de sus legítimos representantes, su futuro esquema salarial; *g)* si los salarios podían ser diferentes en función de diferentes parámetros, no se advertía cuál era la ilegitimidad o la ilegalidad que admitía el decisorio con base en que durante un breve lapso los haberes de las amparistas, normativamente predeterminados, fueron inferiores a los de otros agentes que revistaban en otro régimen escalafonario, tanto más cuando la fijación de una nueva escala salarial emanó, en el caso, de una negociación colectiva que expresamente indicó la fecha de vigencia de los acuerdos logrados; y *h)* la jueza —por su sola decisión— resolvió la modificación de una convención colectiva, obligatoria para las partes intervinientes (el GCBA y los trabajadores comprendidos en ellas, en virtud de lo previsto en los arts. 66 y 82 de la ley local 471), imponiendo el pago de diferencias salariales en fecha anterior a la expresamente convenida y al margen de los que son las remuneraciones propias del sector.

5. Contestado los agravios por la parte actora (fs. 27/35), la Cámara de Apelaciones —en lo que aquí importa— rechazó el recurso de apelación articulado por el GCBA (fs. 37/38 vta.).

Tras considerar procedente la vía procesal escogida, porque se trataba "...de un debate jurídico concreto, suscitado entre partes adversas, promovido por quienes poseen un definido interés individual en la tutela de los derechos que invoca, y cuya protección solicita ante la alegación de un perjuicio cierto y manifiestamente ilegítimo...", la Cámara declaró desierto el recurso intentado respecto de las cuestiones de fondo planteadas por el GCBA.

En tal sentido, señaló que el recurso de apelación "no constituye una crítica concreta y razonada de lo resuelto por la señora jueza de primer grado, toda vez que la parte apelante no ha desplegado un desarrollo crítico que ponga en evidencia los aspectos del decisorio recurrido que consideraba equivocados". Puntualizó que "...la jueza tuvo especialmente en consideración que el dec. 583/05 estableció expresamente como fecha de vigencia para el reconocimiento de las diferencias salariales reconocidas en 1º/5/2005, de manera que una decisión en contrario significaría una clara violación a las normas constitucionales que consagran el derecho a la igualdad ante la ley y el derecho a igual remuneración por igual tarea...". Y que estos argumentos no habían sido eficazmente rebatidos por la apelante, pues bastaba "...con señalar que, con relación a estas cuestiones, la accionante solamente se limitó a cuestionar la aplicación al caso del principio de igual remuneración por igual tarea, pero no explicó por qué, a su entender, no correspondería hacer lugar a las diferencias salariales reclamadas desde la fecha en que éstas fueron expresamente reconocidas por la demandada a través del dictado del dec. 583/05, esto es, a partir del 1º/5/2005...".

6. Disconforme con la sentencia del *a quo*, el GCBA —por considerar que revestía el carácter de definitiva— interpuso el correspondiente recurso de inconstitucionalidad (fs. 39/45).

La decisión que declaró desierto el recurso —según afirmó— no atiende a las particularidades del caso y a las constancias de la causa; es de fundamentación sólo aparente y conduce derechamente a la absoluta negación de la vigencia y efectividad de expresos derechos y garantías de directa recepción constitucional, el art. 18 de la C.N. y el art. 13, inc. 3º de la CCABA. Calificó al pronunciamiento cuestionado de riguroso, ritualista y que se apartaba de la ley, lo que lesionaba su derecho de propiedad e igualdad al favorecerse a una de las partes con menoscabo de su contradictor. Agregó que, al decidir como lo hizo, la Cámara de Apelaciones dejó de lado el examen de la verdad jurídica objetiva sin evaluar las consecuencias de gravedad institucional, desnaturalizó los alcances atribuidos por el constituyente a la acción de amparo prevista en el art. 14, CCBA, y violó atribuciones propias y exclusivas del GCBA al desconocer los alcances de la negociación colectiva en materia salarial (arts. 1º, 80 y 102 de la Constitución local).

Sostuvo, además, que el agravio constitucional de su parte —en ese momento— se centraba en haber declarado desierto el recurso y no en el contenido final que pudiera tener una decisión de mérito sobre los agravios de su parte.

7. La Cámara de Apelaciones, previo traslado a la parte actora (fs. 46/50), desestimó el recurso de inconstitucionalidad intentado por la demandada (fs. 52/53), lo que motivó esta queja (fs. 55/57 y vta.).

8. El fiscal general adjunto propició rechazar el recurso intentado principalmente porque no se introdujo contra una sentencia definitiva producida por el superior tribunal de la causa, en los términos dispuestos por el art. 27 de la ley local 402, sino que las razones por las que se admitió las diferencias salariales devengadas entre el 1º/5/2005 y el 1º/11/2005, correspondieron a la decisión de primera instancia (fs. 75/77).

FUNDAMENTOS:

El juez José O. Casás dijo:

1. La queja ha sido interpuesta en legal tiempo y forma y se dirige a atacar lo resuelto por el superior tribunal de la causa.

2. En tal sentido, y no obstante tratarse de cuestiones de índole procesal —en principio ajenas a esta instancia—, cabe recordar que inveteradamente la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha establecido que: "el hecho de no haberse sustanciado la segunda instancia, en virtud de haberse declarado la deserción del recurso de apelación, no priva a la respectiva Cámara de su carácter de superior tribunal de la causa en los términos del art. 14 de la ley 48" (*in re*: "Carlos A. Palacio v. Augusto C. Trouillet" —*Fallos,* 261:420—, sentencia del 17/5/1965, entre otros; y, en sentido concordante, mi voto en los autos "Sociedad de Estado de Casa de Moneda s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'GCBA c/Sociedad del Estado Casa de Moneda s/ejecución fiscal – plan de facilidades'", expte. nº 4261/05, sentencia del 15/3/2006).

Por otra parte, si bien el pronunciamiento impugnado no resuelve el fondo de la cuestión planteada en el *sub examine*, tal como lo pone de resalto la recurrente, genera un agravio de imposible reparación ulterior, al cerrar definitivamente el debate sobre el fondo de la cuestión debatida en estas actuaciones. Por ese motivo, corresponde equiparar la decisión impugnada a una sentencia de tal naturaleza (conf. *mutatis mutandi* doctrina de *Fallos,* 304:950; 306:851, 1670; 327:4415, entre otros).

3. Despejado este punto, cabe adelantar que la queja y el recurso de inconstitucionalidad articulados por la demandada deben ser admitidos.

Es que lo que aquí toca analizar es, en definitiva, si el recurso de apelación interpuesto por la demandada contra la sentencia de primera instancia fue correcta o incorrectamente declarado desierto por el *a quo*.

Y dicho examen debe realizarse teniendo presente el carácter estricto que rige en torno de la aplicación del art. 237, CCAyT, pues lo que está en juego es el derecho de defensa en juicio consagrado en el art. 18 de la C.N.

4. Puestos a analizar los aspectos traídos a decisión del Tribunal, corresponde remitirse a los argumentos planteados por el GCBA en la expresión de agravios a que se refiere el punto 4 del relato.

Ciertamente, su sola lectura me convence en el sentido de que, independientemente del mérito que pudiera atribuírsele a tales fundamentos, es correcto afirmar que la demandada llevó ante la alzada diversas cuestiones que dicho Tribunal soslayó al dictar sentencia.

En efecto, la Cámara —entre otras cosas— le achaca al Gobierno no haber explicado por qué, a su entender, no correspondía hacer lugar a las diferencias salariales reclamadas desde la fecha en que éstas fueron expresamente "reconocidas por la demandada" a través del dictado del dec. 583/05, pero nada ha expresado en relación a la inexistencia de reconocimiento expresamente aducida por el GCBA. Igualmente la Cámara guardó silencio en relación a la alegada obligatoriedad e imposibilidad de modificación —aun por el juez— de la negociación colectiva referida por la demandada que definió de manera expresa el momento a partir del cual operaba la mejora salarial allí acordada. Tampoco fueron escuchadas —o al menos eso pareciera, porque no fueron objeto de específica mención en la sentencia objetada— las razones por las que la demandada afirmó que, para construir el planteo fundado en el principio de igual remuneración por igual tarea, la accionante sólo se ha referido con carácter genérico a otros profesionales, sin dar detalles ni prueba en cuanto a las tareas específicas que éstos realizaban, sobre todo si se tiene en cuenta que —en concepto de la representación del Gobierno— se estarían comparando situaciones escalafonarias diversas.

Ninguno de estos temas, insisto, fueron motivo de tratamiento expreso por parte del a quo, circunstancia que, desde mi punto de vista, ha provocado la afectación del derecho de defensa en juicio del GCBA, tutelado a nivel constitucional (art. 18, C.N. y 13.3, CCBA) (conf. doctrina de *Fallos,* 231:129; 323:2839; 329:3048, entre muchos otros). Por ello, corresponde considerar incorrectamente denegado el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

La conclusión a la que arribo no importa emitir opinión sobre la procedencia o improcedencia de los argumentos defensivos traídos al proceso por la demandada, pues ellos habrán de ser evaluados por los jueces que corresponda, mediante nuevo pronunciamiento.

5. En virtud de las consideraciones expuestas, y oído el señor fiscal general adjunto, voto por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad interpuestos por el GCBA, revocar el pronunciamiento de fs. 37/38 vta. y ordenar la remisión de estas actuaciones a la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario para que, por intermedio de jueces distintos a los que intervinieron en la presente causa, se dicte un nuevo pronunciamiento con

arreglo a lo que aquí se decide. Las costas del recurso se imponen en el orden causado en atención a lo dispuesto en el art. 14 de la CCBA.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al voto de mi colega, el juez José O. Casás.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Si bien de ordinario no son revisables las decisiones que declaran desiertos recursos mediante los cuales el litigante busca obtener el pronunciamiento final del superior tribunal de la causa, por no resolver el pleito y por remitir al examen de cuestiones de hecho, prueba y derecho procesal, sí lo son cuando impiden su continuación sin exponer un fundamento mínimo que las distinga de una decisión fruto del mero arbitrio del juzgador y, de ese modo, además, frustren la posibilidad de acceder al control encomendado a este estrado (*mutatis mutandi, Fallos,* 35:302 y doctrina *Fallos,* 311:2478).

Ello ocurre en el *sub lite* en que se ha desestimado el recurso de apelación articulado contra la sentencia de primera instancia sobre la base de no cumplir el recaudo de fundamentación suficiente, cuando, en verdad, la recurrente muestra haber propuesto a la Cámara, de modo oportuno, agravios conducentes a la solución del pleito a su favor. En efecto, tal como señala mi colega, juez José O. Casás, en el punto 4 de su voto al que remito, el *a quo* declaró desierto un recurso que "llevó ante la alzada diversas cuestiones que dicho Tribunal soslayó" analizar y que, más allá del mérito que pudieran tener, evidencian, por ejemplo, que el GCBA se agravió por cuanto se hizo lugar a la demanda con apoyo en la garantía de igual remuneración por igual tarea sin que en el pleito se hubiera debatido y probado entre quiénes y por qué tareas se reclama la protección que acuerda el art. 14 bis de la C.N.

Así las cosas, el demandado logró demostrar que el pronunciamiento atacado aparece fundado sólo de modo aparente. Las cuestiones cuyo análisis fue omitido por los jueces de mérito, sin justificar por qué su valoración resultaría inconducente para la solución del pleito, llevan a descalificar la decisión impugnada como acto jurisdiccional válido (véase punto III, párrafo cuarto de la sentencia de primera instancia y fs. 37/8). Esa solución viene impuesta, en las circunstancias de autos, por el art. 13 de la CCBA y 18 de la C.N. así como por la necesidad de resguardar el ejercicio de las competencias asignadas a este Tribunal por el art. 113 de la CCBA.

Sin embargo, en tanto la decisión respecto de las cuestiones omitidas excede la jurisdicción de este Tribunal porque remite a la valoración de aspectos de hecho, prueba y derecho infraconstitucional privativos, por regla, del ámbito de actuación asignado a los jueces de la causa, a ellos corresponde resolverlas (arts. 27 y 31 de la ley 402).

Por las razones dadas, oído el señor fiscal general adjunto, voto por hacer lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad, revocar el pronunciamiento de fs. 37/38 y remitir las actuaciones a la Cámara CAyT para que, por intermedio de jueces distintos de los que intervinieron en autos, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho. Costas por su orden (art. 14, CCBA).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La queja interpuesta por el GCBA a fs. 55/67 debe ser rechazada ya que no satisface el recaudo de fundamentación que prescribe el art. 33 de la ley 402.

2. La Sala I de la CCAyT consideró, entre otras razones, que el recurso de inconstitucionalidad no se dirigía a cuestionar una sentencia definitiva y, consecuentemente, lo declaró inadmisible. Señaló la Cámara que la resolución en crisis se había limitado a confirmar la admisibilidad formal del amparo y a declarar desierto el recurso de apelación en relación con el fondo de la cuestión debatida, asuntos de índole procesal que, en principio, resultarían ajenos a la vía extraordinaria intentada (fs. 52/53).

El GCBA, en el apartado V del recurso de hecho ("admisibilidad de la queja"), sostuvo que el auto de fs. 52/53 se caracterizaba por su generalidad y ritualismo pero no demostró (ni intentó hacerlo) que la sentencia que motivó el recurso denegado fuese definitiva —en los términos del art. 27 de la ley 402— o susceptible de equiparación. En efecto, el GCBA omitió, por completo, toda referencia a la definitividad del pronunciamiento recurrido; aspecto que considerara la Cámara al declarar inadmisible el escrito presentado.

En múltiples precedentes sostuve que la queja debe contener una crítica concreta, desarrollada y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. TSJ *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa nº 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001). Requisito que no se verifica en autos en atención a las razones que fueron indicadas.

3. Voto, pues, por rechazar la queja deducida por el GCBA a fs. 55/67.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Estimo, al igual que el fallo de la jueza Alicia Ruiz, que el recurrente ha olvidado debatir, con la sentencia recurrida, el aspecto principal que la priva, según el *a quo*, de la facultad de recurrir la sentencia dictada en el amparo (véase punto 3, fs. 52 vta.): la advertencia de la Cámara acerca de la imposibilidad de conceder el recurso porque no se trata de una sentencia definitiva en relación a cuestión constitucional alguna, sino tan sólo de una que rechaza la admisibilidad formal del recurso de apelación por insuficiente para debatir la cuestiones planteadas. El señor fiscal general adjunto opina de la misma manera

(fs. 76 y vta.). Este fundamento del rechazo, en sí discutible y discutido en la realidad jurídica, no es rebatido por el recurrente en su queja, recurrente que ha confundido el objeto de la queja como si fuera un nuevo recurso contra el contenido material de la sentencia de primera instancia.

Conforme a ello, la solución del voto de la señora jueza Alicia Ruiz resulta correcta.

2. Pero éste no es el único óbice a la procedencia del recurso. Aquello constitucionalmente discutido en el amparo resulta ser la adecuación de decisiones de la Administración sobre salarios a las reglas constitucionales relativas a la cuestión —igual remuneración por igual tarea: principio de igualdad—, discusión que, en el caso, la justicia de mérito dirimió a favor de las actoras. Cabe expresar, por ende, que ninguno de estos derechos constitucionales corresponde al Estado, perdidoso ante los tribunales de mérito, razón por la cual no son esgrimibles como fundamento de los recursos interpuestos (conf. mis votos en "Moreno, Gustavo Daniel y otros c/GCBA s/amparo [art. 14, CCBA] s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. n° 2902/04, resolución del 12/8/2004; "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado" en 'Mindar S.A. c/GCBA s/acción meramente declarativa [art. 277, CCAyT]'", expte. n° 2425/03, resolución del 17/12/2003, y las decisiones allí citadas).

Si ése no puede ser el fundamento, no queda otro que el recurso a la arbitrariedad, remedio casi mágico de todo litigante cuando la última sentencia de mérito no le es favorable y la lectura de los fundamentos de la sentencia criticada en este sentido (fs. 37 y 38) no da pie para considerarla absurda por falta de fundamentos, por oposición lógica entre sus partes o por utilización de algún fundamento prohibido. Rige entonces la doctrina que intenta separar este supuesto motivo de los recursos extraordinarios del derecho a una tercera instancia (conf. el Tribunal *in re* "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I. pp. 282 y ss.); más aún —intento no repetir—, mi opinión es todavía más estricta que la de la mayoría del tribunal y la de quien introdujo la causal en el derecho argentino (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. n° 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005).

Por esta razón, la queja debe ser también desestimada.

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Admitir el recurso de queja* y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad planteados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, con costas en el orden causado (art. 14, CCBA).

2º. *Revocar* la sentencia de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario de fs. 37/38 vta. y remitir las actuaciones a la Cámara para que, por intermedio de jueces distintos a los que intervinieron en la presente causa, se dicte un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique, se agregue la queja al expediente principal y, oportunamente, se devuelva a la Cámara como está dispuesto en el punto 3.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XCVI

"BAIGORRIA, FABIÁN GABRIEL Y OTROS S/INF. ART. 189 BIS PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL, C.P. S/RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 6195/08 "MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'BAIGORRIA, FABIÁN GABRIEL Y OTROS S/INF. ART. 189 BIS PORTACIÓN DE ARMA DE FUEGO DE USO CIVIL, C.P.'"

EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Art. 189 bis, 2, último párrafo del C.P. Principio de culpabilidad. *Ne bis in idem.*

SUMARIOS:

1. Debe concederse el recurso extraordinario en cuanto impugna la constitucionalidad del art. 189 bis, 2, último párrafo, del C.P., por considerarlo contrario al principio de culpabilidad e inocencia (conf. el art. 18 de la C.N.) y a la prohibición del *ne bis in idem,* pues con relación a esos planteos satisface

los requisitos del art. 14 inc. 3º de la ley 48, en tanto está dirigido contra una sentencia definitiva —porque el TSJ se expidió sobre el fondo de esta cuestión—, emanada del superior tribunal de la causa, y la decisión fue contraria al derecho que se funda en las cláusulas invocadas. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y José O. Casás. En sentido concordante véase voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

2. El recurso federal no puede ser declarado admisible si el recurrente, para peticionar la tacha de inconstitucionalidad busca apoyo en el principio de razonabilidad, por la desproporcionada sanción que, a su juicio, genera la aplicación del agravante previsto en dicho art. 189 bis del C.P., cuando el agravio resulta fruto de una reflexión tardía. *(Voto de los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y José O. Casás).*

Expte. n° 6192/08 - 21/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El 11/2/2009 el TSJ resolvió rechazar la queja interpuesta a favor del Sr. Fabián Gabriel Baigorria, como así también el recurso de inconstitucionalidad en cuanto fue concedido por la Cámara (fs. 180/187).

2. Contra esa decisión el Defensor General presentó recurso extraordinario federal (fs. 196/213).

La defensa considera que la figura aplicada (art. 189 bis, 2, último párrafo, C.P.) resulta contraria a los principios de culpabilidad, de inocencia, de razonabilidad y a la prohibición del bis in idem, en tanto toma en cuenta una condena anterior para agravar un hecho sucedido posteriormente. A su vez, señala que no es posible convalidar una norma que carece groseramente de proporcionalidad mínima entre la sanción contemplada y la conducta lesiva reprochada.

Por otra parte, califica de arbitraria la condena impuesta porque, según entiende, no se apoyó en pruebas suficientes sino sólo en las declaraciones de dos agentes policiales. En este sentido, denuncia la violación de la garantía de defensa en juicio y de los principios de legalidad e *in dubio pro reo*.

En último lugar, también califica de arbitraria —por contener sólo fundamentos dogmáticos— a la sentencia del TSJ ahora impugnada.

3. El fiscal general adjunto, al contestar el traslado conferido, entendió que el remedio federal intentado sólo podía ser concedido en relación con la inconstitucionalidad del agravante previsto en el art. 189 bis, 2, párrafo octavo del C.P. (fs. 216/218).

FUNDAMENTOS:

Los jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde, Julio B. J. Maier y José O. Casás dijeron:

1. El recurso extraordinario federal deducido por la defensa fue interpuesto en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por la acordada 4/2007 de la CSJN.

2. El Tribunal rechazó la queja interpuesta ante él (véase punto 1 de los resultas), porque no demostraba que la sentencia comprometiera las garantías constitucionales invocadas por la defensa. En cambio, entendió que la impugnación al art. 189 bis, 2, último párrafo, del C.P., agravio por el que fue concedido parcialmente el recurso de inconstitucionalidad, configuraba un caso constitucional, empero rechazó ese planteo.

3. A fin de resolver la admisibilidad del recurso articulado, cabe recordar que resulta aplicable la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

4. El recurso en análisis con relación a los agravios incluidos en la queja mencionada en el punto 2 de este voto y mantenidos en esta presentación sólo plantea una discrepancia sobre el modo en que los jueces de la Ciudad analizaron las pruebas producidas y aplicaron el derecho local y común —el C.P.— al decidir sobre la suerte del imputado; cuestiones todas ellas ajenas a la vía del art. 14 de la ley 48.

5. Por lo demás, en cuanto a la arbitrariedad alegada, las afirmaciones contenidas en el recurso no son suficientes para acreditarla y sólo exponen su desacuerdo con la resolución atacada. En este sentido, la admisibilidad del recurso extraordinario por esa causal es estricta, pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, entre otros) y atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 294:376).

6. Ahora bien, el recurso extraordinario debe concederse en cuanto está dirigido a impugnar la constitucionalidad del art. 189 bis, 2, último párrafo, del C.P., por considerarlo contrario al principio de culpabilidad e inocencia (conf. el art. 18 de la C.N.) y al *ne bis in idem*. El presente recurso con relación a esos planteos satisface los requisitos del art. 14 inc. 3º de la ley 48, en tanto está dirigido contra una sentencia definitiva —porque el TSJ se expidió sobre

el fondo de esta cuestión—, emanada del superior tribunal de la causa, y la decisión fue contraria al derecho que se funda en las cláusulas invocadas.

Sin perjuicio de lo expuesto, el recurso federal no puede ser declarado admisible en cuanto el recurrente busca apoyo para peticionar la mencionada tacha de inconstitucionalidad en el principio de razonabilidad, por la desproporcionada sanción que, a su juicio, genera la aplicación del agravante previsto en dicho art. 189 bis del C.P. Ello así, porque ese agravio resulta fruto de una reflexión tardía. La defensa recién buscó apoyo en ese planteo para solicitar la inconstitucionalidad del mencionado agravante en el presente recurso.

7. Por las razones expuestas, sólo resta conceder el recurso extraordinario federal intentado en cuanto el recurrente cuestiona la constitucionalidad del art. 189 bis, 2, último párrafo, C.P., por resultar contrario a los principios de culpabilidad y *ne bis in idem* y denegarlo respecto a los demás motivos de agravio.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso extraordinario federal interpuesto por el señor Defensor General a fs. 196 y ss., cumple con las reglas previstas en la ley nacional 48, por los arts. 257 y ss. del CPCCN y con lo prescripto en la acordada CSJN 04/07.

2. Entiendo que el recurrente ha introducido válidamente una cuestión federal en lo que se refiere a la inconstitucionalidad del art. 189 bis, 2, último párrafo; que guarda relación directa con la resolución de la causa, porque remite a garantías tuteladas expresamente por la CCBA, la C.N. y los instrumentos internacionales incorporados a esta última en virtud del art. 75, inc. 22.

3. Por estas razones, voto por conceder el recurso extraordinario federal respecto del agravio vinculado a la inconstitucionalidad del art. 189 bis, 2, último párrafo, C.P. (según modificación introducida por la ley 25.886).

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Conceder* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 196/213, en cuanto al agravio vinculado con la validez constitucional del art. 189 bis, 2, último párrafo, del C.P. fundado en los principios de culpabilidad y *ne bis in idem* y denegarlo respecto de los restantes agravios.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remitan las actuaciones a la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XCVII

"MACAGNO, CARLOS ALBERTO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'VITELLI, FRANCISCO MARIO C/GCBA (SANATORIO MUNICIPAL JULIO MÉNDEZ) Y OTROS S/DAÑOS Y PERJUICIOS'"

RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL: Cuestión federal. Cuestiones de hecho y prueba. Derecho común. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. Corresponde denegar el recurso extraordinario federal que, bajo la tacha de arbitrariedad, pretende reeditar el análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho común ajenas a la revisión de la CSJN en esa vía intentada. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

2. Corresponde denegar el recurso extraordinario federal cuando se sostiene, básicamente, en la discrepancia con la interpretación efectuada por el Tribunal en su sentencia de las pretensiones y las reglas de derecho común aplicadas para fundar su decisión. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz).*

3. Si los planteos esgrimidos sólo reiteran argumentos expuestos con anterioridad pero en modo alguno logran poner en evidencia que la sentencia ahora recurrida exhiba deficiencias lógicas en el razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, el recurso extraordinario federal debe ser denegado. *(Voto de los señores jueces Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. nº 5655/07 - 21/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

Carlos Alberto Macagno interpuso recurso extraordinario federal (fs. 237/249) contra la resolución de fecha 19/11/2008 por la que el Tribunal admitió el recurso de queja y rechazó el recurso de inconstitucionalidad planteados por su parte, con costas (fs. 208/226).

La parte actora no contestó el traslado del recurso extraordinario (fs. 253 y diligencia de fs. 254 vta.).

FUNDAMENTOS:

Los jueces Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz dijeron:

1. El recurso extraordinario intentado por Carlos Alberto Macagno no es admisible: en modo alguno logra delinear un caso federal hábil para suscitar la competencia de excepción de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

2. La sentencia de fs. 208/227 —por mayoría— desestimó el recurso de inconstitucionalidad articulado por el Sr. Macagno por considerar que no involucraba una cuestión de naturaleza constitucional que autorizara la apertura de esa instancia extraordinaria. Es que las objeciones se relacionaban —principalmente— con el alcance dado a las pretensiones de las partes y a la valoración efectuada por la alzada de los hechos, pruebas y normas infraconstitucionales.

El codemandado Macagno —en oportunidad del recurso extraordinario federal— tilda de arbitrario el fallo dictado por este Tribunal, en tanto le achaca "manifiesto apartamiento del derecho aplicable al caso con arreglo a los hechos probados de la causa". En este sentido, sostiene que: *a)* resulta "...manifiestamente irrazonable y arbitrario que la parte dispositiva de la sentencia admita el recurso de queja y rechace el recurso de inconstitucionalidad, en conjunto y en la misma providencia (...) Este quiebre sintáctico/semántica configura inocultable lesión a las previsiones de los arts. 18, 19, 75 inc. 22 y 116 de la C.N..."; *b)* la decisión judicial es un mosaico de votos diferenciados en los que no se configura realmente una mayoría "...cuatro jueces han votado por dar tratamiento a la queja, dos para rechazar el recurso y dos para hacer lugar parcialmente al recurso (...).// Y luego, aislado, el voto del Dr. Julio B. J. Maier que dispone rechazar tanto la queja como la inconstitucionalidad impetrada..."; ello pone en juego los derechos contemplados en los arts. 18 y 19 de la C.N., constituye un supuesto de gravedad institucional e "...impide considerar, lógicamente, que se está frente a un enunciado jurisdiccional dotado de consistencia sintáctico/semántica como para configurar una sentencia emanada de la cabeza del Poder Judicial local..."; para lograr la mayoría —afirma— podría haberse convocado a una audiencia; *c)* concluir que su parte consintió atribución de responsabilidad alguna, vulnera su derecho de defensa; *d)* pese a no haber intervenido quirúrgicamente al actor ni dispuesto su alta médica, "...he quedado sujetado a una condena de pago indemnizatorio en la que tampoco tuve oportunidad de adecuada defensa, ya que la sentencia de Primera Instancia me favoreció y la inculpación se genera por la resolución del Tribunal de Alzada y por supuestos fácticos respecto de los cuales no tuve la menor oportunidad siquiera de ser oído..."; lo que lesiona su derecho de defensa en juicio y propiedad; *e)* no se valoró que el pronunciamiento que lo sobreseyó en sede penal por inexistencia de mala praxis había pasado en autoridad de cosa juzgada; *f)* se ha auspiciado "...una interpretación

de la norma civil que carece del debido rigor de razonamiento, provocando una auténtica inversión del curso de sentido asignable a la norma...”; *g)* lo decidido viola el principio de legalidad previsto en el art. 19 de la C.N., pues qué obrar se le puede exigir a su parte si ninguna norma jurídica vigente del sistema le imponía un especial deber de cuidado; *h)* afecta el principio de igualdad que le sea negado aquello que es concedido en similares circunstancias a otro justiciable; *i)* al no haberse acreditado en autos ningún obrar reprochable a su parte, se tornaba imprescindible, en resguardo de los derechos y garantías de los arts. 17, 18, 19, 75 inc. 22 y 116 de la C.N., el disponer que se dictare un nuevo pronunciamiento con arreglo a derecho; *j)* “...ni la sentencia de Cámara, ni la aquí en examen gradúan la responsabilidad de los reclamados. Todos somos condenados a igual suma, como si la responsabilidad del hospital y la de los médicos reclamados fuere de la misma naturaleza y magnitud...”; y *k)* se lo priva de lo que le era debido: un debido proceso y una sentencia racional y se le impone lo que la ley no manda: una inmerecida condena de pago, lo que entiende duplica las lesiones constitucionales “...al afectarse el dispositivo internacional de tutela de los derechos humanos...”.

La reseña de los agravios demuestra, sin más, la inexistencia de una cuestión federal en juego. Ciertamente, el recurrente intenta nuevamente —ahora por la vía del recurso extraordinario— que se revise la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones. En resumidas cuentas, bajo la tacha de arbitrariedad, pretende reeditar el análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho común ajenas a la revisión de la CSJN en la vía intentada.

3. Es que, a poco que se advierta, los agravios no plantean una cuestión que exija la interpretación de regla constitucional o federal alguna, exigencia ineludible para habilitar la instancia extraordinaria a que se refiere el art. 14 de la ley 48. Las objeciones giran —como quedó expuesto en el punto 2— en torno de la interpretación y valoración del escrito de demanda y de los hechos y pruebas aportadas a la causa, en relación con la normativa infraconstitucional aplicable —de manera alguna de índole federal— a la decisión de la causa.

4. Por otra parte, la sola mención de preceptos constitucionales —sobre la que el Sr. Macagno pretende construir su impugnación— no basta —de acuerdo a reiterada jurisprudencia de la CSJN— para abrir la vía extraordinaria (doctrina de *Fallos,* 165:62; 181:290; 266:135; 310:2306; y muchos otros) ya que la relación directa entre lo debatido y decidido y la cuestión que se reputa federal, que la ley exige, existe sólo cuando la solución de la causa requiere necesariamente la interpretación del precepto constitucional aducido (*Fallos,* 187:624; 248:129, 828; 268:247). De otro modo, la jurisdicción de la Corte Suprema sería indebidamente privada de todo límite, pues no hay derecho que en definitiva no tenga raíz y fundamento en la Constitución Nacional, aunque

esté directa e inmediatamente regido por reglas de derecho que no son federales (*Fallos,* 310:2306). Y, en este punto, el recurrente —se insiste aquí nuevamente— no logra conectar las cuestiones debatidas y resueltas en la causa con una regla de derecho federal.

5. Tampoco basta para considerar configurada una cuestión de índole federal señalar que la sentencia dictada por este Tribunal "...no es un producto idóneo, sino un mosaico de votos diferenciados en los que no se configura, realmente, un voto de mayoría..." y que ello lesiona su derecho a la igualdad, defensa en juicio, principio de legalidad. Es que no se vislumbra —ni lo pone de manifiesto el recurrente— la conexión que sostiene existiría entre la afirmación que postula y la cuestión federal requerida a los efectos de la procedencia formal del recurso bajo examen.

Cuatro votos, que conformaron la mayoría, consideraron que el recurso de queja era formalmente admisible. Luego, al adentrarse en el análisis sustancial del recurso de inconstitucionalidad intentado, tres jueces entendieron que éste debía ser rechazado por no involucrar una cuestión constitucional alguna. No se advierte contradicción en ello ya que, respecto del recurso de inconstitucionalidad, unos son los recaudos de admisibilidad (revisables mediante la queja) y otros los de procedencia o fundabilidad. Salvando las diferencias, lo mismo acontece en el ámbito nacional en relación a la queja por recurso extraordinario denegado que se interpone ante la CSJN y el recurso extraordinario en sí. En síntesis, nada impedía que el Tribunal admitiese la queja y rechazase el recurso de inconstitucionalidad, como finalmente lo hizo.

6. No permite tampoco la concesión de este recurso que el Sr. Macagno haya deslizado, al pasar, la existencia de "gravedad institucional" (fs. 238 vta., último párrafo y fs. 240, primer párrafo). En primer lugar, porque no justifica de qué manera concreta la decisión recaída en el caso incidiría sobre los intereses de la comunidad o principios institucionales básicos de la Constitución Nacional (*Fallos,* 324:533, 833; 326:2126 y 4240); y en segundo lugar, porque para la procedencia de esta causal es requisito *sine qua non* la existencia de cuestión federal, lo que no ocurre en autos. Ello conforme doctrina de la CSJN, que ha dicho que "la invocación de gravedad institucional no puede sustituir la inexistencia de cuestión federal que exige el art. 100 de la C.N." (*Fallos,* 311:121).

7. Por último, cabe señalar que la admisibilidad del recurso por "arbitrariedad" es estricta según lo señala la CSJN, creadora de esta doctrina: "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia, ni corregir fallos equivocados (...), sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley

a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 312:246; 389, 608; 323:2196, entre otros).

Y el recurso, como se vio, se sostiene, básicamente, en la discrepancia de Macagno con la interpretación efectuada por el Tribunal en su sentencia de las pretensiones y las reglas de derecho común aplicadas para fundar su decisión (conf. doctrina de *Fallos,* 114:42; 273:347; 288:201; 303:769; 308:1577, 1757, entre muchos otros).

Dado que los planteos esgrimidos sólo reiteran argumentos expuestos con anterioridad pero en modo alguno logran poner en evidencia que la sentencia ahora recurrida exhiba deficiencias lógicas en el razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, el recurso extraordinario federal debe ser denegado.

8. Por lo demás, el recurrente no dio cumplimiento acabado a los recaudos señalados en los arts. 1º, 2° y 3º del reglamento aprobado por la acordada 4/2007 de la CSJN.

Así, el escrito supera —en varias de sus páginas— los veintiséis (26) renglones (art. 1º). También se omitió efectuar en la carátula (art. 2º) la mención clara y concisa de las cuestiones planteadas como de índole federal (inc. i). Además, el escrito no efectúa (ni podía hacerlo por la índole de la cuestión decidida) "la refutación de todos y cada uno de los fundamentos independientes que den sustento a la decisión apelada en relación con las cuestiones federales planteadas" (art. 3º, inc. d), ni la demostración de que media una relación directa e inmediata entre las normas federales invocadas y lo debatido y resuelto en el caso, y de que la decisión impugnada es contraria al derecho invocado por la apelante con fundamento en aquéllas (art. 3º, inc. e).

9. Por los motivos expuestos, el recurso extraordinario intentado no puede prosperar. Las costas se imponen al vencido, por aplicación del principio objetivo de la derrota y por no mediar, en esta ocasión, circunstancias que justifiquen apartarse de él (art. 68, CPCCN).

Los jueces Luis F. Lozano y José O. Casás dijeron:

1. Más allá de los fundamentos que expresáramos al momento de emitir nuestro voto en la sentencia que ahora se ataca, participamos de la solución que proponen nuestros colegas preopinantes, consistente en denegar el recurso extraordinario federal deducido.

2. Esencialmente, los planteos esgrimidos en el remedio intentado se circunscriben a alegar la arbitrariedad de la sentencia de fecha 19/11/2008.

Cabe recordar que, en aquella ocasión, los diversos votos que integraron la mayoría rechazaron los planteos impugnatorios del codemandado Carlos Alberto Macagno expresando —en forma coincidente— que no se había logrado configurar un caso constitucional que habilitara la instancia de excepción local. Para ello, los jueces Maier, Conde y Ruiz brindaron diversas razones, por ejemplo: *a)* que el agravio relativo al supuesto consentimiento de ciertos puntos de la sentencia de primera instancia advertido por el *a quo* no había sido directamente vinculado con algún perjuicio concreto en la defensa del recurrente —atento que el decisorio había expresado otros fundamentos de hecho y de derecho para sustentar su posición—; *b)* que el impugnante no había expresado motivos que permitieran aplicar analógicamente el art. 1103 del Cód. Civil para fundar el planteo relativo a la incidencia del sobreseimiento penal en la causa civil, ni tampoco había conectado tal aspecto con una disposición de naturaleza constitucional, y *c)* que no se advertía un planteo constitucional en punto a la alegada vulneración del principio de congruencia puesto que la cuestión relativa al alcance de las pretensiones resulta —en principio— propia de los jueces de la causa y, por lo demás, se constataba que el recurrente había elaborado su defensa para rechazar no sólo la atribución de responsabilidad a él endilgada como médico cirujano, sino también respecto de sus acciones desplegadas en carácter de Jefe del Servicio de Cirugía.

3. Desde esta perspectiva, entendemos que las afirmaciones contenidas en el recurso remiten al análisis de cuestiones de hecho, prueba y derecho no federal que brindan, al pronunciamiento a cuya revisión se aspira, apoyo ajeno al ámbito de revisión previsto por el art. 14 de la ley 48. Tal como lo advierten nuestros colegas, los planteos formulados reiteran argumentos ya expuestos y ponderados con anterioridad, sin efectuar una crítica concreta y razonada de los diversos fundamentos brindados para desestimarlos. En suma, entendemos que no se ha logrado poner en evidencia que la sentencia comprometa una cuestión federal. Debe recordarse que la admisibilidad del recurso extraordinario por la causal de arbitrariedad de sentencia es estricta, pues tiende a cubrir casos de carácter excepcional (*Fallos,* 312:246, entre otros) y atiende sólo a los supuestos y desaciertos de gravedad extrema cuando, a causa de ellos, esos fallos quedan descalificados como actos judiciales válidos (*Fallos,* 294:376).

Por ello, entendemos que el remedio federal intentado debe ser denegado.

Así lo votamos.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero al voto de mis colegas preopinantes, y propongo el rechazo del recurso extraordinario federal planteado por el Sr. Carlos Alberto Macagno.

2. Con relación a las críticas efectuadas a mi voto al momento de resolver el recurso de queja, creo conveniente esbozar algunas consideraciones adicionales.

En aquella oportunidad consideré que la ausencia de un genuino caso constitucional justificaba el rechazo de la queja. Por el contrario, los Dres. Ruiz, Lozano y Casás consideraron que la queja era admisible y, por mayoría, resolvieron la apertura del recurso de hecho, lo que motivó el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad subyacente.

Como la Dra. Ruiz propició el rechazo del recurso de inconstitucionalidad, mientras que los Dres. Lozano y Casás propusieron acoger dicho recurso, la divergencia entre dichos votos obstaculizaba la formación de una mayoría en cuanto a la estimación o desestimación del recurso de inconstitucionalidad. Por lo tanto, y como corresponde a todo tribunal colegiado, en el cual sus integrantes habitualmente deben realizar ajustes en sus votos para favorecer la obtención de una mayoría, me vi en la obligación de expedirme sobre el recurso de inconstitucionalidad.

De tal manera, y aun cuando había votado desestimar la queja (primera cuestión), me remití a los mismos argumentos que expusiera, centrados fundamentalmente en la inexistencia de un caso constitucional, para proponer el rechazo del recurso de inconstitucionalidad (segunda cuestión). No hubo, por lo tanto, ninguna contradicción en mi voto, ya que se votaron dos cuestiones distintas (en la primera, propuse la desestimación de la queja, y en la segunda, el rechazo del recurso de inconstitucionalidad), basándome en los mismos argumentos (la inexistencia de caso constitucional). En la votación de la primera cuestión fui parte de la minoría (junto al Dr. Maier), mientras que en la segunda cuestión integré la mayoría (junto a los Dres. Ruiz y Maier).

En virtud de lo expuesto, considero que las críticas deslizadas por el recurrente resultan infundadas, ya que parten de una inadecuada lectura del fallo recurrido.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal planteado por Carlos Alberto Macagno, con costas.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita como está ordenado a fs. 226, punto 2.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

XCVIII

"GELABERT, SERGIO CLAUDIO Y OTRO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'GELABERT, SERGIO CLAUDIO; SPANGERBERG, HUGO HERNÁN S/INF. ARTS. 116 Y 117, LEY 1472'"

RECUSACIÓN DE JUECES DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA: Aplicación supletoria de la Ley de Procedimiento Contravencional.

SUMARIOS:

1. La Ley de Procedimiento ante el Tribunal Superior de Justicia, que regula el recurso de inconstitucionalidad y su correspondiente queja, nada expresa en relación a la recusación de los integrantes del Tribunal. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

2. El art. 2º de la ley 402 establece que, en materia de recusación de los jueces del Tribunal Superior de Justicia son aplicables supletoriamente las normas de los códigos de procedimientos de la Ciudad de Buenos Aires vinculados con la materia del proceso en cuanto resulten compatibles con las de esta ley, de modo que la cuestión debe considerarse de cara a la Ley de Procedimiento Contravencional (n° 12) que regula los motivos de apartamiento de jueces e integrantes del Ministerio Público, cuyo art. 8º dispone que el juez o jueza no puede ser recusado, sin perjuicio de la posibilidad de denunciar motivos concretos que hubieran determinado la necesidad de una excusación por parte de aquellos, y, por tanto, la invocación de disposiciones del CPP no resulta adecuada para fundar la viabilidad de la recusación intentada. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

3. El recurso de queja no puede incluir planteos no traídos en el recurso cuya denegatoria la motiva, de modo que la recusación con base en una causal, conocida por quien articuló el recurso de inconstitucionalidad al tiempo de hacerlo, pero introducida en la queja, debe ser rechazada por extemporánea. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. n° 6453/09 - 22/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

La defensa de los Sres. Sergio Claudio Gelabert y Néstor Marcelo De Beláustegui al interponer el recurso de queja que luce a fs. 43/47, recusa a los jueces Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz por considerar que en una interven-

ción anterior "ya han adelantado opinión en cuanto a considerar a la resolución de fecha 17/7/2008 como una verdadera sentencia; en tales condiciones han adelantado su opinión, han prejuzgado, respecto de la cuestión que ahora se somete al escrutinio de este TSJ". Funda la petición en lo dispuesto por "los arts. 21 inc. 12 en función del art. 24 del CPP y el art. 11, inc. 6º del CCAyT, ambos de esta Ciudad...." (fs. 46 y vta.).

Los autos pasaron al acuerdo para resolver la recusación planteada (fs. 51).

FUNDAMENTOS:

Los jueces Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

La recusación planteada por la defensa de los imputados debe ser rechazada.

En primer término cabe tener presente que la LPTSJ, que regula el recurso de inconstitucionalidad y su correspondiente queja, nada expresa en relación a la recusación de los integrantes del Tribunal. El art. 2º de la ley 402 establece "Son aplicables supletoriamente las normas de los códigos de procedimientos de la Ciudad de Buenos Aires vinculados con la materia del proceso en cuanto resulten compatibles con las de esta ley". De tal manera la cuestión debe considerarse de cara a la Ley de Procedimiento Contravencional (n° 12) que regula los motivos de apartamiento de jueces e integrantes del Ministerio Público, estableciendo en el art. 8º que "[e]l juez o jueza no puede ser recusado...", sin perjuicio de la posibilidad de denunciar motivos concretos que hubieran determinado la necesidad de una excusación por parte de aquellos. La invocación de disposiciones del CPP no resulta, entonces, adecuada para fundar la viabilidad de la recusación intentada.

Por lo demás, sin perjuicio de las consideraciones que podrían realizarse en torno a la oportunidad y la tempestividad de la solicitud efectuada, lo cierto es que los débiles fundamentos de la defensa no permiten enmarcar el planteo en los supuestos a los que la norma procesal contravencional se refiere ni logran exponer que, en el caso, se encuentre en juego la garantía de imparcialidad (art. 13, inc. 3º, CCBA). Contrariamente a lo afirmado por el presentante, las cuestiones que ahora se intentan traer a decisión del Tribunal —relacionadas, en principio, con la solicitud de extinción de la acción contravencional por prescripción— no fueron motivo de discusión en ninguna de las intervenciones anteriores en las que este Estrado dictó sentencia. En consecuencia, las genéricas invocaciones de la recurrente no guardan relación directa con lo decidido con anterioridad por los magistrados que se pretende recusar.

Así lo votamos.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Es jurisprudencia conteste de este Tribunal que la queja no puede incluir planteos no traídos en el recurso cuya denegatoria la motiva. Por ello, la recusación con base en una causal, conocida por quien articuló el recurso de inconstitucionalidad al tiempo de hacerlo, pero introducida en la queja, debe ser rechazada por extemporánea.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la recusación de los jueces Julio B. J. Maier y Alicia E. C. Ruiz, formulada a fs. 46 y vta. por la defensa de los imputados.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y continúe la causa según su estado.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz y Julio B. J. Maier no votan en atención a la cuestión decidida.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - José O. Casás.*

XCIX

"MINISTERIO PÚBLICO – ASESORA GENERAL TUTELAR DE LA CIUDAD AUTÓNOMA DE BUENOS AIRES C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Contravenciones. MENORES DE 18 AÑOS: Poder punitivo del Estado. Puesta a disposición del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Protección integral. Mejor interés del niño. Privación de la libertad. Doctrina de la "situación irregular". Derecho penal de autor. Principio de legalidad en materia penal. Sentencia interpretativa.

SUMARIOS:

1. Existen sobradas razones para desechar la interpretación del art. 27 de la ley 12 según la cual, mediante el uso de la expresión "poner a disposición" se viene a investir a la autoridad preventora o al Ministerio Público Fiscal de la facultad de privar de libertad al niño, niña o adolescente, de modo que son inadmisibles las normas de derecho interno basadas en la doctrina de la situación irregular. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

2. Las políticas públicas en materia de niñez y adolescencia generan regulaciones que al tiempo que proscriben las injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada también necesiten organizar medidas administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual (arts. 18 y 19 Convención DN). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. El fuerte llamado de los organismos de aplicación de la Convención de los Derechos del Niño y los señalamientos de la CSJN en relación con el deber de adecuar las normas internas para cumplir las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino, imponen abandonar el paradigma de la situación irregular y justifica desarrollar una hermenéutica de las normas para menores que responda a los lineamientos consagrados por la aludida Convención y receptadas por el Régimen Nacional de Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (ley 26.061). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. El art. 27 de la ley 12 no tiene en mira investir al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de facultades no otorgadas por la ley de creación o eventualmente leyes que la complementen, desde que la "disposición" que puede hacer de la persona menor a cuyo respecto obra en ejercicio de sus competencias, no puede ser distinta de la sumatoria de medidas de asistencia que la ley 114, no tachada de inconstitucional, ponen a cargo del Consejo, de modo que la citada norma impugnada no le da poderes de disposición sobre la persona menor. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

5. El art. 27 de la ley 12 no otorga poder para privar de libertad a las personas menores, ni a la autoridad preventora ni a los fiscales ni al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

6. La "disposición" que menciona el art. 27 de la ley 12 no puede ser otra que el ejercicio de las competencias que la CCBA y la ley 114 acuerdan al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; y esa "puesta a disposición" no puede exceder el empleo de medios legítimos, esto es, que no soslayen ni fuercen el consentimiento de la persona menor involucrada, dirigidos a ponerla en contacto con el Consejo, a fin de que éste pueda ejercer sus competencias. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

7. El art. 27 de la ley 12 no acuerda poderes ni al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes ni a las autoridades preventores ni al Ministerio Público Fiscal, pero no obstante, su vigencia no es inocua y el precepto continúa siendo operativo, en tanto establece el deber de las autoridades a las que se dirige en razón de haber quedado en contacto con la persona menor, de no desentenderse de ella sino que les impone la obligación de evaluar, dentro de sus posibilidades y sin que ello autorice infringirle o aumentarle un padecimiento,

si esa persona representa un riesgo para sí o para terceros; y si llega a esa conclusión debe articular mecanismos idóneos para establecer el inmediato contacto con el Consejo a fin de que éste pueda ejercer sus competencias. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

8. El art. 27 de la ley 12 importa generar una vía, a cargo de agentes públicos, para que la autoridad administrativa encargada de velar por el respeto y goce de los derechos del niño pueda ejercer las competencias que le confiere la ley 114, reglamentaria del art. 39 de la CCBA. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

9. Cabe rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 27 de la ley 12, que sólo puede ser interpretado como un mecanismo para que o bien el menor sea conducido sin presión a entrar en contacto con el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, o que este organismo disponga los medios para contactarlo, y ejercer sus competencias en lo que fuere conducente, aprovechando el aviso de la autoridad preventora o el fiscal interviniente. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

10. La posibilidad de emitir sentencias interpretativas, ya sea estimatorias o desestimatorias, importa acudir a un mecanismo flexible para consagrar de modo más pleno la voluntad del constituyente de asegurar que las normas generales que componen el orden jurídico sean armónicas con la Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad, y en ese sentido corresponde fijar como interpretación válida del art. 27 de la ley 12, que ella no otorga poder para privar de libertad a las personas menores , ni a la autoridad preventora, ni a los fiscales ni al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. y que la “puesta a disposición” tampoco puede exceder el empleo de medios legítimos, esto es, que no soslayen ni fuercen el consentimiento de la persona menor involucrada, dirigidos a ponerla en contacto con el Consejo, a fin de que éste pueda ejercer sus competencias. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

11. La declaración judicial de inconstitucionalidad constituye la ultima ratio del sistema de pesos y contrapesos establecido por el esquema constitucional de división de poderes: de allí la generalización de la regla hermenéutica que prefiere la interpretación que compatibiliza normas frente a aquella que las contrapone en colisión, por tanto, la carga de quien propicia la declaración de inconstitucionalidad en estos casos es alta, pues el mero desacuerdo con el contenido de una norma o la preferencia por otra regulación posible están fuera del marco del control de constitucionalidad y deben ser canalizados a través del proceso político regular. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

12. El art. 27 de la ley 12 condiciona el supuesto de la intervención estatal (administrativa, no judicial) a que la conducta del menor involucrado sea una acción que pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, por lo que

está claro que se trata de evitar la producción de un potencial daño. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

13. La intención del legislador plasmada a través del art. 27 de la ley 12 ha sido la de generar algún tipo de respuesta estatal y no judicial frente al hecho reputado como contravención, que consiste en dar intervención a un órgano constitucional especializado en niñez y adolescencia, el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes para que actúe de conformidad a lo reglado internamente (art. 39, CCBA) cuando la conducta desplegada por el menor pudiera causar un daño. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

14. El principio de "mejor interés del niño" constituye una regla de interpretación y aplicación de las leyes y disposiciones vinculadas a la infancia y adolescencia, siendo de obligatorio cumplimiento en la toma de cualquier decisión que concierna a sujetos menores de edad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

15. Desde el punto de vista contravencional —y por ello resulta excluido del sistema judicial de reproche— no es punible la persona que se encuentra en la categoría jurídica de menor de 18 años, pero de ninguna manera puede de ello derivarse que la acción o la conducta desplegada se ha tornado no punible en razón de la menor edad del sujeto que la realiza, pues es precisamente esa naturaleza de la conducta —la de falta o no respeto de la ley de convivencia—, la que fundamenta la intervención que consagra el art. 27 de la ley 12, a cargo de un órgano específico que, por definición, ha de actuar de manera legal y procurando, por encima de todo, el cuidado de la persona menor de edad involucrada. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

16. Los menores de edad no sólo son sujetos de derechos, también son sujetos de deberes hacia una sociedad y hacia su propio desarrollo íntegro como persona y tienen derecho a que el Gobierno les preste ayuda, escuche y se comprometa para su bienestar; el cambio de paradigma en la relación menores-Estado no puede importar desentenderse de la suerte de una persona, más vulnerable por su menor edad, bajo el tópico de invadir su intimidad o de que se lo está "aprehendiendo", cuando de lo que se trata es de tornar operativo el contacto o la intervención del Consejo de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, y si para ello se requiere restringir momentáneamente su libertad de acción para dar la inmediata intervención al órgano específico que prevé la ley, ello no excede lo razonable en orden a los fines que se persiguen desde las leyes que regulan la materia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

17. La deficiente redacción, en términos semánticos, del art. 27 de la ley 12 no es óbice para entenderla en su correcto alcance ni otorgarle una interpretación contrapuesta al plexo legal, constitucional y supraconstitucional vigente en nuestro país. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

18. No es posible sostener que trasladar o retener al niño o adolescente a fin de generar la intervención inmediata —y ello significa sin solución de continuidad o que comienza su ejecución en el mismo instante— del órgano

constitucional de protección de la niñez, pueda constituir un resabio autoritario que afecte sus garantías constitucionales y menoscabe sus derechos. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

19. Corresponde rechazar la acción declarativa de inconstitucionalidad si la parte actora no ha logrado demostrar la efectiva vulneración de derechos o garantías reconocidos a las personas menores de edad, ni que el régimen de excepción que consagra el art. 27 de la ley 12 transgreda el principio cardinal del mejor interés del niño. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

20. El análisis que la acción declarativa de inconstitucionalidad del art. 27 de la ley 12 reclama, no puede desatenderse del contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño; los arts. 75, inc. 22 y 31, C.N.; la ley 26.061; los arts. 13, incs. 3°, 9° y 11, y 39, CCBA, y la ley local 114, pues el conjunto de estas normas, a la vez que reconoce a niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derecho, determina la obligación del Estado de proveer a la protección especial de sus derechos a la luz del llamado interés superior del niño, entendido como la máxima satisfacción integral y simultánea de todos los derechos reconocidos por aquel conjunto normativo. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

21. Es el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y no el personal preventor o el Ministerio Público Fiscal el órgano que —de conformidad con las normas aplicables, ajenas al art. 27 de la ley 12 aquí cuestionado— determina las acciones a seguir al advertirse la posible vulneración de derechos de un niño, niña o adolescente, o la situación de riesgo para sí o para terceros, pues, de ninguno de los términos del art. 27 de ley 12 puede desprenderse la posibilidad de efectivización de *tales medidas sin su inmediata intervención. (Voto del señor juez José O. Casás).*

22. Es autocontradictoria e inválida la operación por la cual una norma de fondo sustrae a los niños, niñas y adolescentes del ámbito contravencional (art. 11, CC), e igualmente una regla procedimental los introduce en él (art. 27, LPC), pues permite que cualquier fiscal de la Ciudad y/o cualquier integrante de la fuerza policial aprehenda a un menor, y restringe, por tanto, su libertad ambulatoria sin plazo ni medidas de contralor de ningún tipo. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

23. La redacción del art. 27 de la ley 12 constituye un resabio de la concepción tutelarista de la "situación irregular", el cual tiñe negativamente cualquier sentido, por más bienintencionados que éstos sean, que se le atribuyen a la norma con el propósito de salvar su constitucionalidad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

24. El Estado tiene vedado recurrir al sistema penal para tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para lo cual, además, cuenta con todos sus recursos. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

25. La regla del art 27 de la ley 12, aun cuando se atribuye una función no penal (asistencial, tutelar, etc.) habilita solapadamente el ejercicio del poder punitivo y son identificadas por la doctrina como "leyes penales latentes". *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

26. A través del art. 27 de la ley 12 se ponen en funcionamiento los mecanismos propios del sistema penal, haciendo caso omiso de la prohibición absoluta del art. 11, C.C., que declara no punibles a los menores de 18 años de edad, de modo que, tanto por su ubicación contradictoria en el marco de la ley procesal contravencional, cuanto por los efectos que de ella se siguen, la citada norma es inconstitucional. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

27. El riesgo o la peligrosidad asociada a un sujeto es un fundamento inválido aun cuando se tratara de adultos imputables, porque conlleva inevitablemente la introducción del derecho penal de autor prohibido por los arts. 18 y 19 C.N., art. 13 inc. 3º CCBA, art. 9º CA, art. 15 PIDCP y 40 CDN. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

28. Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 27 de la ley 12, pues por su grado de indeterminación no satisface el estándar mínimo del principio de legalidad en materia penal. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

29. El término "poner a disposición" de la norma postulada como inconstitucional, (art. 27, ley local 12: "...ponerlo/ponerla inmediatamente a disposición..."), no quiere significar otra cosa, para la autoridad ejecutante, que privar de la libertad al menor de 18 de años, a la orden de la autoridad mencionada en la norma, autoridad administrativa de la Ciudad, que es el Consejo de los derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

30. Conforme al art. 18 de la C.N., sólo los jueces pueden privar de la libertad, para cumplir con determinados fines, norma que constituye una regla básica del Estado de derecho, según la cual aprehendido un individuo él debe ser inmediatamente "puesto a disposición" de la autoridad designada en la misma Constitución para disponer —decidir sobre su situación— del aprehendido. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

31. La peligrosidad sin delito constituye el fundamento de la facultad de aprehensión concedida a los órganos encargados de la persecución penal y a la agencia policial para detener a un niño, niña o adolescente, cuando, según su 'olfato' y criterio, él pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, e implica privar de libertad según el criterio voluntarista de funcionarios judiciales o administrativos, sin hecho concreto eventualmente reprochable al aprehendido e, incluso, por fuera de toda autoría o participación en un hecho eventualmente punible, de modo que no es posible validar el art. 27 de la ley 12 desde un

punto de vista formal, sino que, además, representa la más pura inclinación hacia el derecho penal de autor, prohibido constitucionalmente (CCBA, 13, inc. 9º), mejor dicho, hacia la punición basada en la conducción de vida. *(Voto en disidencia del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. nº 5541/07 - 27/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 1/19 la Asesora General Tutelar, Dra. Laura C. Musa, interpuso la acción prevista en el art. 113, inc. 2º de la CCBA para que se declare "la invalidez constitucional y pérdida de vigencia (...) del art. 27 de la ley 12" según el cual "Cuando la persona que estuviere incursa en una conducta calificada como contravención sea menor de 18 años, y ésta pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, el o la Fiscal o la autoridad preventora debe ponerlo/ponerla inmediatamente a disposición del organismo previsto en el art. 39 de la Constitución de la Ciudad [por ser contrario] a los arts. 18 y 19 de la C.N., arts. 13, incs. 3º, 9º y 11 de la CCBA, art. 37 y 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y arts. 7º, 8º y 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y arts. 9º, 10, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos".

Explica que "[e]l legislador constituyente de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires receptó, en el texto de la norma originaria, los principios estructurantes de la Convención sobre los Derechos del Niño, inaugurando de esta forma, una nueva relación del Estado con el universo de la infancia y generando un cambio sustancial en la concepción del derecho de niños y jóvenes". En tal contexto, la norma impugnada, que "legisla el momento de la aprehensión de una niña, niño o adolescente que haya sido sorprendido en una conducta presuntamente infractora de la ley contravencional" constituiría un resabio de la concepción tutelarista, que consideraba a los niños y jóvenes como objeto de tutela y represión, y que institucionalizó la vulneración sistemática de derechos y garantías de los menores y sus familias.

La demanda postula que en tanto las personas menores de 18 años de edad no son punibles para la ley contravencional, excepto para la comisión de las contravenciones de tránsito (art. 11 de la ley 1472), la exclusión del poder punitivo a su respecto debería operar desde el mismo momento del hecho, y debe eliminar la puesta en marcha de cualquier respuesta estatal posterior. Esto significa, conforme señala la actora, "exclusión absoluta, y el Estado, a través de cualquiera

de sus agencias estatales, tiene prohibido inmiscuirse discrecionalmente en la vida del niño". Ello porque, según sostiene, los procesos de disposición tutelar excluyen explícitamente a la persona menor de edad del ámbito protector de garantías penales para trasladarlo a un sistema que gira en torno a los conceptos de protección, prevención, peligrosidad y resocialización.

Por otra parte, la actora también sostiene que la forma de intervención dispuesta por la norma impugnada "vulnera el principio de culpabilidad penal, consagrado en los arts. 18 y 19 de la C.N., art. 13 de la Constitución de la Ciudad, art. 9º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 40 de la Convención de los Derechos del Niño, en cuanto se habilita la intervención coactiva en la vida de un niño más allá de la conducta violatoria de la ley contravencional y en virtud de valoraciones respecto de la peligrosidad que su conducta pueda representar para si o para terceros". En tal sentido, argumenta que "[l]a institución del concepto de 'riesgo' define una hipótesis de desviación indeterminada y puramente valorativa, que corresponde al llamado 'derecho penal de autor', vedado expresamente por el texto de la Constitución local (...) por el cual el Estado transforma al niño o adolescente en un individuo 'peligroso', que debe ser corregido o neutralizado, para su beneficio o para terceros". Además, el concepto de riesgo generaría un amplio margen de discrecionalidad que autoriza a la autoridad preventora, o al fiscal actuante, a realizar un juicio de valor sobre la situación personal o social del niño o joven sorprendido en una conducta infractora de la norma contravencional".

Agrega la Asesora General Tutelar que, indisolublemente unido a lo anterior, la norma importaría una "clara vulneración al principio de máxima taxatividad legal, derivado del principio de legalidad" que consagra a los comportamientos (acciones o hechos) como objeto de prohibición normativa sin que pueda ella recaer sobre "una condición o circunstancia personal y/o social, premisa básica de un Estado de derecho".

A su vez, también resalta la accionante que el rótulo riesgo entrelazado con la "puesta a disposición" del organismo previsto en el art. 39 de la CCBA "abre un abanico de posibilidades, que legitiman el accionar del funcionario encargado de ejecutar la medida (fiscal o funcionario judicial) y que puede traducirse en un ejercicio arbitrario de la coerción penal, como también en una intromisión indebida en la vida privada de la persona menor de edad imputada, y de su grupo familiar". Todo lo cual, a su criterio, consagra una situación sumamente restrictiva de las garantías que surgen del principio de inocencia.

Finalmente, en la demanda se sostiene que la formulación legal del precepto impugnado no asegura el control judicial de las decisiones que la norma admite ni el derecho de defensa del niño o joven imputado. Por un lado, señala que el art. 27 "no establece el efectivo control del juez de las condiciones en las

cuales se lleva a cabo la aprehensión de un niño o adolescente presuntamente infractor de la ley contravencional, como tampoco se encuentra regulada la protección legal del derecho a contar con un abogado defensor que pueda cuestionar dicho procedimiento, en violación a lo dispuesto por el art. 18 C.N., arts. 13, inc. 3º y 11 de la CCBA, arts. 7º y 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos, arts. 9º, 10 y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y arts. 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño".

Por todo ello, la actora solicita que "[s]e haga lugar a la presente acción declarándose la inconstitucionalidad del art. 27 de la ley 12, y la pérdida de vigencia de aquélla".

2. Convocado a dictaminar sobre la admisibilidad formal de la demanda, el señor fiscal general propicio que se la declare admisible (fs. 28/30), temperamento que acogió el Tribunal en su resolución de fs. 34/42. En esa oportunidad, además, se ordenó correr traslado al GCBA y citar al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en calidad de tercero.

3. El GCBA contestó demanda (48/55) y solicitó el rechazo de la acción. En su presentación sostuvo que la lectura atenta de la normativa impugnada "(...) permite afirmar sin lugar a duda que tal organismo [Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes] carece en absoluto de facultades punitivas. Su función es la de promover y proteger integralmente los derechos de niños y adolescentes. De tal manera que (...) de ninguna forma puede implicar que se esté violando la libertad del niño, ni que se lo reprima o se coarte su libertad". También agregó que el precepto cuestionado persigue "proteger y desarrollar vidas humanas que se inician (...) a fin de que más tarde se integren a la sociedad, con plenitud de derechos con capacidad suficiente para cumplir los deberes que ella impone". Finalmente, defendió la razonabilidad de la norma, la legitimidad de su objeto y la proporcionalidad de los medios instrumentados para lograr el fin perseguido.

Por su parte, a fs. 64/72, el CDNNyA contestó la citación formulada y requirió "[s]e declare la pérdida de validez constitucional del art. 27 de la ley 12" pues, en líneas generales, compartió los planteos formulados en la demanda.

4. Corrida la vista que dispone el art. 21 de la ley 402, el fiscal general propició el rechazo de la acción declarativa de inconstitucionalidad planteada. Para sustentar su postura señaló que nuestro sistema constitucional establece una activa intervención del Estado en el reconocimiento y efectivización de los derechos de los niños. Por eso, indica que no puede predicarse "la obligación de abstención de actuar por parte del Estado en casos como los previstos por el art. 27 de la ley 12". A su criterio, la norma impone actuar a efectos de procurar el efectivo goce de los derechos reconocidos a favor de los niños. También se

enfatiza que la norma impugnada regula un supuesto de no aprehensión y que por no tratarse de una intervención jurisdiccional las garantías penales invocadas en la demanda no puede resultar lesionadas por el art. 27 del CPC. De todos modos, señala que alguna de las expresiones usadas por el precepto atacado no resulta feliz aunque, apunta, ello no es suficiente para confundir a los operadores judiciales o de otras agencias estatales. Por eso, también destaca que las competencias del CDNNyA no encuadran ni pueden ser analizadas como si se tratase de la actuación del sistema represivo del Estado. En definitiva, el dictamen postula que "el art. 27 de la ley 12, no genera sometimiento a juicio de los menores de 18 años de edad a los que allí se aluden, ni conlleva tampoco la imposición de medidas de naturaleza punitiva, sino la intervención en cada caso concreto, del CDNNyA, institución creada en virtud de lo dispuesto por el art. 39 de la Constitución de la CABA, cuya actuación, atento el contexto normativo que la regla, no presenta visos de insertarse en un sistema represivo".

5. A fs. 106/111 el Tribunal, por mayoría, ordenó la producción de prueba que estimó conducente para la solución del pleito.

6. Los *amicus curiae* que se presentaron en autos —el CELS a fs. 313/318 y el Colectivo de Derechos de la Infancia y Adolescencia de la República Argentina a fs. 334/340— requirieron que se haga lugar a la demanda.

7. El día 18/11/2008 se celebró la audiencia pública prevista en el art. 6º de la ley 402. Allí las partes, los *amicus curiae* y el Ministerio Público Fiscal, expresaron sus posturas.

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El juicio entablado a fs. 1/19 requiere establecer cuál es el significado que, desde la perspectiva constitucional corresponde asignar a lo prescripto por el art. 27 del Código de Procedimiento Contravencional. Esa norma establece: "Cuando la persona que estuviere incursa en una conducta calificada como contravención sea menor de 18 años, y ésta pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, el o la fiscal o la autoridad preventora debe ponerlo inmediatamente a disposición del organismo previsto en el art. 39 de la Constitución de la Ciudad".

A criterio de la parte actora y para lo que ahora importa, la norma impugnada, que "legisla el momento de la aprehensión de una niña, niño o adolescente que haya sido sorprendido en una conducta presuntamente infractora de la ley contravencional", constituiría un resabio de la concepción tutelarista, que consideraba a los niños y jóvenes como objeto de tutela y represión, y

que institucionalizó la vulneración sistemática de derechos y garantías de los menores y sus familias. La demanda postula que en tanto las personas menores de 18 años de edad no son punibles para la ley contravencional, excepto para la comisión de las de tránsito (art. 11 de la ley 1472), la exclusión del poder punitivo a su respecto debería operar desde el mismo momento del hecho, y debe eliminar la puesta en marcha de cualquier respuesta estatal posterior. Esto significa, conforme señala la actora, "exclusión absoluta, y el Estado, a través de cualquiera de sus agencias estatales, tiene prohibido inmiscuirse discrecionalmente en la vida del niño". Ello porque, según sostiene, los procesos de disposición tutelar excluyen explícitamente a la persona menor de edad del ámbito protector de garantías penales para trasladarlo a un sistema que gira en torno a los conceptos de protección, prevención, peligrosidad y resocialización. El precepto impugnado, según se sostiene, vulneraría los arts. 18 y 19 de la C.N., 13, incs. 3º, 9º y 11 de la CCBA, 37 y 40 de la Convención de los Derechos del Niño, 7º, 8º y 9º de la Convención sobre Derechos Humanos y 9º, 10, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En esa línea, el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (en adelante CDNNyA) destacó que "(...) del análisis semántico de la norma cuestionada surgen dos conceptos de raigambre tutelar: 'riesgo' y 'disposición'. Los dos términos denotan una connotación basada en el Sistema de Patronato de Menores, el cual puede ser ubicado en el abordaje positivista entre los anales del pensamiento criminológico". A criterio del organismo, "[e]xiste, respecto de la norma sometida a consideración, una palmaria contradicción con los tratados internacionales de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional (...)". En tal sentido señala que la ley 26.061, en consonancia con los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño "(...) ha determinado la exclusión de toda facultad de disposición tutelar (...) Consecuentemente, toda facultad de los órganos del estado para inmiscuirse en la vida de los adolescentes derivada dicha intervención por la mera comisión de conductas transgresoras a la ley penal o contravnecional, más aún cuando los jóvenes son sujetos no punibles, se encuentra actualmente derogada". La presentación también destaca que de las estadísticas que maneja "las situaciones que dan lugar a la intervención en virtud del art. 27 de la ley 12, son aquellas en las cuales los niños y niñas son víctimas" y finalmente postula que "(...) la intervención del Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, está motivada en su obligación de velar por el respeto de los derechos y garantías de todos los niños, niñas y adolescentes en todos y cada uno de los casos que los involucren" (fs. 64/72).

Por su parte, el GCBA, al defender la constitucionalidad de la norma impugnada en oportunidad de contestar la demanda (fs. 48/55), sostuvo que ella debe ser analizada "(...) no textualmente y desprendida de todo el contexto normativo que integra, sino atendiendo a la integración armónica de todos

los preceptos legales y de la manera más acorde con su constitucionalidad". A partir de ello señala que, en tanto el organismo al que se refiere la norma cuestionada carece de facultades punitivas su intervención "de ninguna forma puede implicar que se esté violando la libertad del niño, ni que se lo reprima o se coarte su libertad", por eso según indica, ponerlo a disposición del CDNNyA no implica aprehenderlo. Además, la contestación de demanda, enfatiza que el Estado debe garantizar los derechos de los niños y que "[l]o que persigue el art. 27 de la ley 12 es precautelar, proteger y desarrollar vidas humanas que se inician (...) a fin de que más tarde se integren a la sociedad, con plenitud de derechos y con capacidad suficiente para cumplir los deberes que ella impone". Finalmente, el GCBA aboga en favor de la razonabilidad del art. 27 del CPC en función de la legitimidad de su objeto y la proporcionalidad de los medios previstos para obtenerlo.

A su vez, las presentaciones de los *amicus curiae* (fs. 313/318 y fs. 334/340) concuerdan con la actora en relación con la inconstitucionalidad de normas que se basen en la doctrina de la situación irregular. Sin embargo, el CELS aclara que su postura "no implica de ninguna manera sostener que los niños que se encuentran en situación de vulnerabilidad social no deban recibir atención por parte del Estado en procura del goce de sus derechos elementales; pero esta obligación no debe ser puesta en manos de agencias del sistema penal, autorizando por medio de una norma a las fuerzas preventoras o al fiscal para intervenir sobre la vida de los chicos". Por su parte, los representantes del CDIA (Colectivo de Derechos de Infancia y Adolescencia de la República Argentina), señalaron que el término "riesgo" usado por la norma impugnada "es impreciso e indefinido, queda sujeto a la interpretación del agente estatal: esto es claramente una violación al principio de legalidad ya que el artículo objetado permite la intervención estatal coactiva. Decimos coactiva porque, el niño no obtiene su libertad sino hasta cuando aparezca algún funcionario del organismo mencionado —Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes— y lo lleve consigo" aunque, también apuntan que lo anterior no implica que "el Estado debe desentenderse de la necesidad de brindar respuestas a los menores de edad que así lo necesiten. Pero de ningún modo podemos avalar que la intervención del Estado sea mediante la privación de la libertad (así sea por pocas horas) y como reacción a una presunta contravención por la cual el Estado no puede reaccionar".

Finalmente, el fiscal general, por los argumentos desarrollados en el dictamen de fs. 76/89 propicia rechazar la demanda. En tal sentido, señaló que "(...) nuestro sistema jurídico, y en particular el de naturaleza constitucional, ha establecido una activa intervención del Estado en el reconocimiento y efectivización de los derechos de los niños, sosteniendo que lejos de ser su deber mantenerse en un rol de exclusión absoluta, tiene por obligación, incluso so

riesgo de incurrir en responsabilidad internacional, satisfacer el interés supremo de aquéllos". Luego, destacó que el art. 27 de la ley 12 regula un supuesto de "no aprenhensión" en el que "la presunta comisión de una contravención, lejos de autorizar la detención del menor de 18 años y su puesta a disposición de las autoridades judiciales competentes, determina que aquél sea puesto inmediatamente a disposición del CDNNyA (...)" cuando concurran los riesgos allí establecidos. De todos modos, apuntó que "[a]lgunas de las expresiones que, infelizmente, utiliza el art. 27 de la ley 12 recuerdan (...)" los "discursos tutelares" pero advirtió que "(...) la mera coincidencia de los verbos empleados no puede confundir a los operadores judiciales o de otras agencias que tengan por misión, cada uno en su rol, la defensa de los derechos de los niños". En esa línea, aclaró que "(...) la actuación que ha de seguir a la puesta a su disposición de las personas menores de 18 años, no puede ser encuadrada y analizada como si de la imposición de sanciones se tratase, o de la actuación del sistema represivo". Por su parte, indicó que "(...) las disposiciones constitucionales (...) mediante las que se establecen garantías procesales y sustantivas del derecho punitivo, no entran en contradicción con la disposición legal atacada, pues mediante ella no se somete a juicio contravencional a la persona menor de 18 años de edad, ni se resuelve en definitiva la imposición de sanción alguna a su respecto, sino que, justamente, al contrario, esa disposición, más allá de su inapropiada redacción y terminología utilizada, es una de las que determina apartar a dichas personas del aparato coercitivo estatal". En cuanto a la vulneración del art. 11 de la CCBA, el fiscal general sostiene que el trato diferente que la norma impugnada dispensa al menor esta "generada lógicamente a partir del propio art. 11, inc. 1º, del CC" y "responde directamente a los fines fijados por las normas constitucionales (...) mediante las que se prioriza el interés de los niños y jóvenes". En definitiva, el Ministerio Público Fiscal concluye que "el art. 27 de la ley 27 de la ley 12, no genera sometimiento a juicio de los menores de 18 años de edad a los que allí se alude, ni conlleva tampoco la imposición de medidas de naturaleza punitiva, sino la intervención en cada caso concreto, del CDNNyA, institución creada en virtud de los dispuesto por el art. 39 de la Constitución de la CABA, cuya actuación, atento el contexto normativo que la regla, no presenta visos de insertarse en un sistema represivo".

2. La extrema tensión que, según se denuncia, existiría entre el art. 27 del CPC y el bloque constitucional invocado por la accionante depende, de modo principal, del significado que se atribuya a la palabra disposición usada en el precepto impugnado.

El término "disposición" puede, comprensiblemente, suscitar crítica técnica y despertar rechazo valorativo. Su utilización por normas que han quedado derogadas (v. gr. ley 10.903), para ajustar la legislación de protección infantil

a los estándares mínimos que imponen los tratados internacionales aplicables, demuestra de modo suficiente que alguna de sus acepciones resulta incompatible con el pleno respeto de los derechos del niño. Sin embargo, no es menos cierto que el uso del término también puede encontrarse en la versión castellana de las Reglas de Beijing de 1985, cuya estricta equivalencia semántica con las versiones en idioma francés o inglés me parece opinable precisamente a propósito del término que nos ocupa (v. gr. art. 11.3, Reglas de Beijing).

La solución de la controversia planteada en este pleito, entonces, exige establecer si existe una interpretación constitucionalmente válida del precepto impugnado. En el proceso de decantación inevitablemente quedarán proscriptas las interpretaciones que menoscaben el derecho reglamentado y sólo superarán el escrutinio aquellas que le brinden alguna tutela cuando, además, el modo elegido para instrumentarla resulte válido a la luz de la normativa constitucional aplicable. Vale destacar, entonces, que identificar un sentido inapropiado, como el apuntado, no brinda una solución automática para este proceso. El parámetro para determinar la inconstitucionalidad de la norma impugnada, frente a la innegable protección que requieren los derechos reconocidos por el ordenamiento a favor de los niños, no depende de verificar que el término disposición tolera usos reprochables, sino en cambio, exigiría demostrar que no admite alguno legítimo. En este terreno, además, debe quedar acreditado que la elección del legislador brinda protección al derecho que pretende regular así como que la instrumentación elegida resulta constitucionalmente válida.

Las aristas que presenta el juicio tornan aconsejable, en realidad, imponen la emisión de una sentencia interpretativa; solución ya identificada como satisfactoria por el CELS en oportunidad de exponer como *amicus curiae* en la audiencia celebrada en los términos del art. 6º de la ley 402.

3. Hay sobradas razones para desechar la interpretación del art. 27 según la cual, mediante el uso de la expresión "poner a disposición" se viene a investir a la autoridad preventora o al Ministerio Público Fiscal de la facultad de privar de libertad al niño, niña o adolescente. Ellas fueron bien abordadas por la actora, en orden a rechazar la posibilidad de admitir normas de derecho interno basadas en la doctrina de la situación irregular.

Parece importante destacar pues ha sido señalado como rasgo censurable, el hecho de que la legislación de menores por mucho tiempo, se manejara con eufemismos tales como que los menores "no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de libertad, sino que ellos son 'dispuestos', 'internados' o 'reeducados' o 'sujetos de medidas tutelares (...)" cuando esas medidas en muchos casos significan privación de libertad (*Fallos,* 328:4343). En ese mismo precedente, la CSJN puntualizó como nota distintiva y criticable en la materia, que el régimen de

menores "no ha establecido una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado o incluso del que fue víctima, en efecto, para esos casos el juez tiene respuestas similares, disponer de ellos, que en muchos casos ha implicado internación". Así, para el máximo tribunal federal, ese esquema conocido en doctrina como "situación irregular", termina por someter al niño a lo peor de dos mundos, en tanto no recibe ni las garantías acordadas a los adultos ni los cuidados prometidos por su condición de menor (con cita de "Kent v. United States", 383 U.S. 541, 1966).

En línea con ello, el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en adelante 'el Comité'), en oportunidad de analizar el ordenamiento juvenil argentino, expresó preocupación al comprobar que entre la legislación nacional vigente había normas basadas en una concepción tutelar que no distingue entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que tienen conflictos con la justicia (Observaciones Finales, CRC.C.15.Add.187, del 9/10/2002).

Más recientemente la CSJN, aunque a propósito de la situación de las personas menores no punibles en el marco de la ley 22.278 (régimen penal de menores), destacó la tensión que existe cuando los menores "(...) son privados de su libertad, bajo calificaciones tales como 'dispuestos' (...) en condiciones de similar rigurosidad que la aplicada en la ejecución de las penas impuestas a los adultos, aunque con efectos más dañinos, pues interrumpe su normal evolución". En esta materia, el Alto Tribunal Federal, recepta la recomendación del Comité de los Derechos del Niño relativa a la necesidad de adecuar la legislación local a los estándares prescriptos por la Convención de los Derechos del Niño (en adelante CDN; G. 147 XLIV, causa 7537, sentencia del 2/12/2008) y, además, deslinda el modo en que cada rama de gobierno deberá contribuir, siendo la interpretación dinámica una de las que se desprende como disponible para el Poder Judicial. El Comité, vale destacar, en otras oportunidades ya se había referido a la necesidad de eliminar el concepto tradicional de 'situación irregular' en las normas de derecho interno (conf. Observaciones finales: Paraguay, 12/10/2001, CRC/C/15/Add.166, párr. 10.b, entre otras).

Desde esa perspectiva, resulta evidente, que no es constitucionalmente aceptable un significado del art. 27 que lo inscriba dentro de la ya mencionada doctrina de la situación irregular en tanto ello suponga privación de libertad.

Para concluir este punto, resta señalar que el fuerte llamado de los organismos de aplicación de la CDN, así como los señalamientos de la CSJN en relación con el deber de adecuar las normas internas para cumplir las obligaciones internacionales asumidas por el Estado argentino, por un lado, imponen abandonar el paradigma de la situación irregular y, por otro, justifica desarrollar una hermenéutica de las normas para menores que responda a los lineamientos consagrados por la aludida Convención y receptadas por el Régimen Nacional

de Protección de los Derechos de las niñas, niños y adolescentes (ley 26.061). Eso no significa otra cosa que privilegiar las interpretaciones que acuerden máxima operatividad a los derechos consagrados a favor de los niños.

4. A esta altura, según el esquema propuesto, resta establecer si, luego de haber desechado interpretaciones inválidas del art. 27 del CPC, queda algún contenido para la norma que el legislador hubiera podido elegir a la luz del bloque constitucional en juego, para regular la situación de los menores contemplada en el precepto impugnado.

En este terreno, resulta imprescindible no perder de vista el especial resguardo que a la protección integral de los niños brinda la CDN y, en esa línea, la CCBA (art. 39).

Mediante ese instrumento, los estados firmantes reconocen que el niño es un sujeto de derecho pleno y que durante la evolución de su madurez tanto física como psíquica, pesa sobre cada Gobierno la obligación de hacer efectivos los derechos consagrados por la Convención. Así, los vínculos entre el niño y las instituciones estatales no quedan redefinidos exclusivamente en relación con el trato a que tiene derecho cuando se alegue que ha infringido la ley penal. El cambio de paradigma compromete la obligación estatal de asegurar el goce efectivo de los derechos reconocidos por el ordenamiento internacional y local. Por eso, se ha podido definir al "interés superior del niño y adolescente" como "la máxima satisfacción, integral y simultánea" de los derechos y garantías reconocidos a su favor (art. 3º, CDN y art. 3º, ley 26.061).

Es sencillo comprender, entonces, por qué las políticas públicas en materia de niñez y adolescencia generan regulaciones que al tiempo que proscriben las "injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada" también necesiten organizar medidas "(...) administrativas, sociales y educativas apropiadas para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación, incluido el abuso sexual (...)" (arts. 18 y 19, CDN).

5. El art. 27 de la ley 12 dispone que, "cuando la persona que estuviere incursa en una conducta calificada como contravención sea menor de 18 años, y ésta pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, el o la fiscal o la autoridad preventora deben ponerlo inmediatamente a disposición del organismo previsto en el art. 39 de la Constitución de la Ciudad".

No parece dudoso que este texto no tiene en mira investir al CDNNyA de facultades que no vengan otorgadas por la ley de creación o eventualmente leyes que la complementen. Dicho de otro modo, la "disposición" que puede hacer de la persona menor a cuyo respecto obra en ejercicio de sus competencias, no puede ser distinta de la sumatoria de medidas de asistencia que la ley 114, no tachada de inconstitucional, ponen a cargo del citado Consejo. La palabra

empleada ciertamente podría llegar a mentar otras modalidades, y esto la torna cuestionable o inapropiada, pero lo cierto es que el texto del art. 27 no da al Consejo poderes de disposición sobre la persona menor.

Tampoco las acuerda a las autoridades sobre las cuales hace pesar el deber de "poner a disposición", pero sin asignarle medios compulsivos a ese fin. En otras palabras, el referido art. 27 no otorga poder para privar de libertad a las personas menores, ni a la autoridad preventora ni a los fiscales ni al CNNyA. Es oportuno recordar que la protección de los derechos de esas personas menores también se encuentra prevista en normas nacionales y está a cargo de agentes públicos nacionales, como consecuencia de las restricciones impuestas al art. 129 de la C.N. por la ley 24.588. En otras palabras, no todas las hipótesis de actuación ni soluciones referidas a la protección de menores pasa por la normativa impugnada.

La "disposición" que menciona la norma no puede ser otra que el ejercicio de las competencias que la CCBA y la ley 114 acuerdan al CNNyA; y la "puesta a disposición" tampoco puede exceder el empleo de medios legítimos, esto es, que no soslayen ni fuercen el consentimiento de la persona menor involucrada, dirigidos a ponerla en contacto con el CNNyA, a fin de que éste pueda ejercer sus competencias.

A su turno, no constituye ello una facultad sino un deber de las autoridades mencionadas, y la hipótesis en que deben cumplirlo no coincide con la suposición de que un niño, niña o adolescente ha cometido una contravención sino que deben evaluar el riesgo al que se refiere la norma (v. gr. riesgo sobre personas y no sobre cosas) en un tiempo reducido acorde con el propio riesgo y la finalidad de ayudar a la persona menor prevista en el orden jurídico, esto es, no deben convertirlo en una fuente de molestias para éste.

6. Sentada la interpretación según la cual el art. 27 no acuerda poderes ni al CNNyA ni a las autoridades preventores ni al Ministerio Público Fiscal, cabe advertir que, ello no obstante, su vigencia no es inocua. Por el contrario, tiene un efecto importante.

Apenas establecida la condición de menor de la persona que se supone autora de una contravención, y cualquiera sea el grado de certeza que se crea tener, desaparece la ocasión para ejercer la acción punitiva; y naturalmente no queda remplazada esa posibilidad por la de disponer medidas de la especie que las convenciones internacionales vinieron a desplazar. El precepto continúa, empero, siendo operativo en tanto establece el deber, de las autoridades a las que se dirige en razón de haber quedado en contacto con la persona menor, de no desentenderse de ella sino que les impone el deber de evaluar, dentro de sus posibilidades y sin que ello autorice infringirle o aumentarle un padecimiento, si esa persona representa un riesgo para sí o para terceros; y si llega a esa conclu-

sión debe articular mecanismos idóneos para establecer el inmediato contacto con el CNNyA a fin de que éste pueda ejercer sus competencias.

Como bien señaló la señora Asesora Tutelar General en la audiencia pública celebrada en autos, esa evaluación no puede basarse en la mera creencia de que la persona menor hubo incurrido en una contravención, por fundada que dicha suposición fuere. Ello así, porque la ley no supone que la comisión de una contravención —por otra parte, incierta en el caso— suponga el riesgo al que se refiere. Ese riesgo no es el riesgo para cualquier bien tutelado por la ley sino el que eventualmente pese sobre personas, su generador u otro. La evaluación debe ser inmediata, puesto que la inmediatez de la puesta en contacto con el CNNyA que el art. 27 exige no puede quedar desdibujada por un trámite de evaluación prolongado. En síntesis, el legislador ha ordenado a la autoridad que está, según las circunstancias, en contacto con la persona menor que no se desentienda de su destino sino que, tras una inmediata evaluación de los riesgos que puede ocasionar permite al niño, niña o adolescente entrar en contacto con el CNNyA empleando a ese fin medios que no incluyen violentar su consentimiento u obrar en contra de él. El art. 27 del CPC importa generar una vía, a cargo de agentes públicos, para que la autoridad administrativa encargada de velar por el respeto y goce de los derechos del niño pueda ejercer las competencias que le confiere la ley 114, reglamentaria del art. 39 de la CCBA.

El deber impuesto a los funcionarios alcanzados por el art. 27 del CPC, exige que la presunción de riesgo derive de las circunstancias que rodean al hecho que suscitó su intervención. Aunque la referencia al riesgo como pauta de actuación está rodeada de un importante grado de indeterminación, también es cierto que ella está signada por una norma que, si bien no brinda mayores precisiones en torno a cada una de las hipótesis abarcadas, sí logra que el resultado buscado sea reconocible. De ese modo, la lectura del precepto en armonía con la normativa constitucional aplicable, reduce un ámbito de discrecionalidad, en apariencia, muy amplio. La posibilidad de elección para el destinatario del deber impuesto por la ley queda limitada porque hay finalidades que exceden el ámbito regulado por el art. 27 del CPC. A esta altura, ya quedó establecido que el objeto del artículo es permitir el acceso a los servicios que dependen del Consejo, porque el estado no puede desentenderse ante situaciones que requieren asegurar el goce de derechos que el bloque constitucional y legal acuerdan a favor de los niños. Así entonces, la finalidad impuesta por la norma siempre debe ser proteger los derechos del menor. También se lo protege cuando brindarle la asistencia del Consejo evita exponerlo a sufrir daños en su persona, o a que los que pudieran padecer terceros, cuyas consecuencias gravosas impactaran sobre el menor involucrado, no hayan sido evitados en condiciones en que ello era posible. Desde esa perspectiva, el mecanismo previsto en la norma bajo estudio, tiene una faceta preventiva no desdeñable.

Esa particularidad la pone a tono con las "Orientaciones fundamentales" de las Reglas de Beijing (art. 1.1/1.6) destinadas a "(...) promover el bienestar del menor en la mayor medida posible, lo que permitiría reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores y, a su vez, reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención". Para la Asamblea General de la ONU, las medidas de atención a los menores con fines de prevención, constituyen requisitos básicos de las políticas destinadas a proteger los derechos de la infancia (Comentario a las reglas 1.1 a 1.3, resol. 40/33).

7. En línea con lo anterior, cabe señalar que el art. 39 de la ley 114, luego de enumerar situaciones lesivas de derechos de niños/as y adolescentes, impone a toda persona el deber de "comunicarlo inmediatamente a los organismos competentes". No parece reprochable, menos aún desde el punto de vista constitucional, que el deber impuesto a los ciudadanos pueda también estar destinado a funcionarios determinados, en una situación en la que el menoscabo en el goce de los derechos acordados por el ordenamiento a favor del niño, puede manifestarse en forma patente. Así, la intervención que se asume a partir del art. 27 de la CPC tiende a poner a los menores en situación de recibir el servicio que les está destinado, conforme la CCBA, en consonancia con el resto del bloque constitucional invocado en autos.

Entender que el precepto analizado establece un mecanismo para que el Consejo entable una comunicación o despliegue otras de sus competencias en relación con un menor, viene a alinearse con las recomendaciones del Comité orientadas a que la situación de desamparo u otro peligro que pudiera amenazar a un niño no genere la judicialización del problema, ni suponga privarlo de su medio familiar y que, en cambio, postulan la obligación de establecer "mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección" (Observación Finales: Argentina, 9/10/2002, CRC/C/15/Add.187, párr. 41).

El modo en que se ponga en práctica el deber que la norma impone a los funcionarios allí identificados podrá asumir formas diversas, pero no podrá avanzar sobre la libertad del menor involucrado. Establecer la comunicación inmediata entre el menor y el Consejo, por ejemplo a través de la guardia permanente de ese órgano, representa un mecanismo apto para que cualquiera sea el curso de acción que se suscite luego de la oportunidad prevista en el art. 27 del CPC, la autoridad de aplicación en materia de minoridad quede en condiciones de ejercer sus competencias en resguardo de los derechos en juego.

En este punto la interpretación propiciada, además, queda en línea con la preocupación que expresara el Comité en relación con "(...) la falta de procedimientos normalizados para la detección y comunicación de los casos de

descuido, maltrato y abuso, y el carácter limitado de los servicios de apoyo a las víctimas, especialmente en las provincias" (Observación finales: Argentina, ya citadas, párr. 44).

8. El precepto bajo estudio sólo puede ser interpretado como un mecanismo para que o bien el menor sea conducido sin presión a entrar en contacto con el Consejo, o que este organismo disponga los medios para contactarlo, y ejercer sus competencias en lo que fuere conducente, aprovechando el aviso de la autoridad preventora o el fiscal interviniente.

La norma cuestionada, en la inteligencia que he desarrollado y que, según creo, no distorsiona su texto, sobrevive a las objeciones de la accionante tanto las que apoya en la C.N. y CCBA como en los tratados internacionales. No ocurre lo mismo con aquellas otras interpretaciones que apoyan en el art. 27 facultades de las autoridades mencionadas en él que avancen sobre la libertad del menor. Asimismo, la norma cumple con una función conducente a la mejor observancia de los deberes que el GCBA tiene respecto de los niños, niñas y adolescentes, en tanto obliga a las autoridades a las que está dirigida, a no desentenderse de las personas menores con las que han entrado en contacto en razón de sus tareas específicas, sino que deben evaluar si existen riesgos para sí o para terceras personas y poner los medios de que legítimamente pueden valerse para facilitar la tarea del órgano constitucional especializado, el CNNyA. Ello suministra la razón de mantener el texto en el ordenamiento jurídico al mismo tiempo que su redacción insuficiente para asegurar una aplicación en armonía con la Constitución Nacional, la CCBA y los tratados internacionales, obliga a fijar la interpretación válida del texto cuestionado.

9. En suma, la demanda acierta al identificar un significado que no debe atribuirse a lo normado por el art. 27 de la ley 12. Sin embargo, concluir a partir de esa verificación que el precepto es inconstitucional, soslaya el deber que pesa sobre el Tribunal de privilegiar una interpretación que lo ponga en línea con la CDN, la C.N. y la CCBA para asegurar la vigencia de los mecanismos generados a fin de garantizar el pleno goce de los derechos reconocidos a favor de los niños, niñas y adolescentes.

En tal contexto, corresponde explicar cuál es el formato que requiere la sentencia destinada a dirimir este pleito. El art. 113, inc 2º, de la CCBA sólo concibió como necesario regular los efectos de la acción declarativa de inconstitucionalidad en el supuesto en que el Tribunal estima inválida la norma; y quizás más precisamente en el supuesto de estimar inválida una ley de la legislatura. Nada dice de los efectos de pronunciamientos en supuestos en que no decide hacer lugar a la derogación de la norma allí prevista. Empero, el texto tampoco permite inferir, no al menos en términos lógicos, que la sentencia carecerá de efectos en cualquier otro supuesto, o, lo que es lo mismo que no hay posibili-

dades de progreso parcial de la pretensión que da origen a la intervención del Tribunal. Ciertamente, es posible pensar que los efectos posibles son solamente dos, a saber, la eliminación de la norma y su permanencia; pero, el mecanismo por medio del cual se puede inferir esta solución no es un mecanismo aceptable en términos de lógica formal sino que es el *contrario sensu* propio de la retórica y cuya aplicación en el campo jurídico debe ser hecha, en todo caso, con extremo cuidado.

Otros contenidos de la Constitución hacen preferible llenar el vacío con una solución más compleja y rica en consecuencias intermedias.

Primeramente, el Tribunal no tiene impedimento sino, en todo caso, el deber de interpretar la totalidad del ordenamiento jurídico, incluyendo las propias normas impugnadas. Segundo el tipo de conflicto que el art. 113, inc. 2º, permite llevar al Tribunal trae previsiblemente oportunidad de ofrecer distintas soluciones para distintos escenarios. Un primer escenario es aquel en el cual la norma cuestionada no admite ninguna interpretación que la ponga en armonía con el bloque constitucional. En este caso, la solución de eliminarla del orden jurídico es imperiosa. Un segundo escenario surge de la confrontación de una norma que admite interpretaciones en las cuales es inconstitucional junto con otras en que las razones de la invalidez no están presentes. En esas condiciones, hacer lugar a la demanda supone eliminar un producto legislativo válido, solución que implica el ejercicio de la potestad derogatoria en exceso del campo que le está previsto por la Constitución. Rechazar la pretensión, a su turno, la deja incólume y frustra la posibilidad de excluir una norma inválida en esa interpretación, circunscribiéndola al control difuso, sin que exista un modo para eliminar esos supuestos intolerables para el sistema dotado de la generalidad y el carácter expeditivo presentes en la acción declarativa de inconstitucionalidad del 113, inc. 2º. A su vez, la realidad produce mayores situaciones que las abordadas, puesto que en algunas ocasiones las alternativas válidas y las inválidas pueden convivir en el criterio de distintos jueces de mérito, mientras que en otras la jurisprudencia puede ser solamente la de la interpretación inválida, o solamente la de la interpretación válida. Estos escenarios sugieren la necesidad de matizar soluciones a fin de darle a la acción declarativa de inconstitucionalidad diseñada por el constituyente la potencia de que éste ha querido dotarla.

Cuando la interpretación de la norma que la hace inconstitucional, es ineludible, la decisión de derogar es inexorable y no resta espacio para salvar ninguna admisible voluntad legislativa. Cuando, en cambio, existen alternativas de una y otra especie, hacer lugar a la pretensión derogatoria supone eliminar contenidos legislativos que serían válidos mientras que rechazar de plano la pretensión supone dejar en pie la posibilidad de una aplicación constitucionalmente inválida de la norma. En un supuesto, se está sacrificando indebidamente la voluntad legislativa, y en el otro la pertinencia de las objeciones constitu-

cionales en desmedro de los derechos invocados, también indebidamente. Para salir de la aporía resulta aceptable introducir la interpretación haciendo ejercicio en el marco de esta acción abstracta de las facultades que tiene el tribunal de interpretar cualquier norma del sistema, con las mismas posibilidades que tienen de hacerlo los jueces de mérito aunque con el rango superior que le da la Constitución. La interpretación, debe ser hecha con prudencia, puesto que no se está en presencia de una causa que oriente al juez a propósito de un caso concreto. Lejos de buscar establecer la correcta y uniforme interpretación de una norma, el sentido de la que se adopte en una acción de este tipo no es otro que limitar el universo de lo que es admisible constitucionalmente. Consecuentemente, puede ocurrir que en lugar de establecer una interpretación se eliminen las que son vedadas por el bloque constitucional, o bien que se establezca la interpretación en términos muy amplios pero suficientes como para asegurar que cualquier precisión con que se la complete resulte admisible a la luz de la norma suprema.

De las dos formas admitidas, principalmente, por el Tribunal Constitucional italiano nos podemos valer en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires (conf. Celotto, Alfonso: *El derecho juzga a la política*, Ediar, Buenos Aires, 2005, p. 82). Será preferible la llamada interpretativa desestimatoria cuando los tribunales de mérito o aún el propio Tribunal Superior hayan adoptado una interpretación compatible con la Constitución y lo hayan hecho de un modo más o menos generalizado como para hacer innecesaria la apertura de la acción. Por el contrario, cuando exista una tendencia a la interpretación inadmisible pero subsista la posibilidad de hacer una que resguarde de la oposición a la norma suprema, será preferible hacer lugar a la acción y establecer la interpretación admisible o aun la correcta, que vendrá a limitar de un modo más expreso a los tribunales de mérito en función de la autoridad de los fallos del Tribunal Superior. Una segunda variable que justifica adoptar una u otra alternativa, valora las dificultades que encierran las normas cuestionadas a la luz de la constitución. Cuanto mayor sea la necesidad de inducir interpretaciones constitucionales en la autoridad que las aplique, mayor será la razón para la sentencia estimatoria interpretativa. Para la situación de autos la prueba producida, en líneas generales, muestra que pese a no registrarse desvíos significativos, el sentido constitucional de la norma cuestionada debe ser precisado para despejar dudas a su respecto. En cualquiera de los dos supuestos en cuestión, el tribunal estará utilizando su potestad de interpretar normas que componen el sistema a fin de disponer de la pretensión, sin perder de vista las tres perspectivas relevantes. La del emisor de la norma, puesto que no se sacrifica contenidos posibles por la sola circunstancia de estar expresados mediante una formulación lingüística susceptible de interpretación que convierte en inconstitucional la norma. Ésta es particularmente importante cuando se trata de normas emanadas del Poder

Legislativo debido a la complejidad que tiene el proceso previsto para ejercer ese poder, a diferencia de lo que ocurre en órganos administrativos. La perspectiva del que articula la demanda, puesto que no se rechazan pretensiones dirigidas a evitar la aplicación inconstitucional de reglas por la sola circunstancia de que existen interpretaciones que armonicen con la constitución. Finalmente, la del Tribunal superior puesto que formular la interpretación de normas de la especie de las cuestionables por esta vía procesal no excede sus funciones.

En síntesis, la posibilidad de emitir sentencias interpretativas, ya sea estimatorias o desestimatorias, importa acudir a un mecanismo flexible para consagrar de modo más pleno la voluntad del constituyente de asegurar que las normas generales que componen el orden jurídico sean armónicas con la Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad.

Por todo ello, voto por: *i)* no hacer lugar a la pretensión articulada por la actora en cuanto requiere la pérdida de vigencia de la norma impugnada, *ii)* fijar como interpretación válida del art. 27 de la ley 12 la desarrollada en el punto 5 de este voto, y *iii)* declarar la inconstitucionalidad de cualquiera que se aparte de ella. Costas por su orden (art. 25, LPT).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

I. El art. 11 del CC establece: "Causales de inimputablidad. No son punibles las personas: *1.* Menores de dieciocho (18) años, excepto cuando se impute la comisión de contravenciones de tránsito, en cuyo caso la edad de punibilidad es la requerida para obtener la licencia de conducir. En estos casos no se aplica la sanción de arresto (…)".

Como se ve, a través de esta norma la Ciudad adoptó el principio de excluir a los niños, niñas y adolescentes menores de dieciocho años de la órbita del derecho contravencional, salvo para los casos de infracciones de tránsito, respecto de las cuales son punibles pero por las que no pueden ser privados de su libertad.

Pese al criterio establecido en el art. 11 CC, el art. 27 la Ley de Procedimiento Contravencional 12 dispuso: "Cuando la persona que estuviere incursa en una conducta calificada como contravención sea menor de 18 años, y ésta pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, el o la Fiscal o la autoridad preventora debe ponerlo/ponerla inmediatamente a disposición del organismo previsto en el art. 39 de la Constitución de la Ciudad".

Es decir que, si bien existe una norma de fondo que sustrae a los niños, niñas y adolescentes del ámbito contravencional (art. 11, CC), igualmente una regla procedimental los introduce en él (art. 27, LPC).

Ahora bien, si los niños, niñas y adolescentes no son penalmente judicializables (art. 11 del CC), entonces no puede haber en la Ley Procesal Contravencional ninguna disposición que habilite de modo excluyente la actuación de

las agencias penales (policiales o dependientes del Ministerio Público Fiscal) en relación con ellos.

En otros términos, el art. 27 LPC, ubicado en el Capítulo VII que regula la Aprehensión, permite que cualquier fiscal de la Ciudad y/o cualquier integrante de la fuerza policial aprehenda a un menor, y restringe, por tanto, su libertad ambulatoria sin plazo ni medidas de contralor de ningún tipo. Esta operación por la cual la normativa excluye (art. 11, CC) a la vez que incluye (art. 27, LPC) a los niños, niñas y adolescentes en el campo del derecho contravencional, es autocontradictoria e inválida.

II. La redacción del art. 27, LPC, contiene asimismo expresiones propias del antiguo modelo tutelar como son la "puesta a disposición" y el "riesgo". Estas voces fueron caracterizadas por la CSJN como "eufemismos" que permitieron la violación de distintas garantías constitucionales de los menores de edad durante la vigencia de la ley 10.903 que establecía el régimen del Patronato de Menores conocido como de la "situación irregular", y que fue derogado por la ley 26.061 en el año 2005.

La redacción del texto impugnado constituye un resabio de la concepción tutelarista de la "situación irregular", el cual tiñe negativamente cualquier sentido, por más bienintencionado que éstos sean, que se le atribuyen a la norma con el propósito de salvar su constitucionalidad.

La CSJN ha dicho que "[una] característica (…) de la justicia penal de menores es que se ha manejado con eufemismos. Así, por ejemplo, los menores no son, por su condición, sujetos de medidas cautelares tales como la prisión preventiva ni tampoco privados de su libertad, sino que ellos son 'dispuestos', 'internados' o 'reeducados' o 'sujetos de medidas tutelares'. Estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la 'libertad ambulatoria', aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias.// 27) Que, siguiendo este esquema, la justicia de menores históricamente se ha caracterizado por un retaceo de principios básicos y elementales que se erige en todo debido proceso, tales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia, proporcionalidad y defensa en juicio" (CSJN *in re* "Maldonado", *Fallos,* 328:4343).

El hecho de que la "disposición" se haga en nombre del bien y de la protección del niño, no obsta para considerar esa injerencia como una actuación del sistema penal. Así lo señala el CELS a fs. 316: "A través del uso de eufemismos (...) se otorga vía libre a los órganos encargados de la persecución penal y a la

agencia policial para detener a un niño, niña o adolescente, cuando según su 'olfato' y criterio, éste pudiera representar un riesgo para sí o para terceros".

Y ello es así porque los derechos de los niños, que el Estado tiene la obligación de hacer efectivos, no pueden ser atendidos de cualquier modo, o por caminos que violan sus garantías fundamentales. Concretamente, el Estado tiene vedado recurrir al sistema penal para tutelar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, para lo cual, además, cuenta con todos sus recursos. En el afán de proteger a los niños no pueden "disponer" de ellos las autoridades policiales y fiscales a los que la norma impugnada faculta, lo que de ninguna manera quiere decir que otras autoridades ajenas a la órbita contravencional no tengan obligaciones en relación con ellos.

Por el contrario, el art. 4º de la CDN, en concordancia con los arts. 6º y 7º de la ley local 114, establece que "[l]os Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas, y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de cooperación internacional".

La alusión a medidas "de otra índole", desde la perspectiva del plexo normativo conformado por los tratados de derechos humanos, la Convención de los Derechos del Niños, la Constitución Nacional y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, no puede sustentar la constitucionalidad del art. 27 LPC.

III. Reglas como la cuestionada, aun cuando se atribuyen una función no penal (asistencial, tutelar, etc.) habilitan solapadamente el ejercicio del poder punitivo y son identificadas por Zaffaroni, Alagia y Slokar como "leyes penales latentes". Los autores citados dicen que "[e]l poder estatal asigna a sus instituciones funciones manifiestas, que son expresadas, declaradas, y públicas. Se trata de una necesidad republicana: un poder pautador que no exprese para qué se ejerce no puede someterse al juicio de racionalidad. Pero esta función manifiesta por lo general no coincide por completo con lo que la institución realiza en la sociedad, o sea, con su función latente o real. Esta disparidad siempre debe ser objeto de la crítica institucional, porque es la única manera de controlar la racionalidad del poder. // Es necesario construir el concepto de ley penal de modo que abarque las leyes penales manifiestas (código penal, leyes penales especiales, disposiciones penales en leyes no penales), tanto como las leyes penales latentes, que con cualquier función manifiesta no punitiva (asistencial, tutelar, pedagógica, sanitaria, etc.) habiliten el ejercicio de un poder punitivo. Cuando estas últimas son reconocidas, deben pasar a formar parte del objeto de interpretación del derecho penal como saber jurídico, porque se trata

de casos de criminalización que sustraen a los límites del derecho penal y que éste debe recuperar para su función acotante, aunque sólo sea para proclamar su inconstitucionalidad" (Zaffaroni, Alagia, Slokar: *Derecho penal. Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2000, pp. 38/39).

En la misma línea de argumentación, el CELS sostuvo que "[e]l carácter punitivo de la norma se desprende, no ya de la función que aparece explicitada en la ley —que es la de dar intervención al Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes— ni de la actividad concreta que realiza esta institución en los casos en los cuales interviene, sino por el hecho de habilitar a los órganos encargados de la persecución penal y la prevención de delitos, a proceder a la detención, es decir, a la restricción del derecho a la libertad ambulatoria, de un niño, niña o adolescente que presuntamente hubiere cometido una contravención, sin proveer las debidas garantías constitucionales, y a pesar que la ley de fondo expresamente declara que los mismos no resultan punibles" (fs. 316).

La Orden del Día Interna de la Policía Federal Argentina nº 47 del 13/3/2006, folio 16, transcribe la indicación que le fuera suministrada a ese organismo por el Consejo de los Derechos de Niñas, Niños o Adolescentes: "[l]os criterios de trabajo a cumplir es que todo menor de 18 años que ingrese a la dependencia policial sin orden de un juez, deberá ser notificado a los abogados de guardia [del CDNNyA] quienes indicarán los pasos a seguir así como la remisión de las actuaciones donde corresponda.// En el caso de tratarse de infractores al Código de Convivencia Urbana de la Ciudad, se notificará al Fiscal interviniente para que califique la conducta y se procederá a comunicar tal situación al abogado de guardia, no debiendo tomarse fotografías ni huellas dactilares, por tratarse de menores inimputables" (fs. 234).

El documento referido demuestra la operatividad inconstitucional del art. 27, LPC. Aun cuando son inimputables, el procedimiento habitual implica que los niños ingresan a las comisarías, no por orden judicial sino a partir del criterio policial, que se labran "actuaciones" (aunque sin tomarse fotografías ni huellas dactilares), y que finalmente se da intervención al Fiscal.

Como se ve, a través del artículo cuestionado se ponen en funcionamiento los mecanismos propios del sistema penal, haciendo caso omiso de la prohibición absoluta del art. 11, CC.

En conclusión, tanto por su ubicación contradictoria en el marco de la ley procesal contravencional, cuanto por los efectos que de ella se siguen, el art. 27 de la ley 12 es inconstitucional.

IV. Desde otra perspectiva es posible advertir la inconstitucionalidad de la disposición impugnada. El art. 27, LPC, hace eje en el "riesgo para sí o para terceros", para autorizar la intervención de ciertas agencias del sistema penal en la vida del niño que está "incurso en una conducta calificada como contravención". A partir de la noción de riesgo determinadas personas (niños y

adolescentes involucrados en la supuesta comisión de una contravención) son calificados como peligrosos "para sí o para terceros".

El riesgo o la peligrosidad asociada a un sujeto es un fundamento inválido aun cuando se tratara de adultos imputables, porque conlleva inevitablemente la introducción del derecho penal de autor prohibido por los arts. 18 y 19 C.N., art. 13 inc. 3º CCBA, art. 9º CA, art. 15 PIDCP y 40 CDN.

Tal como afirma el CELS, "al no ser punibles en materia contravencional, el único fundamento de la detención es la presunta `peligrosidad´ que el niño, niña, o adolescente representa, según la opinión de la autoridad policial o del fiscal. De esta manera, la norma en cuestión faculta al preventor a determinar si el menor de edad `es peligroso para sí o para terceros´, y su solo juicio habilita el acto de disposición" (fs. 317 vta., destacado en el original). En el mismo sentido, la Asesora General Tutelar sostuvo en la demanda que con la evaluación del "riesgo "[s]e desvincula la conducta típica, con el reproche efectuado a la persona menor de edad presuntamente infractora. A éste se le reprocha el 'riesgo' que su conducta pueda generar para sí o para terceros. Es decir, la ley contravencional permite la imposición de medidas al niño o adolescente por algo que va más allá de la conducta típica y antijurídica, y cuya evaluación queda en cabeza del fiscal o de la autoridad preventora, sin límite normativo alguno, y sujeta a apreciaciones puramente valorativas.// Esta desvinculación (…) hace desaparecer la medida que debe guardar la intervención coactiva del Estado, con los consiguientes excesos a los que se puede ver expuesto el niño" (fs. 8 vta.). Más adelante, la Asesora expresó que "[l]a institución del concepto de 'riesgo' define una hipótesis de desviación indeterminada y puramente valorativa, que corresponde al llamado 'derecho penal de autor', vedado expresamente por la CCBA (art. 13, inc. 9º), por el cual el Estado transforma al niño o adolescente en un individuo 'peligroso' que debe ser neutralizado para su beneficio o para terceros" (fs. 9).

En el precedente "Gramajo" (*Fallos,* 329:3680, del 5/9/2006), la CSJN enfatizó el rechazo a la concepción de peligrosidad sin delito, que no retribuye la lesión a un bien jurídico que pueda causar un determinado acto, sino que apunta a encerrar a la persona por la forma en que conduce su vida, y que el Estado decide valorar culpable o peligrosa (considerando 17). Al respecto, sostuvo: "*18)* Que resulta por demás claro que la Constitución Nacional, principalmente en razón del principio de reserva y de la garantía de la autonomía moral de la persona consagrados en el art. 19, no permite que se imponga una pena a ningún habitante en razón de lo que la persona es, sino únicamente como consecuencia de aquello que dicha persona haya cometido. De modo tal que el fundamento de la pena en ningún caso será su personalidad sino la conducta lesiva llevada a cabo". A continuación estableció que no puede admitirse que el Estado se arrogue la potestad de juzgar la existencia misma de la persona,

"sin que importe a través de qué mecanismo pretenda hacerlo, sea por la vía del reproche de culpabilidad o de la neutralización de la peligrosidad". Acerca de la peligrosidad, la Corte estableció que "es un juicio subjetivo de carácter arbitrario" (considerando 22).

V. A su vez, la redacción de la regla impugnada contraviene el principio de legalidad que requiere "máxima taxatividad de la ley penal". Como advierte el Dr. Zaffaroni en su Tratado, "aunque la ley penal se expresa en palabras y éstas nunca son totalmente precisas, no por ello debe despreciarse el principio de legalidad, sino que es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra" (Zaffaroni, Alagia, Slokar: ob. cit., p. 116), y así permitir tanto la comprensión del ciudadano de cuál es la conducta tipificada cuanto la previsión de la sanción que corresponde por su comisión.

Acierta, pues, el CELS al entender que "[l]a norma presenta serias deficiencias en cuanto a la precisión de los términos que emplea y la delimitación de su alcance, a punto tal de no ser compatible con el `principio constitucional de estricta legalidad´ ni con el de `máxima taxatividad penal´. A continuación, en apoyo de sus dichos trae una cita de Claus Roxin (*Derecho penal*, t. I, Civitas, Madrid, 1997, pp. 137 y ss.) que estipula que "una ley indeterminada o imprecisa, y por ello poco clara, no puede proteger a la persona de la arbitrariedad, porque no define una autolimitación del poder punitivo estatal a la que se pueda recurrir" (fs. 316 vta.).

El texto del art. 27, LPC, habilita múltiples interrogantes con varias respuestas posibles cada uno: *a)* ¿Qué quiere decir "estar incurso" en una contravención? ¿estar imputado? ¿haber sido atrapado *in fraganti* delito? ¿esto debe dar lugar a una actuación judicial aun siendo el infractor inimputable? *b)* ¿Qué es lo que representa el "riesgo para sí o para terceros"? ¿la persona o la conducta/contravención cometida? *c)* ¿Qué es el riesgo? ¿el riesgo debe presentarse junto con la comisión de una contravención o puede justificar por sí la "disposición"? y por último, ¿cuáles son los alcances de la "puesta a disposición"? ¿Implica la privación de la libertad? ¿dónde?, y ¿por cuánto tiempo?

En efecto esa norma, por su grado de indeterminación no satisface el estándar mínimo del principio de legalidad en materia penal.

En consecuencia, en el marco de las normas internacionales, nacionales, y locales invocadas, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 27 de la ley 12.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. En la presente acción declarativa se impugna la validez constitucional del art. 27 de la ley 12 (Código Procesal Contravencional) en cuanto dispone, respecto de personas menores de 18 años de edad que incursionaran en una

conducta calificada como contravención, "…y ésta pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, el o la Fiscal o la autoridad preventora debe ponerlo/ponerla inmediatamente a disposición del organismo previsto en el art. 39 de la Constitución de la Ciudad".

La disposición es atacada bajo la alegación de contravenir los arts. 18 y 19 de la C.N.; 13 inc. 3°, 9º y 11 de la CCBA; 37 y 40 de la CDN, entre otros de diversos tratados y pactos que conforman el bloque de constitucionalidad de nuestro país.

2. Tal como ha sido presentada la cuestión para su análisis de constitucionalidad, cabe puntualizar que el planteo impugnatorio reposa centralmente en la afectación del nuevo paradigma de relación entre el Estado y el universo de la infancia y adolescencia que postula la Convención de los Derechos del Niño y de los principios que lo estructuran, afectación que se materializa por legislarse "la aprenhensión" de un niño cuando no existe, a su respecto, poder punitivo estatal pues los menores de 18 años no son punibles para la ley contravencional de la Ciudad de Buenos Aires (art. 11, ley 1472, CCBA).

En virtud de ello, la cuestión a dilucidar en estas actuaciones consiste en establecer si la eventual restricción de acción al menor con el fin de que tome contacto inmediato el órgano administrativo a cargo de la políticas sobre niños, niñas y adolescentes —para el caso descripto en la norma atacada—, se encuentra justificada en orden a los objetivos que persigue la ley o si, por el contrario, constituye un ejercicio irrazonable de las facultades conferidas al Poder Legislativo, quien ha avasallado principios de rango constitucional nacional y local al sancionar el Código Procesal Contravencional (ley 12).

3. Para determinar si la regla legal objetada se opone o violenta derechos constitucionales o derechos propios de los niños reconocidos en instrumentos internacionales, y toda vez que el Gobierno argumenta que el precepto en cuestión se ha implementado con el objeto de cumplir con los deberes de protección integral del niño —también impuestos por la Constitución local (art. 39) y por la Convención de los Derechos del Niño (arts. 1º, 2º, 3º y 4º)—, no podrá prescindirse de un análisis de racionalidad de medios y fines que intente compatibilizar los derechos involucrados.

En este sentido, es preciso recordar que las leyes sancionadas por las autoridades legítimamente elegidas gozan de presunción de constitucionalidad. La declaración judicial de inconstitucionalidad constituye la *ultima ratio* del sistema de pesos y contrapesos establecido por el esquema constitucional de división de poderes: de allí la generalización de la regla hermenéutica que prefiere la interpretación que compatibiliza normas frente a aquella que las contrapone en colisión. La carga de quien propicia la declaración de inconstitucionalidad en estos casos es alta: el mero desacuerdo con el contenido de

una norma o la preferencia por otra regulación posible están fuera del marco del control de constitucionalidad y deben ser canalizados a través del proceso político regular.

4. El escrutinio constitucional de una norma como la aquí impugnada requiere un análisis centrado en dos planos. El primero es el de la permisibilidad de los fines de la ley establecidos por el Estado. El segundo es el de racionalidad de los medios elegidos para el cumplimiento de esos fines. Dentro de este contexto, el punto de partida no puede ser otro que el que se relaciona con la permisibilidad de los fines que persigue la ley.

En cuanto a los objetivos de la norma, ellos surgen con claridad ya desde una primera lectura del citado art. 27, que condiciona el supuesto de la intervención estatal (administrativa, no judicial) a que la conducta del menor involucrado sea una acción "que pudiera representar un riesgo para sí o para terceros", por lo que está claro que se trata de evitar la producción de un potencial daño. Pero si a ello se acotara el fin, está claro que bastaría con la intervención puntual destinada a que cesara la conducta nociva o potencialmente nociva. Se trata, entonces, de la intención del legislador de generar algún tipo de respuesta estatal y no judicial frente al hecho reputado como contravención, que consiste en dar intervención a un órgano constitucional especializado en niñez y adolescencia, el Consejo de los Derechos del Niño, Niña y Adolescente para que actúe de conformidad a lo reglado internamente (art. 39, CCBA) cuando la conducta desplegada por el menor pudiera causar un daño.

Surge entonces un primer interrogante a despejar: si cuando se trata de una conducta no punible realizada por un menor de edad, ello implica que el Estado debe abstenerse de toda acción al respecto. Mientras la señora Asesora General Tutelar considera que ello es así porque la exclusión de poder punitivo "…opera desde el mismo momento del hecho, y debe eliminar la puesta en marcha de cualquier respuesta estatal posterior…" (fs. 6) y que "…No puede haber control del Estado de las personas menores de edad, disfrazado de buenas intenciones y despojado de garantías, ya que se retornaría a las prácticas irracionales de la cultura tutelar.", el representante del CELS entiende que "…Lo hasta aquí planteado no implica de ninguna manera sostener que los niños que se encuentran en situación de vulnerabilidad social no deban recibir atención por parte del Estado en procura del goce de sus derechos elementales; pero esta obligación no debe ser puesta en manos de agencias del sistema penal, autorizando por medio de una norma a las fuerzas preventoras o al fiscal para intervenir sobre la vida de los chicos" (fs. 316 y vta.) y el Gobierno aduce que "…la aplicación de la normativa atinente a la cuestión en forma integral, de ninguna forma puede implicar que se esté violando la libertad del niño, ni que se lo reprima o se coarte su libertad. El armónico juego de esas normas, por el contrario, se adecuó en un todo a la manda constitucional de garantizar a los niños, niñas y adolescentes su protección integral" (fs. 51 vta.)

5. En materia de infancia, niñez y adolescencia existe un principio rector, que actúa a modo de guía en la materia y proyecta sus efectos hacia toda manifestación legal e interpretación que se pretenda efectuar con relación a los sujetos menores de edad. Se trata del principio conocido como el de "mejor interés del niño" El "mejor interés del niño" constituye una regla de interpretación y aplicación de las leyes y disposiciones vinculadas a la infancia y adolescencia, siendo de obligatorio cumplimiento en la toma de cualquier decisión que concierna a sujetos menores de edad.

Por otra parte, no debe obviarse que la propia Convención fija el deber de los Estados partes de prestar la "…asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños" (art. 18, CDN), quedando, además, obligados a adoptar "…todas las medidas legislativas, administrativas, sociales y educativas apropiadas para protegerlos contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, descuido o trato negligente, malos tratos o explotación…" (art. 19, CDN).

En el ámbito local, la propia Constitución garantiza a los niños, niñas y adolescentes "protección integral", previendo "la creación de un organismo especializado que promueva y articule las políticas para el sector, que cuente con unidades descentralizadas que ejecuten acciones con criterios interdisciplinarios y participación de los involucrados…" (art. 39, CCBA). En cumplimiento del mandato constitucional, la Legislatura de la Ciudad sancionó la ley 114, "de protección integral de derechos", que en sus arts. 2° y 3° ratifica plenamente la exigencia de la regla del mejor interés del niño y dispone que "…toda aplicación e interpretación de la ley, en cualquier caso en que intervengan instituciones públicas o privadas, así como los órganos legislativos, judiciales o administrativos es de consideración primordial el interés de niños, niñas y adolescentes".

Establecido el principio rector aplicable en la materia, éste necesariamente condiciona cualquier decisión que involucre a niños, niñas o adolescentes y, naturalmente, también la decisión que se pretende obtener mediante la promoción de esta acción.

6. A modo de introducción, considero apropiado señalar que el tema en debate impone señalar una distinción: lo que no es punible desde el punto de vista contravencional —y por ello resulta excluído del sistema judicial de reproche— es la persona que se encuentra en la categoría jurídica de menor de 18 años. De ninguna manera puede de ello derivarse que la acción o la conducta desplegada se ha tornado no punible en razón de la menor edad del sujeto que la realiza. Es decir, lo no punible es la persona menor de 18 años, no la acción antijurídica que realiza; la contravención no deja de serlo ni muta, por la menor edad de su autor, a conducta lícita. Y es precisamente esa naturaleza de la conducta —la de falta o no respeto de la ley de convivencia—, la que fundamenta

la intervención que consagra la norma a cargo de un órgano específico que, por definición, ha de actuar de manera legal y procurando, por encima de todo, el cuidado de la persona menor de edad involucrada.

Asimismo, estimo pertinente referenciar la cuestión en análisis a situaciones cotidianas que son resueltas, con naturalidad y sin que se registren discrepancias a su respecto, por quienes tienen a cargo la atención de personas menores de edad. Ello ocurre con algunos supuestos que legitiman la restricción a la libertad de una persona con el fin de evitar que se dañe a sí mismo o que cometa una acción contraria a la ley, por ejemplo los arts. 910 y 911 del Cód. Civil, y frecuentemente, aunque no se encuentre legislado el proceder posterior a la restricción en sí misma, la razonabilidad impone tomar un curso de acción destinado a que no se repita el hecho. Estos casos son más que habituales cuando se trata de personas menores de edad, en especial niños de corta edad que no tienen discernimiento, motivo por el cual, con mucha más razón, se impone a padres, tutores, directores de escuela o de centros médicos por ejemplo, la responsabilidad de actuar en forma de evitar que el hecho se reitere. Así, por caso, si un niño pequeño se dirige a introducir sus dedos en un enchufe, la acción del padre o madre no será, seguramente, la de —evitado el contacto perjudicial— dejar al niño que continúe intentándolo. Lo adecuado parece ser que se brinde una explicación al pequeño, que se tape el enchufe, que se retire al pequeño de la habitación, u otra medida que tienda a la disuasión.

Sin embargo, esta explicación que parece natural en el ámbito familiar o escolar, no lo es cuando hablamos de menores de 18 años que se encuentran realizando una conducta contraria a la ley de convivencia social, con el agravante de que esa conducta puede ser potencialmente dañosa para sí o para otros.

Desde esta óptica basada en sentido común y en los deberes que impone la vida en sociedad, y sin perder de vista que no se trata de una respuesta del sistema judicial o de naturaleza represiva, no parece desacertado que el Estado, frente a un menor de edad que se encuentra en la situación que se describe en la norma, intente que un órgano no judicial y especializado, intervenga, para indagar acerca de la condición que lo ha llevado a ejercer una conducta no permitida y potencialmente dañosa.

Es un hecho hoy en día —y de ello debemos hacernos cargo, contextualizando el debate en tiempo y lugar—, que muchísimos menores viven situaciones de desamparo emocional y material, situaciones muy difíciles de transitar: maltratos, abusos y explotación, casos frente a las cuales el Estado debe actuar para proteger, contener o reparar. Y esto es una obligación del Gobierno pues es parte del mandato constitucional en materia de infancia y adolescencia (art. 39, CCBA); también concuerda con el deber de "preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre" y de adoptar todas las medidas para "…la reintegración social de todo niño víctima de

cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos crueles, inhumanos o degradantes…" (arts. 29 inc. 2 "d" y 39, CDN, entre muchas otras disposiciones relativas al cuidado, protección y bienestar de los niños [fundamentalmente las expresadas en los arts. 3º y 4º] y además, la política pública local, a través de la ley 114, dispone que "…la Ciudad garantiza todas las oportunidades para su pleno desarrollo físico (del niño); psíquico, moral, espiritual y social…" (art. 4°) y especialmente establece las "acciones sociales de protección" al disponer que "Cuando el organismo creado por la presente ley (Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes) tome conocimiento de alguna amenaza o violación de derechos… debe implementar en forma directa o a través de sus unidades descentralizadas las acciones sociales de protección especial tendientes a proporcionar escucha, atención, contención y ayuda necesarias a las niñas, niños y adolescentes" (art. 40, ley 114).

En suma, desde el punto de vista social y de la vida de relación, puede afirmarse que el Estado tiene, hacia la persona menor de edad, deberes y cargas concretas, cuyo cumplimiento no puede soslayar.

7. Bajo el contexto jurídico que ha sido descrito previamente, corresponde ahora analizar concretamente el tema propuesto mediante esta acción: si es o no constitucional la norma que prevé la restricción de libertad a una persona menor de 18 años, cuando se encuentre realizando una acción calificada como contravención y ésta pueda generar un riesgo para sí mismo o para terceros. Se trata, en suma, de responder si, como lo sostiene la señora Asesora General Tutelar, el Estado debe "abstenerse" de ejercer cualquier acción respecto del menor de edad o si, pese a no ser punible, el Estado debe actuar dando intervención al Consejo de los Derechos, como lo indica la norma del Código Procesal Contravencional.

El tema relacionado con los derechos de los niños y con las potestades estatales no es de fácil tratamiento. En efecto, se han sucedido en la materia paradigmas bien diferenciados, al sistema llamado "tutelarista", en el cual los menores de edad quedaban a disposición del juez, muchas veces en situaciones de irregularidad y con afectación de sus derechos (modelo decisionista) le ha seguido el modelo procesal garantista (modelo cognoscitivo) que pone el acento en las garantías sustanciales de las personas menores de edad, pasándose al sistema de "protección integral de derechos".

No creo en verdad que resulte relevante efectuar un paralelo acerca de la eficiencia de cada sistema, no al menos para resolver esta causa. Es innegable el aporte de los juristas y estudiosos de la filosofía jurídica y del derecho en la búsqueda de un sistema de mayor igualdad y justicia, y lo es también el avance que estos principios han significado desde la democratización de las relaciones entre los menores y el Estado. Sin embargo, prescindir del marco socio-económico-cultural que define a una sociedad en un momento dado, puede

llevar a opacar estos logros y, sobre todo, a dejar sin protección y sin amparo a niños y jóvenes que lo necesitan e incluso lo reclaman con sus actitudes. En este sentido me resulta imposible evitar una reflexión acerca de la disociación entre las posturas acérrimamente contrarias al "tutelarismo", que sostienen quienes parecen creer que, tan solo por imperio normativo, hemos pasado a vivir en una especie de país ideal, quizás equivalente en lo social a un estado escandinavo y no en el que vivimos, lamentablemente con algunos problemas y miserias desconocidos en utópicas sociedades imaginadas desde lo ideológico Advierto entonces que para despejar la cuestión que ahora se trae a debate debo posicionarme en la realidad, aquí y ahora, de nuestro país.

En este punto del análisis es necesario detenerse y reparar en cuáles son las posibles conductas a las que se alude en el supuesto del art. 27. En otras palabras: establecer de qué estamos hablando cuando decimos que el niño o joven realiza una conducta, calificada como contravención, susceptible de generar —para sí o para otros— un daño (riesgo). La importancia de la cuestión no es menor: de lo que estamos hablando es de, por ejemplo, ingresar artefactos pirotécnicos a un espectáculo, portar armas no convencionales(arma blanca o cortante o de aire comprimido) , obstruir una calle o una salida de un lugar público, arrojar cosas o sustancia dañinas o insalubres en lugares públicos, incitar a un desorden en un evento artístico o deportivo, afectar el funcionamiento de servicios públicos, afectar servicios de emergencia o seguridad, vender elementos aptos para agredir u ofrecer sexo en la vía pública. Todas estas contravenciones han ocurrido y ocurren en la Ciudad de Buenos Aires.

Situándonos entonces en el punto de mira de nuestra realidad y a los problemas sociales que ostenta nuestra sociedad, habría que preguntarse: ¿Qué conducta estatal es la que responde mejor al interés del niño? ¿Debe el Estado preguntar al menor si desea que el Concejo de los Derechos intervenga para despejar el porqué de su conducta contravencional? ¿En caso negativo, debe el Estado abstenerse de realizar cualquier acción relacionada con el menor y dejar que éste haga lo que su parecer le sugiera? ¿Es que hay alguien que piensa, con franqueza, que el menor que está desarrollando una conducta netamente antisocial y reprobada, antijurídica, va a aceptar, sin reparos, ir a entrevistarse con los funcionarios del Consejo? ¿No es sabido acaso, aun cuando no sea grato admitirlo, que existen padres delincuentes, padres abusivos, padres maltratadores, padres que inducen a sus hijos al delito, menores abandonados que no remiten a un grupo familiar determinado?, incluso en el mejor de los supuestos, en el que sí exista tras el menor una familia que contenga y respalde, ¿no preferirían estos padres o representantes que el Estado actuara a fin de alertarlos sobre una situación que puede estar atravesando el niño? En fin, las situaciones en las cuales no es aconsejable que el menor siga su camino sin más por ser ésta su voluntad, no pueden ser presumidas como el "mejor interés del niño".

En cambio, sí es posible optar, como mejor camino, por una intervención estatal que procure establecer las causas que llevaron al menor de edad a controvertir la ley social y actuar en consecuencia, protegiendo y brindando amparo al menor de edad como lo imponen la Convención, la Constitución local y la ley 114.

En definitiva, los menores de edad no sólo son sujetos de derechos, también son sujetos de deberes hacia una sociedad y hacia su propio desarrollo íntegro como persona y tienen derecho a que el Gobierno les preste ayuda, escucha y se comprometa para su bienestar; el cambio de paradigma en la relación menores-Estado no puede importar desentenderse de la suerte de una persona, más vulnerable por su menor edad, bajo el tópico de invadir su intimidad o de que se lo está "aprehendiendo", cuando de lo que se trata es de tornar operativo el contacto o la intervención del Consejo de Derechos. Si para ello se requiere restringir momentáneamente su libertad de acción para dar la inmediata intervención al órgano específico que prevé la ley, entiendo que ello no excede lo razonable en orden a los fines que se persiguen desde las leyes que regulan la materia.

Lamentablemente, creo que ya ha quedado demostrado que el bienestar de la infancia y de la juventud no se logrará por remisión a poéticas declamaciones legislativas, sino con políticas concretas de participación e intervención, es decir a partir de la acción e interacción con el propio menor involucrado en la situación de conflicto con la ley y con su grupo de referencia. La operatividad de este trascendental trabajo conjunto y la optimización de sus resultados no pueden ser dejados al arbitrio de sus propias personas, que muchas veces pudieran no tener siquiera discernimiento para nuestra ley civil (art. 921, Cód. Civil).

8. Un aspecto que aparece central y determinante en la demanda, es la terminología utilizada en la disposición que se cuestiona y, en especial, su remisión a un modelo ya superado de raigambre tutelar y suplantado por otro, de formas más democráticas y centrado en el reconocimiento de los derechos del niño o adolescente, según ya fue explicado precedentemente.

La actora encuentra que las expresiones utilizadas en la norma que cuestiona, remiten a ese paradigma anterior, que se caracteriza por ser autoritario y poco respetuoso de la persona y los derechos de los menores de edad. Es lo que ocurre con términos como "poner a disposición…", giro lingüístico poco feliz, que bien pudo ser suplido por una alocución de corte más democrático y que evitara generar justificadas resistencias.

Sin embargo, la deficiente redacción, en términos semánticos, de la norma no es óbice para entenderla en su correcto alcance ni otorgarle una interpretación contrapuesta al plexo legal, constitucional y supraconstitucional vigente en nuestro país. Tampoco es posible presumir en abstracto —a partir de la desafortunada expresión— una incorrecta, indebida e ilegal actuación de órganos públicos,

como las fuerzas de seguridad y prevención o los funcionarios judiciales de las fiscalías que integran el Ministerio Público de esta Ciudad.

En cuanto a la interpretación que asigna la demanda a la expresión "…que ésta pudiera representar un riesgo…", referenciándolo a la persona del niño y/o adolescente en el entendimiento de que es el menor quien se presume riesgoso o peligroso, lo que está vedado por la Constitución local en su art. 13 inc. 9º, no parece ser acertada. En efecto, de la lectura del art. 27 surge con claridad que "ésta" es la conducta, no el niño, motivo por el cual siendo la conducta desplegada la que es potencialmente riesgosa o dañosa para el menor o para terceros, todo queda reducido a una desinteligencia en la comprensión del artículo.

9. Las políticas relacionadas con los niños, niñas y adolescentes en la Ciudad de Buenos Aires son ampliamente garantistas y promueven la defensa de los derechos de los menores de edad. Ello ocurre tanto en el sistema judicial, como en el administrativo, constituyendo una jurisdicción modelo en el tratamiento de la problemática de infancia y minoridad en general (art. 39 CCBA, Ley 114 de Protección integral de Derechos, Ley 1903 de Ministerio Público, sección Asesoría General Tutela, Consejo de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes), constituyendo un plexo normativo acorde a lo establecido en la Convención de los Derechos del Niño. Incluso dentro del sistema judicial, y hablando ya de delitos que han sido transferidos a la órbita porteña, los menores de edad gozan de tratamiento especial con resguardo institucional y disposiciones muy concretas que exigen a los operadores del sistema el máximo cuidado respecto del menor, contando la Ciudad con una ley específica para menores en conflicto con la ley penal (ley 2451, Régimen Penal Juvenil).

En este contexto, no es posible sostener que trasladar o retener al niño o adolescente a fin de generar la intervención inmediata —y ello significa sin solución de continuidad o que comienza su ejecución en el mismo instante— del órgano constitucional de protección de la niñez, pueda constituir un resabio autoritario que afecte sus garantías constitucionales y menoscabe sus derechos.

Ello por cuanto, y aunque obvio, parece adecuado remarcarlo, no se trata aquí de detener, encerrar o encarcelar al niño o joven autor de la acción riesgosa. Mucho menos de internarlo, entregar la guarda o tomar una medida cautelar que afecte su entorno, pues todas estas disposiciones no podrían, siquiera, ser adoptadas por el Consejo de Derechos, órgano que —frente a la necesidad de establecerlas— deberá dar intervención al juez competente.

10. Lo dicho no implica, en modo alguno, convalidar desviaciones en que pudieran incurrir los operadores que instrumenten el precepto, si avasallaran o menoscabaran en forma indebida los derechos de personas menores de edad con tratos indebidos o uso de la fuerza. Pero ello remite a una cuestión ajena a la naturaleza de esta acción, cual es la aplicación de las normas, aspecto que

deriva al análisis de una situación concreta propia del control judicial difuso, ámbito en el cual deberá dilucidarse la actuación de los órganos denunciados y en su caso, disponer lo que allí corresponda.

11. En suma, en abstracto, la norma aquí impugnada logra superar el análisis de racionalidad simple al que se le somete en esta causa, ya que la solución propuesta por el legislador no puede ser considerada irracional o arbitraria en sí misma. La operatividad de la regla normativamente dispuesta, a través de los medios más deseables, más democráticos, más acordes con el mejor interés del niño, trascienden la decisión que aquí es posible adoptar y deben ser implementados por el órgano administrativo específico, las fiscalías intervinientes y todo ello en forma armónica y conjunta, con la intervención de la Asesoría General Tutelar cuando corresponda, de conformidad con las prescripciones legales aplicables (art. 49 y conc., ley 1903).

Será entonces tarea de estos órganos diagramar un sistema que, dando cumplimiento a la norma y tomando el compromiso activo que ésta impone, resuelva la mejor manera de garantizar todos los derechos impuestos por la Convención de los Derechos del Niño y el plexo de normas concordantes que de ella se derivan. Y en este aspecto, debo poner de resalto el ofrecimiento para trabajar en forma conjunta con todos los sectores involucrados, efectuado por el señor fiscal general de la Ciudad y expresado concretamente en la audiencia pública de debate.

En principio, no es tarea de los jueces pronunciarse acerca de las reglamentaciones que les corresponden efectuar a organismos administrativos o judiciales que gozan de autonomía para emitir resoluciones operativas, o disponer el modo, los lugares y las formas en que se llevan a cabo las funciones que les impone la ley. En esta acción sólo corresponde a los magistrados judiciales efectuar el test de razonabilidad de los medios previstos en la legislación, ponderando el grado de adecuación entre ellos y la finalidad perseguida.

Por último, debo destacar que la parte actora no ha logrado demostrar, a través del relato de los distintos casos que menciona, la efectiva vulneración de derechos o garantías reconocidos a las personas menores de edad, ni que el régimen de excepción que consagra el art. 27 de la ley 12 transgreda el principio cardinal del mejor interés del niño. Por el contrario, no tengo duda que sí lo vulnera el desamparo en que puede quedar un niño o adolescente que, luego de realizar una acción reprobada por la ley, no encuentra eco ni respuesta del Estado y debe continuar su vida librado a sus propios recursos, en absoluta soledad.

En definitiva y por las consideraciones expuestas precedentemente, escuchado el señor fiscal general, corresponde rechazar la acción de inconstitucionalidad intentada.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Adhiere al ilustrado voto de la señora jueza Alicia Ruiz y sólo puede agregar a él consideraciones prácticas que estima de utilidad en el caso y para contribuir también a fundar la solución que postula el voto al cual adhiere.

1. Largos años de ejercicio práctico del derecho penal, en la función judicial y como abogado, me permiten aclarar que los términos aquí discutidos de la norma postulada como inconstitucional, poner a disposición (art. 27, ley local 12: "...ponerlo/ponerla inmediatamente a disposición..."), no quieren significar otra cosa, para la autoridad ejecutante, que privar de la libertad a la orden de la autoridad mencionada en la norma, en el caso que nos preocupa, una autoridad administrativa de la Ciudad, el Consejo de los derechos de niños, niñas y adolescentes (en adelante, CDNyA).

2. Existen, por lo demás, numerosas pruebas "normativas" que así rubrican esta interpretación, incluso a partir de otros contextos. Sin agotar las menciones —porque no soy erudito—, puedo indicar un par de ellas para convencer: el art. 39 del CPPN, de inconfundible significado, idéntico al antes aclarado ("... poniendo a su disposición los detenidos que hubiere..."), repetido, prácticamente, en todos o casi todos los códigos procesales penales vigentes en las provincias argentinas (conf., p. ej., CPP Córdoba, 41; CPPBA, 30); el Régimen penal de la minoridad, ley nacional 22.278, arts. 1º, 3º, 3º bis y concs.).

3. Se trata, por tanto, de un eufemismo el llamar a la privación de libertad puesta a disposición de una autoridad por parte de los órganos de persecución penal (policía, Ministerio Público Fiscal). Sin eufemismos, esto se entiende lisa y llanamente, al menos en nuestro ámbito territorial y lingüístico, como facultad de aprehender concedida a los órganos de persecución penal citados en la norma, para someter a la persona objeto de tal facultad a la privación de libertad ambulatoria —a la disposición de la autoridad administrativa allí designada—, sobre cuya cesación o prolongación decidirá esta última organizacion estatal (el CDNyA).

4. Si ello es así, no me cabe la menor duda de la ilegitimidad constitucional de la norma. Conforme al art. 18 de la C.N., sólo los jueces... pueden disponer, esto es, arrestar, privar de la libertad, para cumplir con determinados fines (que hoy no viene al caso mencionar). Ésta es una regla básica del Estado de derecho, según la cual aprehendido un individuo él debe ser inmediatamente "puesto a disposición" —esto es: sometida la medida para la cual se entendió tener facultad por parte del aprehensor a la disposición— de la autoridad designada en la misma Constitución para disponer —decidir sobre su situación— del aprehendido. Tal autoridad es, según nuestra Constitución Nacional, de ordinario un juez y, en

casos excepcionales (Estado de sitio), el presidente de la Nación (C.N., 23) y —más discutible— una Cámara legislativa en uso de atribuciones propias.

Esto es, por lo demás, lo que correctamente interpretaron todos los códigos procesales penales antiguos y modernos (por todos, CPPN, 284 a 287). No otra cosa cabía esperar conforme a las palabras claras de la C.N., 18.

5. Pero esto no es aquello que, según la explicación semántica del comienzo, establece la regla criticada, pues la aprehensión para la cual están facultadas las autoridades de la persecución contravencional no comparece ante la decisión judicial, sino que, antes bien, tal aprehensión se lleva a cabo a favor de una autoridad administrativa. Y ello es, precisamente, aquello que, en primera línea, pugna con la norma de principio de la Constitución, ya citada.

6. Esto, para sólo atacar el tema desde el punto de vista formal, importante pero no excluyente. El punto de vista material arroja más luz sobre el debate y él ha sido magistralmente expuesto, a mi juicio, por el voto de mi colega Alicia Ruiz. En verdad, frente a la Constitución de la Ciudad —e incluso de la nacional, según el voto al que adhiero atestigua— resulta difícil defender a la regla atacada como derivación correcta de aquella ley fundamental: la peligrosidad sin delito, que no otra cosa constituye el fundamento de la facultad de aprehensión concedida a los órganos encargados de la persecución penal y a la agencia policial para detener a un niño, niña o adolescente, cuando, según su 'olfato' y criterio, él pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, implica privar de libertad según el criterio voluntarista de funcionarios judiciales o administrativos —por tanto, criterio arbitrario, sin posibilidad de control—, incluso sin hecho concreto eventualmente reprochable al aprehendido e, incluso, por fuera de toda autoría o participación en un hecho eventualmente punible. Ello no sólo indica la imposibilidad de validar la regla desde un punto de vista formal, sino que, además, representa la más pura inclinación hacia el derecho penal de autor, prohibido constitucionalmente (CCBA, 13, inc. 9º), mejor dicho, hacia la punición basada en la conducción de vida. Desde el punto de vista de los menores, la regla constituye un verdadero regreso al instituto de la situación irregular en materia del derecho de jóvenes. Empero, sobre estos problemas, bastan y sobran los fundamentos del voto de la señora jueza antes mencionada, al que me adhiero.

7. Originariamente me incliné a creer que, si uno recomponía de otra manera los términos del art. 27 criticado, podía lograr una interpretación acorde con la exigencia constitucional; y esta sentencia serviría, en ese caso, como condición interpretativa de la vigencia de la norma. Para ello debía interpretarse que, poner a disposición, significaba algo similar a comunicar a la autoridad administrativa la existencia del menor y, eventualmente, de la causa. Empero, a poco de andar en la construcción de la sentencia, me di cuenta, según opino,

del eufemismo que ello representaba, en tanto la importancia de la decisión residía en la necesidad de que el TSJ ratificara la regla constitucional relativa a que la decisión sobre la privación de la libertad es sólo patrimonio de la autoridad judicial. En ello reside, también, el remedio por todos conocido: el hábeas corpus.

¡Ojalá estas líneas auxilien al voto ilustrado al que me adhiero y permitan comprender el caso!

El juez José O. Casás dijo:

1. La presente acción declarativa de inconstitucionalidad persigue la declaración de invalidez y pérdida de vigencia del art. 27 de la Ley de Procedimiento Contravencional local (ley 12), según el cual: "Cuando la persona que estuviere incursa en una conducta calificada como contravención sea menor de 18 años, y ésta pudiera representar un riesgo para sí o para terceros, el o la fiscal o la autoridad preventora debe ponerlo/ponerla inmediatamente a disposición del organismo previsto en el art. 39 de la Constitución de la Ciudad".

La accionante entiende que el precepto aludido es contrario a los arts. 18 y 19 de la C.N.; arts. 13, inc. 3º, 9º y 11 de la CCBA; arts. 37 y 40 de la CDN; arts. 7º, 8º y 9º de la CADH, y arts. 9º, 10, 14 y 15 del PIDCyP.

2. Ante todo corresponde recordar que la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico; de allí la generalización de la regla hermenéutica que prefiere la interpretación que compatibiliza normas frente a aquella que las pone en colisión. En palabras de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en materia de interpretación de las leyes, "debe preferirse la que mejor concuerde con las garantías, principios y derechos consagrados por la Constitución Nacional; de manera que solamente se acepte la que es susceptible de objeción constitucional, cuando ella es palmaria, y el texto discutido no sea lealmente susceptible de otra concordante con la Carta Fundamental" (conf. *Fallos,* 200:180 y doctrina de *Fallos,* 14:425; 105:22; 112:63; 319:1818, 1840; 323:1635; 331:1234, entre otros).

Asimismo, parece oportuno expresar que no siempre es método recomendable, en la interpretación de las leyes, el de atenerse estrictamente a sus palabras, ya que lo que debe perseguirse es una valiosa interpretación de lo que las normas, jurídicamente, han querido mandar (doctrina de *Fallos,* 306: 940; 320:389, 521; 321:2198; 322:1699; 323:212; 328:4818; 330:1055, 1855, 2093, 3426, 4936); de modo que esa hermenéutica —sistemática y razonable— permita a los jueces superar las posibles imperfecciones técnicas de la instrumentación legal (*Fallos,* 306:1059; 319: 2678). Ello así, dado que los textos legales no deben ser considerados a los efectos de establecer su sentido y alcance aisla-

damente sino correlacionándolos con los que disciplinan la misma materia, como un todo coherente y armónico, como partes de una estructura sistemática considerada en su conjunto y teniendo en cuenta la finalidad perseguida por aquéllos (doctrina de *Fallos,* 320:783, 2701; 321:2198; 330:2249 y 3426). Por supuesto que esta tarea interpretativa debe practicarse sin violencia de la letra y el espíritu de la ley (*Fallos,* 321:802; 330:3002), pues, como ha expresado el Alto Tribunal federal en su constante jurisprudencia, "no resulta admisible una interpretación que equivalga a prescindir del texto legal" (*Fallos,* 314:458; 315:2555; 321:2093).

Por otro lado, al referirme a la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en la Constitución local, también he tenido oportunidad de expresar que "la carga de quien propicia la declaración de inconstitucionalidad en estos casos es alta, el mero desacuerdo con el contenido de una norma o la preferencia por otra regulación posible están fuera del marco del control de constitucionalidad que permite el art. 113, inc. 2º, de la CCBA" (conf. voto conjunto que suscribiera con la señora jueza Ana María Conde *in re*: "Corporación de Rematadores y Corredores Inmobiliarios – Mutual c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5520/07, sentencia del 11/11/2008).

3. Sentado lo expuesto, comparto en general las consideraciones que realiza en los puntos 1 a 8 de su voto el señor juez de trámite, doctor Luis F. Lozano, por entender que, en base a las consideraciones que realizaré en los puntos que siguen, resultan suficientes para descartar la petición de la parte actora para que se resuelva la pérdida de vigencia del art. 27 de la ley 12 —decisión que estaría supeditada, claro está, al resultado del procedimiento de reenvío a la Legislatura previsto en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA.

4. La cuestión planteada exige discernir si es posible —a la luz del marco normativo aplicable— dar a aquellos términos incluidos en el art. 27 de la ley 12 una interpretación conforme con las normas de raigambre constitucional constitutivas del denominado sistema de protección integral de los derechos de la infancia que la defensa invoca al solicitar la declaración de invalidez del artículo mencionado. A este respecto, tal como acabadamente lo expone en su voto el señor juez de trámite, al margen de alguna selección desafortunada de términos que viene dada en el precepto objetado, la apuntada "interpretación conforme" resulta posible, sin distorsionar las palabras ni el espíritu del texto legal.

En efecto, la correcta hermenéutica del art. 27, ley 12 no puede quedar atada a las circunstancias históricas del país que caracterizaron el desarrollo de otros sistemas en el pasado, sino que debe realizarse en el marco delineado por el conjunto de normas que el legislador ha previsto para regular las relaciones del Estado con los niños, niñas y adolescentes de la Ciudad. Así, el análisis

que la acción reclama no puede desatenderse del contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño; los arts. 75, inc. 22 y 31, C.N.; la ley 26.061; los arts. 13, incs. 3°, 9° y 11, y 39, CCBA, y la ley local 114. En este sentido, resulta incontrastable que el conjunto de normas mencionadas, a la vez que reconoce a niñas, niños y adolescentes como sujetos plenos de derecho, determina la obligación del Estado de proveer a la protección especial de sus derechos a la luz del llamado interés superior del niño, entendido como la máxima satisfacción integral y simultánea de todos los derechos reconocidos por aquel conjunto normativo.

En este contexto, como lo explica el señor juez de trámite en su voto, no existe margen para entender al art. 27 de la ley 12 como una autorización para que el personal preventor o los representantes del Ministerio Público Fiscal puedan, por propia iniciativa, tomar decisiones que conlleven la privación de libertad de una persona menor de edad a quien se adjudica la posible comisión de una contravención, esto es, que impliquen su detención, encarcelamiento o ubicación en un lugar del que no pueda salir por su propia voluntad (art. 11.b de las "Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, resolución n° 45/113 de la Asamblea General" incorporadas a la ley local 114 a través de su art. 12 y art. 19 de la ley 26.061). Por el contrario, la norma cuestionada sólo establece una obligación para el fiscal o la autoridad preventora de comunicar en forma inmediata al CDNNA de la CABA, cada vez que se considere que una persona menor de 18 años, con la que entraron en contacto a raíz de haber estado incursa en la posible comisión de una contravención, puede representar un riesgo para sí o para terceros.

5. Por otro lado, considero apropiado resaltar que no forma parte del planteo introducido a través de la presente acción declarativa la discusión en torno a las atribuciones que la ley 114 ha dado al Consejo y a las decisiones que sus representantes puedan tomar en virtud de ellas, a raíz de la comunicación que ordena el art. 27 de la ley 12.

Ello es así, al margen de ciertas afirmaciones efectuadas por la accionante que resultan confusas a la luz del marco que ella misma ha dado al presente proceso mediante la solicitud de declaración de inconstitucionalidad del art. 27 de la ley 12 y no de otras normas —sin que pueda pasar desapercibida, por lo demás, su participación en la integración del Plenario del Consejo—. En este sentido, a modo de ejemplo, la parte actora afirma con carácter genérico que la evaluación que el personal preventor o del Ministerio Público Fiscal debe realizar de acuerdo con el art. 27 de la ley 12 puede devenir en medidas restrictivas de derechos, que pueden materializarse "en la intromisión de las agencias estatales en la vida privada del niño, o la inclusión coactiva en programas de asistencia social, etc., en función de razones distintas (protección, peligrosidad, etc.) a las que persigue el procedimiento penal o contravencional" (fs. 7).

Sobre el punto, sólo cabe reiterar que, según la ley vigente, es el Consejo y no el personal preventor o el Ministerio Público Fiscal el órgano que —de conformidad con las normas aplicables, ajenas al art. 27 de la ley 12 aquí cuestionado— determina las acciones a seguir al advertirse la posible vulneración de derechos de un niño, niña o adolescente, o la situación de riesgo para sí o para terceros, pues, como se explicó, de ninguno de los términos del art. 27 de ley 12 puede desprenderse la posibilidad de efectivización de tales "medidas" sin su inmediata intervención.

En suma, la respuesta del Estado en los casos en que resulte de aplicación el art. 27 de la ley 12 en materia contravencional debe ser la misma que la prevista para el supuesto en que se advierta la desprotección de cualquier otro niño, niña o adolescente. En otras palabras, si la ley contravencional —cuyo ámbito de reproche se encuentra marcadamente acotado por tratarse de ilícitos de tenue intensidad— considera no punibles a los menores de 18 años (decisión legislativa que, más allá de compartirla o no, está al margen del objeto de esta acción), ninguna reacción punitiva puede generarse por alguna de las conductas descriptas en dicha ley. La mentada actuación, en definitiva, encuentra como límite infranqueable la regla superior que impide valorar o canalizar esa situación de riesgo para el menor —o terceros— mediante la utilización por órganos administrativos de disposiciones propias del sistema represivo, así como tampoco permite inferir que el procedimiento objetado, al contemplar la posibilidad de la "inmediata puesta a disposición del Consejo" del menor de 18 años involucrado, importe un consentimiento para disponer la privación de su libertad sin intervención de un juez competente —esto es, reitero, su detención, encarcelamiento o ubicación en un lugar del que no pueda salir por su propia voluntad, dispuesta por una autoridad preventora o administrativa, valiéndose de una interpretación asistemática del art. 27 de la ley 12—, ni siquiera de modo transitorio.

De esto, claro está, no puede derivarse —como parece pretenderlo la accionante— la exclusión absoluta de la acción del Estado respecto de la vida del niño, pues no caben dudas que las autoridades públicas tienen obligaciones indelegables para dar respuesta a situaciones en las que se constate la vulnerabilidad de los derechos de un niño, niña o adolescente. Tampoco puede excluirse la actuación del Estado ante la afectación de derechos de terceros por parte de una niña, niño o adolescente o de cualquier persona, con base en otros preceptos del plexo normativo —no del art. 27, ley 12—. A este respecto, cabe señalar que no está en discusión aquí la potestad de la autoridad preventora para hacer cesar de inmediato conductas que pongan en peligro o vulneren derechos de terceros sino, únicamente, lo que habrá de suceder de acuerdo con la norma cuestionada una vez advertido que quien estaría incurso en la posible comisión de una contravención no ha cumplido 18 años de edad. Finalmente, debo reiterar que

tampoco han sido cuestionadas las medidas de protección especial de derechos a las que se refiere la ley 114 de la Ciudad, ni la posibilidad de intervención de un juez competente para resolver sobre la situación del menor, sobre la base de otras disposiciones legales habilitantes.

6. Desde esta perspectiva, no es posible soslayar las dificultades que pueden llegar a generarse para determinar con razonable certeza el contenido de los términos "riesgo para sí o para terceros" que presenta el art. 27 de la ley 12. Sin embargo, existen en el ámbito normativo local ciertos parámetros que pueden tenerse en cuenta. En el marco de la ley 114, reglamentaria del art. 39 de la CCBA, se reconoce a niñas, niños y adolescentes como sujetos activos de derecho estableciéndose diversas formas para garantizar la protección integral de sus derechos (medidas de protección especial de derechos implementadas en forma directa o con intervención judicial, según los casos que la ley determina). Esta norma legal proporciona también pautas a partir de las cuales estos mecanismos pueden ponerse en marcha y resulta idónea, por tanto, para ilustrar a la hora de determinar el alcance del concepto de "riesgo para sí o para terceros" incluido en el precepto objetado. Las mencionadas pautas —así como las que surgen a raíz del deber impuesto por el art. 30 de la ley 26.061— pueden tenerse en cuenta para la evaluación que el personal preventor o el fiscal deba efectuar a raíz de encontrar incurso en la comisión de una posible contravención a un niño, niña o adolescente.

De cualquier forma, resulta central tener en cuenta que, dado que la valoración que la norma cuestionada impone al personal policial o del Ministerio Público Fiscal tiene como consecuencia, únicamente, la inmediata puesta en conocimiento de la situación advertida al Consejo, recaerá en definitiva en los representantes de dicho órgano, de acuerdo a sus atribuciones y obligaciones, el deber de analizar la situación de la que sean advertidos y de tomar la decisión sobre si corresponde poner en funcionamiento los mecanismos que el legislador estableció para proteger los derechos de la infancia. Así, las valoraciones que el personal preventor o el fiscal puedan realizar a partir de las disposiciones del art. 27, ley 12 —que la accionante cuestiona como violatorias de los arts. 18 y 19, C.N.; 13, CCBA; 9º de la CADH; 15, PIDCyP y 40, CDN— también deben leerse dentro del marco que brindan las restantes reglas a las que están sujetos aquellos funcionarios, y, por sobre todo, sus consecuencias no pueden generar la privación de la libertad de la persona menor de 18 años de edad hallada incursa en la posible comisión de una contravención. Se trata, en definitiva, y así lo explica el voto del señor juez Lozano, de acercar la ágil intervención del Consejo al caso de un niño, niña o adolescente del que, dadas las limitaciones prácticas de la organización de los recursos del Estado, tal vez no tendría noticia oportuna.

Por las consideraciones expuestas, entiendo que corresponde rechazar la presente acción declarativa de inconstitucionalidad en los términos que ha sido planteada, todo ello a partir del alcance que se le ha asignado en esta sentencia al precepto objeto de tacha.

Así lo voto.

Por ello, oído lo dictaminado por el señor fiscal general, y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* la demanda planteada a fs. 1/19 por la Asesora General Tutelar de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

2º. *Imponer* las costas en el orden causado (art. 25, LPT).

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y archive.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

C

"CALCATERRA, RUBÉN ALBERTO C/GCBA S/ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD"

ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Requisitos. Caracteres. Norma de carácter general. CONTRIBUCIÓN TERRITORIAL, ALUMBRADO, BARRIDO Y LIMPIEZA: Coeficiente de valor zonal. Determinación tributaria. DERECHO DE PROPIEDAD: Confiscatoriedad. Principio de igualdad en materia tributaria. Principio de legalidad.

SUMARIOS:

1. No cabe admitir la acción declarativa de inconstitucionalidad cuando se invocan principios constitucionales básicos, descriptos académicamente de modo correcto, pero sin desarrollo alguno sobre el vínculo de esa invocación abstracta con la norma general concreta impugnada. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Carece de fundamento el planteo relacionado con el principio de legalidad tributaria, porque la base de imposición ha sido establecida expresamente por una ley, que habrá de regir hasta tanto otra ley o una declaración *erga omnes* de inconstitucionalidad pronunciada por la justicia, la abrogue o no la aplique. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

3. Es inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad cuando la forma de planteo de la equidad o de la igualdad en la distribución de las cargas públicas remite a un litigio concreto, dependiente de prueba a rendir, objeto que claramente excede la acción, conforme al art. 113, inc. 2º de la CCBA. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto del señor juez Luis F. Lozano).*

4. La norma que dispone un límite máximo de la contribución anual en relación al valor de la propiedad y que prevé un procedimiento sencillo para su reclamo administrativo, sin perjuicio de la acción judicial que pudiera corresponder, no se propone una confiscación ni lesiona ostensiblemente el derecho de propiedad de manera absolutamente genérica, tal que merezca una impugnación a través de una acción declarativa de inconstitucionalidad, pues la disposición parece admitir sólo una impugnación constitucional difusa, esto es, relativa a un caso concreto, a tramitar ante los tribunales de mérito, situación jurídica particularizada en la cual el actor solicita que no la apliquen. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. La supuesta contradicción entre el Código Fiscal y la nueva base de imposición no se refiere a la Constitución, sino tan sólo a otra ley de igual categoría que la criticada; y si en verdad existiera tal contradicción, debe desaparecer conforme al principio respectivo del orden jurídico, por la vía de la interpretación y de los numerosos principios que la misma convoque para superar estas situaciones (p. ej., *lex posterior*, *lex specialis*, etc.). *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier)*

6. La acción declarativa de inconstitucionalidad no puede ser admitida cuando al tiempo de vincular los principios constitucionales con la fórmula legislativa, sólo muestra una exposición más o menos completa respecto de la inconveniencia política de la cláusula impugnada, o acerca del perjuicio a una expectativa que el propietario de un inmueble supone correcta o fundada, sin acreditar la existencia de una relación mínima entre las reglas citadas y la norma general objeto de tacha. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

7. Deben ser declaradas inadmisibles las acciones declarativas de inconstitucionalidad de las que se desprende que la pretensión deducida no persigue otra cosa que un pronunciamiento sobre situaciones particularizadas a la luz de casos concretos, cuestión que resulta ajena a la vía intentada. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

8. Es inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad que no logra fundamentar solventemente la relación directa e inmediata de los principios, derechos y garantías constitucionales invocadas con las consecuencias que podrían derivarse, con carácter general, de la aplicación de la ley 2568, en cuanto establece un mecanismo de ajuste de la valuación fiscal de los inmuebles en función de zonas que predetermina. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

9. La igualdad frente a las cargas públicas ponderada, tanto en términos de “igualdad ante la ley” como de “igualdad en la ley” obliga a efectuar una

valoración comparativa entre diversos casos en concreto, escrutinio de difícil o imposible realización en el marco de un control abstracto, el cual se ciñe a la confrontación de normas de alcance general con principios, derechos y garantías constitucionales o de rango equivalente. *(Voto del señor juez José O. Casás).*

10. Es óbice al andamiento de la acción la circunstancia de que la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye una medida de extrema gravedad institucional que debe considerarse la última ratio del ordenamiento jurídico, más aún cuando se incita la competencia de un tribunal para que dicte un pronunciamiento estimatorio que producirá efectos *erga omnes*, expulsando del ordenamiento jurídico el precepto, salvo insistencia de la Legislatura (conf. art. 113, inc. 2º, CCBA). *(Voto del señor juez José O. Casás).*

11. No resultan admisibles las acciones que exhiben un objeto común de lograr la declaración de inconstitucionalidad de una norma general, cuando resulta evidente que en todas las pretensiones existe un interés individual, característica que surge de la circunstancia inescindible de que, quienes impugnan lo hacen desde el punto de vista del contribuyente, sin ponderación del carácter de política publica de las normas cuestionadas. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

12. Una política pública no queda referenciada a una cláusula o a un inciso de la ley que la contiene, de modo que su articulado debe entenderse en forma sistémica ya que es el conjunto interrelacionado de sus disposiciones el que dará cuenta —finalmente y a partir de su concreta aplicación— de la existencia o no de una situación de afectación constitucional. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

13. La norma impugnada que dispone que el importe anual a ingresar por los gravámenes inmobiliario nunca podrá ser superior al 1 % del valor de mercado del inmueble, dando cuenta, además, de la existencia de un recurso administrativo para el caso de que el particular estimare violentado tal parámetro, establece garantías a favor del contribuyente que complementan el sistema de determinación tributaria. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

14. El control de constitucionalidad no faculta a los jueces a sustituir a la Administración en la determinación de las políticas públicas o en la apreciación de los criterios de oportunidad, sin que ello obste al ejercicio de ese control respecto del mecanismo empleado y de las bases normativas que deben aplicarse para determinar los gravámenes inmobiliarios de la Ciudad de Buenos Aires si las objeciones se encuentran suficientemente fundadas en argumentos de índole constitucional, y no en planteos que se limiten a descalificar, en forma vaga y genérica, una política tributaria que, en principio y hasta tanto no se demuestre lo contrario, goza de presunción de legitimidad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

15. No es admisible la acción declarativa de inconstitucionalidad cuando, pese a señalarse en forma concreta la norma impugnada e identificar aquéllas

otras reglas constitucionales con las cuales se entiende que colisiona, no se formula un claro desarrollo que demuestre que el mecanismo establecido por la ley 2568 para componer el impuesto inmobiliario de la Ciudad de Buenos Aires, se oponga o desvirtúa alguna norma o principio de la Constitución local. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

16. No basta, para dar curso a la tramitación de una acción declarativa de inconstitucionalidad la invocación de la afectación de garantías constitucionales si los fundamentos que la sostienen no presentan la razonable vinculación argumental que requiere una presentación de esta naturaleza*. (Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

17. Si bien la acción declarativa de inconstitucionalidad no requiere que el promotor del proceso ostente la condición de titular de la situación jurídica involucrada en la norma de alcance general cuestionada, tampoco excluye del universo de legitimados a quienes se encuentran dentro de su ámbito de aplicación, en la medida que estos últimos circunscriban su pretensión a requerir la declaración de inconstitucionalidad como requiere el art. 113, inc. 2º, de la CCBA *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

18. La exigencia de fundamentar la acción declarativa de inconstitucionalidad debe ser observada por quien la insta con mayor intensidad que en aquellas presentaciones que involucran la competencia asignada a este Tribunal por el art. 113.3, CCBA, pues la actora, al escoger la primera de las vías de impugnación constitucional mencionadas, obra en interés de la ley (conf. art. 17 de la ley 402). *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

19. La inadmisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad no obsta su promoción posterior, sea por el mismo contradictor o por uno diverso, toda vez que la previsión contenida en el art. 20 de la LPTSJ se limita a los supuestos en que el Tribunal rechace la acción, es decir, aquellos procesos en los que se produjo un debate basado en argumentos que podían interpretarse —*a priori*— consistentes, y se arribó a un resultado opuesto a la pretensión de inconstitucionalidad. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

20. Es inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad si no se explica cómo puede estimarse que el principio de legalidad esté en juego cuando el régimen impositivo cuestionado surge de una ley, que es una fuente ante la cual no constituye objeción que el nuevo diseño se aparta de la matriz normativa de igual jerarquía que con anterioridad regulaba la contribución por ABL, obvia consecuencia de la regla *lex posterior derogat prior* que gobierna las relaciones entre leyes*. (Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

21. Es inadmisible la acción declarativa de inconstitucionalidad pues el modo en que se formularon los argumentos orientados a demostrar la inconstitucionalidad de la normativa atacada, no permite debatir si el sistema de valuación impugnado distribuye el peso del tributo sin respetar el equilibro que imponen las garantías de igualdad ante la ley y capacidad contributiva. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano).*

22. Cabe admitir la acción declarativa de inconstitucionalidad si se individualizan con precisión las normas impugnadas (19 inc. 2º de la ley 402), que poseen carácter general, emanan de autoridades de la Ciudad (arts. 113, inc. 2º de la CCBA y 17 de la LPTSJ) y exponen argumentos constitucionales vinculados con las reglas cuestionadas, lo que da cumplimiento a los arts. 113 inc. 2º de la CCBA y 17 de la LPTSJ. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

23. En materia tributaria adquiere relevancia el principio constitucional de legalidad y cualquier disposición legal que la regule debe adecuarse a lo dispuesto por la CN y la CCBA, de modo que se afecta el derecho de propiedad de los contribuyentes si el mecanismo elegido para determinar la valuación del terreno es irrazonable. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. nº 6336/08 - 29/4/2009

VISTO:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. A fs. 13/22 el Sr. Rubén Alberto Calcaterra planteó acción declarativa de inconstitucionalidad (art. 113 inc. 2º de la CCBA), con la finalidad de que el Tribunal "...pronuncie la inconstitucionalidad de la cláusula transitoria segunda de la Ley Tarifaria para el año 2008 y del detalle del Anexo I que fija un coeficiente de valor zonal (ley 2568, *B.O*. nº 2840 del 28/12/2007), en virtud de su patente contrariedad con la norma contenida en el art. 51 de la CCBA, en los arts. 4º, 17, 19, 28 y concordantes de la C.N. y en el art. 17.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos" (fs. 13).

2. Al evacuar la vista conferida a fs. 33, el fiscal general estimó que no debería admitirse la presente acción declarativa pues "no cumple con la exigencia de presentar fundadamente al Tribunal (...) la contradicción que se alega entre la cláusula segunda de la ley 2568 y normas de raigambre constitucional" (fs. 34/38).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. La demanda interpuesta por el Sr. Rubén Alberto Calcaterra, no difiere en su objeto y fundamentación de aquellas acumuladas en el expte. 5726/08 "Ministerio Público - Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", a saber: "Álvarez, Manuel" (5937), "Boschiazzo, Omar Héctor" (5938), "Martínez, Carlos Eduardo

y otra" (5908), "De Giacomo, Juan Carlos" (5921), "Laferrere de Elía, Mariana de" (5923), "Editorial Médica Panamericana Sociedad Anónima, Comercial y Financiera" (5967) y "Brik, Daniel Jorge" (5968) y, por las mismas razones que expuse al votar en esa oportunidad, resulta inadmisible.

2. Expresé en aquella ocasión lo siguiente:

"Me voy a expedir en conjunto sobre las demandas para la declaración de inconstitucionalidad de la cláusula transitoria segunda de la ley tarifaria para el año 2008 (nº 2568), dictada por la Legislatura de la CABA, y del detalle de su Anexo I. Corresponde esta solución pues todas estas acciones persiguen un mismo fin, el ya indicado, por la misma vía —acción declarativa de inconstitucionalidad— y con invocación de fundamentos normativos constitucionales que, en la mayoría de los casos, resultan idénticos y, si difieren, tal diferencia es mínima. Así se invoca, por una parte, el principio de legalidad tributaria (CCBA, 51), diversos artículos de la Constitución Nacional que protegen la propiedad, la razonabilidad y la igualdad en la carga pública y la reglamentación legal de estos principios sin eliminarlos (C.N., 4º, 17, 19, 28 y concs.) y, nuevamente, el derecho de propiedad según la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17.2). Corresponde, por ello, acumular estas diversas acciones para responder a ellas sobre la cuestión de su admisibilidad con fundamentos únicos, pues —dicho sea de paso— todas ellas presentan aciertos y desaciertos comunes.

3. Estimo que el requisito relativo al objeto impugnable, esto es, una norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, se cumple correctamente en el caso, según la norma tachada de inconstitucionalidad, antes citada (CCBA, 113, inc. 2º y art. 19, inc. 2º, ley 402).

4. Tampoco parece ser un problema la legitimación para demandar el fin deseado, puesto que la reglamentación de la acción descripta por la Constitución local ha abierto, de manera muy amplia, la posibilidad de demandar por esta vía a todas las personas (ley 402, art. 18). En este sentido, están de más las alegaciones de los accionantes particulares que intentan fundar su legitimación para demandar en el perjuicio que les ocasiona la nueva ley tarifaria. Ello indica además que, a pesar de la acción señalada en la demanda, todos ellos tienen en mira corregir su posición particular frente a la determinación de la base de la contribución que objetan, esto es, en el fondo han planteado un caso particular.

5. Constituye un defecto común a todas estas acciones la invocación de principios constitucionales básicos, descriptos académicamente de modo correcto, pero sin desarrollo alguno sobre el vínculo de esa invocación abstracta con la norma general concreta que impugnan. Como se verá, éste es el principal motivo por el cual resulta imposible admitir la vía intentada.

a) Todas estas acciones invocan, erróneamente, el principio de legalidad tributaria. Para incluirlo entre los argumentos, los actores incurren en un círculo vicioso. Se comienza por admitir que la base de la contribución está definida por una ley de la Legislatura que, precisamente, tachan de inconstitucional, con lo cual luego será imposible criticar el extremo, para luego advertir que esa ley, por otros motivos que aducen, más dificultosos para traer al litigio, resultaría inválida por inconstitucional, con lo cual, presuntamente, desaparecería la reserva de ley.

El sofisma me parece evidente. En primer lugar, la ley que establece la base de la imposición existe y éste es un hecho concreto. En segundo lugar, la ley rige, hasta tanto otra ley o una declaración erga omnes de inconstitucionalidad, pronunciada por la justicia, la abrogue o no la aplique, de manera tal que, al momento de la acción, resulta imposible el juego del principio de legalidad. En verdad, si la segunda parte del razonamiento triunfa —si la cláusula fuera inconstitucional por una razón diferente al principio de legalidad—, no hace falta nada más para regresar a la base imponible anteriormente vigente, esto es, no es necesaria la intervención del principio de legalidad para conseguir el efecto deseado. Y esto es así cualquiera que fuere la conveniencia o inconveniencia de la fórmula desarrollada en la cláusula impugnada, pues no la estamos juzgando desde el punto de vista político, sino desde el punto de vista de su validez constitucional.

b) Por lo demás, la invocación de la inequidad —o, lo mismo, de la arbitrariedad según la Declaración Universal de Derechos Humanos— remite siempre a comparaciones con otros inmuebles, eventualmente del mismo o superior valor, con otras cuadras que se consideran más valiosas desde el punto de vista inmobiliario que aquella que habita el vecino demandante, o con otros barrios en idéntica situación. Según se observa, la forma de planteo de la equidad o de la igualdad en la distribución de las cargas públicas remite siempre a un litigio concreto, dependiente de prueba a rendir, objeto que claramente excede la acción declarativa de inconstitucionalidad, conforme al art. 113, inc. 2º de la CCBA. Más aun, la ley ha previsto la posibilidad de que la fórmula lesione, de alguna manera, la equidad o la propiedad —en el sentido de expectativa de pago de una contribución razonable— en la misma cláusula transitoria segunda, n° 4. En efecto, ella dispone allí un límite máximo de la contribución anual en relación al valor de la propiedad (1 %) y prevé un procedimiento sencillo para su reclamo administrativo, sin perjuicio de la acción judicial que pudiera corresponder. Con ello, más allá de valoraciones políticas sobre la conveniencia o inconveniencia de la fórmula impugnada, conforme al interés de cada uno, resulta claro, también, que la ley no se propone una confiscación o situación similar, esto es, tampoco lesiona ostensiblemente el derecho de propiedad de manera absolutamente genérica, tal que merezca una impugnación del tipo de la

aquí intentada por todos los accionantes. Antes bien, la cláusula misma, por su complejidad y por la complejidad de la situación que se presenta en toda la ciudad de Buenos Aires, parece admitir sólo una impugnación constitucional difusa, esto es, relativa a un caso concreto, a tramitar ante los tribunales de mérito, situación jurídica particularizada en la cual el actor solicita que no la apliquen.

c) Existen otros dos argumentos que no pasan de ser críticas políticas a la cláusula decidida por la Legislatura, según el procedimiento correspondiente. La primera se refiere a la relación entre la Ley de Comunas y el detalle del Anexo, que fija el valor zonal. No interesa aquí estudiar si el argumento es fácticamente cierto —esto es, si los límites del "valor zonal" coinciden con aquellos establecidos por la Ley de Comunas—, sino tan sólo indicar que el argumento no posee valor de reproche constitucional, más allá de las preferencias políticas que toda contribución tributaria presenta, razón por la cual siempre perjudica a algunos y beneficia a otros.

d) El segundo argumento remite a la supuesta contradicción entre el Código Fiscal y la nueva base de imposición, argumento que, de modo evidente, no se refiere a la Constitución, sino tan sólo a otra ley de igual categoría que la criticada. Si en verdad existe tal contradicción, resulta claro —entre juristas— que ella debe desaparecer conforme al principio respectivo del orden jurídico, por la vía de la interpretación y de los numerosos principios que esa interpretación ha convocado para superar estas situaciones (p. ej., *lex posterior*, *lex specialis*, etc.). Las consideraciones que anteceden no representan más que el paradigma de que la fundamentación que intentan todas las acciones fracasa, básicamente, cuando la descripción abstracta de los principios que nombra, utiliza y describe no logra conectarse con la norma general impugnada. Todas las demandas, al tiempo de vincular los principios constitucionales con la fórmula legislativa, sólo resultan, cuando más, exposiciones más o menos completas acerca de la inconveniencia política de la cláusula impugnada o, mejor descripto, acerca del perjuicio a una expectativa que el propietario de un inmueble supone correcta o fundada. La acción de inconstitucionalidad, entonces, fracasa por la falta de relación mínima entre las reglas citadas y la norma general objeto de tacha.

Esto resulta más evidente aún en algunas acciones (p. ej.: "Martínez, Carlos Eduardo y otra c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5908/08, y "Laferrere de Elía, Mariana de c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 5923/08), en las cuales los accionantes parecen haber confundido la impugnación abstracta de inconstitucionalidad, prevista en el art. 113, inc. 2º, de la CCBA, con un litigio por un caso concreto, que los tiene por protagonistas, para cuya solución el Tribunal, en principio, no es competente".

6. Como adelanté en el punto 1, resulta ostensible la identidad entre esta demanda y aquéllas, no sólo en cuanto a su objeto procesal, sino, además, en la invocación a la lesión de los mismos principios, derechos o garantías constitucionales —principios de legalidad y razonabilidad tributaria y el de igualdad, como base de los impuestos y las cargas públicas (fs. 14/21 vta.)— sin desarrollo idóneo alguno sobre el vínculo de esa invocación abstracta con la norma general concreta que impugnan; como así también en los agravios orientados a objetar sin valor de reproche constitucional el detalle del Anexo I que fija el valor zonal teniendo en cuenta la Ley Orgánica de Comunas aprobada por la ley 1777.

En rigor de verdad puede apreciarse, además, que el actor también incurre en la particularización del reclamo (punto III de su escrito inicial —fs. 13 vta., fs. 21— y documentación anexa —fs. 1/12—).

Por ello, y concordantemente con lo dictaminado por el señor fiscal general, voto por declarar inadmisible la presente demanda de inconstitucionalidad planteada en los términos del art. 113, inc. 2º, CCBA, todo ello sin perjuicio, claro está, del control difuso que pueda ejercerse sobre la normativa cuestionada.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Coincido con mi colega, juez de trámite Julio B. J. Maier, en cuanto sostiene que los planteos formulados en autos coinciden con los que el Tribunal analizó en el precedente "Ministerio Público - Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires..." que condujeron a declarar formalmente inadmisible la acción intentada, resultado al que también corresponde arribar en este proceso.

2. En lo que sigue, transcribiré los argumentos desarrollados para fundar la solución indicada:

"(...) aunque en las demandas entabladas, los accionantes ejemplifican con las consecuencias que la normativa impugnada proyectaría sobre inmuebles de su propiedad, la pretensión esgrimida en ellas se restringe a obtener la declaración de inconstitucionalidad de los preceptos cuestionados. Además, las cláusulas constitucionales que los accionantes estiman vulneradas, sin perjuicio de las consideraciones que al respecto formularé oportunamente, no vienen invocadas de un modo que conduzca a la protección individual de las garantías en juego.

Ello así, corresponde recordar que, si bien la acción declarativa de inconstitucionalidad no requiere que el promotor del proceso ostente la condición de titular de la situación jurídica involucrada en la norma de alcance general cuestionada, tampoco excluye del universo de legitimados a quienes se encuentran dentro de su ámbito de aplicación, en la medida que estos últimos circunscriban

su pretensión a requerir la declaración de inconstitucionalidad como requiere el art. 113, inc. 2º, de la CCBA (conf. TSJ, "Unión Transitoria de Agentes S.A. y otros c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1268/2001, y su acumulado "Héctor Villegas c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 1276/2001, sentencia del 26/12/2001). En tales condiciones, por lo menos en este aspecto, los procesos entablados satisfacen las exigencias previstas en la normativa aplicable (art. 113, inc. 2º de la CCBA y art. 17 de la LPT).

3. Las demandas bajo estudio también cumplen con el requisito de objetar una norma de alcance general, emanada de las autoridades de la CABA (art. 113, inc. 2º de la CCBA y art. 17 de la LPT).

4. Sin embargo, las acciones incoadas no pueden ser admitidas por cuanto no cumplen con el recaudo de fundamentación exigible para esta clase de procesos.

Desde sus primeros pronunciamientos, este Tribunal ha exigido que el promotor de la acción declarativa de inconstitucionalidad cumpla con explicar "de manera clara y pormenorizada las razones en las que sustenta la tacha de inconstitucionalidad" (*in re* "Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], t. I, pp. 56 y ss., Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, entre otros). Por su parte, el art. 19 inc. 2º de la ley 402 establece que la acción debe contener "los fundamentos que motivan la pretensión, indicando los principios, derechos o garantías constitucionales presuntamente afectados".

Como expresé en otras oportunidades, la exigencia de fundamentar la acción declarativa de inconstitucionalidad debe ser observada por quien la insta con mayor intensidad que en aquellas presentaciones que involucran la competencia asignada a este Tribunal por el art. 113.3, CCBA, pues la actora, al escoger la primera de las vías de impugnación constitucional mencionadas, obra en interés de la ley (conf. art. 17 de la ley 402), lo que implica que el vigor con que esta acción es esgrimida resulta vital para que un debate, organizado con formato judicial, rinda sus mejores frutos o, mejor aún, no arroje resultados no queridos, exigencia que no queda satisfecha si los argumentos sobre los que pretende apoyar la impugnación no se hacen cargo, al menos, de los argumentos que previsiblemente puedan oponerse a los reparos respecto de la compatibilidad o coherencia de las normas objetadas con los preceptos de la Constitución Nacional y de la CCBA que se aducen vulnerados (conf. mi voto *in re* "Fedecámaras c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 3725/2004, sentencia del 16/3/2005, entre otros).

El control bajo una apreciación rigurosa del estándar enunciado no proyecta consecuencias irreversibles. Por el contrario, la inadmisibilidad de la acción dispuesta en las condiciones aludidas, no obsta su promoción posterior, sea por

el mismo contradictor o por uno diverso, toda vez que la previsión contenida en el art. 20 de la LPTSJ se limita a los supuestos en que el Tribunal rechace la acción, es decir, aquellos procesos en los que se produjo un debate basado en argumentos que podían interpretarse —*a priori*— consistentes, y se arribó a un resultado opuesto a la pretensión de inconstitucionalidad. De suerte que, no habiéndose arribado al rechazo de la acción, ésta quedaría habilitada para ser incoada nuevamente para impugnar idénticas normas, introduciendo al debate fundamentos con el vigor que la acción amerita.

El desarrollo argumental de las demandas en cuestión no logra conectar las objeciones constitucionales que postula con la normativa impugnada y tampoco brinda respuesta en relación con motivos previsibles para postular la compatibilidad del régimen cuestionado con los preceptos constitucionales que se aducen vulnerados.

5. El sistema impugnado establece un nuevo mecanismo para determinar los gravámenes inmobiliarios de la CABA a partir de enero de 2008. Dentro de ese esquema, el avalúo total por partida matriz resulta de sumar la valuación total de lo edificado, con el valor actualizado del terreno en el que se asienta. Este último guarismo, a su vez, se obtiene luego de multiplicar la valuación total de lo construido (VTE, valor total edificado) por el coeficiente de valor zonal (CZ) determinado en el Anexo I de la ley 2568. Por su parte, cuando el valor total del terreno así actualizado resultare inferior al que surge del valor unitario de cuadra (VUC) multiplicado por la superficie de cada parcela de terreno, se mantendrá este último que representa el valor vigente (conf. cláusula transitoria segunda, apartado 1).

Aunque los accionantes sostienen que la normativa analizada vulnera el principio de reserva de ley, capacidad contributiva, igualdad, razonabilidad y propiedad, no muestran cómo los segmentos atacados de la ley 2568 afectan las cláusulas constitucionales invocadas en apoyo de sus objeciones.

6. No se explica en la demanda cómo puede estimarse que el principio de legalidad esté en juego cuando el régimen impositivo cuestionado surge de una ley, fuente frente a la cual no constituye objeción que el nuevo diseño se aparta de la matriz que con anterioridad regulaba la contribución por ABL. Esto es una obvia consecuencia de la regla *lex posterior derogat prior* que gobierna las relaciones entre leyes. Así, la eventual invalidez constitucional, si la hubiera, no existiría por violación del principio de legalidad.

Por otro lado, la postulada violación de la reserva de ley no se apoya en que el legislador hubiera omitido definir elementos esenciales del tributo analizado. En realidad, las demandas sostienen que el mecanismo de actualización elegido para establecer el valor del terreno que, a su vez, es parte integrante de la base de cálculo de la obligación fiscal, carece de razonabilidad en desmedro del resto de las garantías constitucionales enumeradas en el punto anterior.

7. El modo en que aparecen invocados los principios de capacidad contributiva, igualdad, razonabilidad y propiedad tampoco brinda soporte al debate planteado por los accionantes.

En primer término, no es dudoso que la normativa impugnada opta por establecer el valor de los terrenos a partir de una base que no esta relacionada de modo manifiesto o visible con el justiprecio que busca establecer. Sin embargo, ello no basta para desechar, en los términos exigibles para una descalificación a la luz de la CCBA o la C.N., que el mecanismo escogido por el legislador sirva para captar de un modo razonablemente proporcional la capacidad contributiva tenida en mira. No hay que descuidar a este respecto que el margen de construcción habilitado proyecta sus efectos sobre la cotización del terreno. Al mismo tiempo, la magnitud de lo construido depende en una medida significativa de la modificación de la legislación aplicable en el curso de la historia así como de las excepciones a esa legislación hechas más de una vez en nuestra Ciudad. En el plano abstracto, propio del análisis que permite la acción declarativa de inconstitucionalidad, las relaciones que vinculan el valor de lo edificado con el de la tierra no aparecerían, pues, privadas de todo sustento.

Además, la base queda, en el régimen bajo estudio, ligada a un patrón objetivo, el valor unitario por cuadra (valor más ceñido a cada terreno que el coeficiente por zona del anexo I) que puede suministrar un correctivo hacia arriba que redunde en mayor equilibrio de las cargas tributarias resultantes. A su vez, el tope anual de contribución por ABL que el legislador fijó en el 1 % del valor de mercado del inmueble (conf. ley 2568, cláusula transitoria segunda, apartados 1 y 4) opera como un límite máximo. Estos aspectos al igual que sus consecuencias en la determinación concreta del tributo aparecen soslayados por las demandas sin que en ellas se indique cuál es el impacto que el sistema en su conjunto (régimen de actualización y sus límites) proyectaría en relación con las cláusulas constitucionales invocadas.

Por su parte, el coeficiente por zona, determinado en el Anexo I de la ley 2568 sobre la base de lo previsto en la Ley de Comunas, utilizado dentro del sistema de ABL como parte de la fórmula de actualización (VTE x CZ), pretende reflejar la influencia que proyecta la pertenencia a un barrio o una subzona (véanse Anexo I y tabla de coeficientes de la ley 2568) sobre el valor de los terrenos. Nuevamente, las demandas no muestran por qué el método seleccionado por la ley —con las variantes que resultan del VUC y el tope del 1 % (ley 2568, cláusula transitoria segunda, apartado 4—, al margen de su conveniencia o idoneidad, asuntos que no integran la discusión de autos, excedería el espectro disponible para el órgano legislativo en tanto no se ha postulado una interpretación de las cláusulas constitucionales que lo excluya.

8. La perspectiva que brindan las consideraciones formuladas, permite advertir que el modo en que se han formulado los argumentos orientados a

demostrar la inconstitucionalidad de la normativa atacada, no permitirá debatir si el sistema de valuación impugnado distribuye el peso del tributo sin respetar el equilibro que imponen las garantías de igualdad ante la ley y capacidad contributiva.

Para que argumentos de esa especie pudieran progresar no basta con señalar que las circunscripciones en que la ley 1777 divide a la CABA no fueron originalmente pensadas como pauta para conformar la base de cálculo de la contribución por Alumbrado, Barrido y Limpieza. Sería necesario, en cambio, mostrar u ofrecer prueba para acreditar que el método impugnado conduciría sistemáticamente a que un barrio quedara alcanzado por una presión tributaria mayor que otro, sin que ello derivara de la proporcionalmente mayor capacidad contributiva que pudiera inferirse de los datos elegidos para obtener la base de cálculo.

En este sentido, mostrar que el incremento de la contribución fiscal supera el 300 % si se lo compara con la obligación tributaria anterior del inmueble tomado como referencia (expte. nº 5968/08, fs. 21, p. ej.), no satisface la exigencia de enfocar el debate al confronte abstracto entre la norma impugnada, la Constitución Nacional y la CCBA. Tampoco logra ese objetivo mencionar asimetrías de valuación entre inmuebles lindantes, si no se intenta mostrar que la diferencia de trato provenga directamente de la fórmula usada para arribar a la base de cálculo del impuesto y no pudiera resultar una consecuencia, por ejemplo, de la diversa capacidad constructiva que fue tolerada por la autoridad competente en cada uno de los terrenos considerados.

9. En definitiva, quien promueve el proceso constitucional regulado por el art. 113 inc. 2º de la CCBA, debe suscitar un debate a partir del cual el Tribunal defina si la inteligencia atribuible a los preceptos constitucionales en juego impone el ámbito de protección requerido en la demanda, que se traduce, sentencia mediante, en una limitación al modo en que el Poder Legislativo o Ejecutivo ejercieron sus atribuciones. Las demandas bajo análisis no conducen, por las razones ya expuestas, a ese debate. Por lo tanto, ellas no podrían provocar el ejercicio de los poderes que emanan del control de constitucionalidad abstracto y se expresan bajo los diversos formatos que admiten las sentencias estimativas (conf. mi voto *in re* "Urbano, Antonio c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 4973/06, sentencia del 6/11/2007). El respeto a la división de poderes exige que el progreso de una acción declarativa de inconstitucionalidad se apoye necesariamente en la existencia de un mandato constitucional que proscriba la elección formulada por la Legislatura, o el órgano emisor de que se trate, cuando se impugna otra norma de alcance general".

En consecuencia, por las razones dadas y de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general, voto por declarar la inadmisibilidad formal de la demanda articulada a fs. 13/22.

El juez José O. Casás dijo:

1. Tal como lo señala el señor juez de trámite, doctor Julio B. J. Maier, entiendo que en la presente acción declarativa de inconstitucionalidad se efectúan planteos coincidentes, y se invocan idénticos principios y garantías constitucionales, con aquellos examinados por este Tribunal, cuando se pronunció, el 16/7/2008, en el expte. nº 5726: "Ministerio Público – Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/GCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" y sus acumulados.

En efecto, tanto en el *sub judice* como en aquel precedente lo que se cuestiona, en abstracto, es la validez constitucional de la cláusula transitoria segunda, así como el anexo I, de la ley 2568, Ley Tarifaria 2008, que fija un coeficiente de valor zonal, por la vía de la acción prevista en el art. 113, inc. 2º de la CCBA, valiéndose para ello, con mínimos matices en cuanto al énfasis puesto en cada uno, la afectación de los principios tributarios consagrados en en el art. 51 de la CCBA, los arts. 4º, 17, 19, 28 y concordantes de la C.N. y el art. 17.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

2. Así en el precedente citado en el punto 1 del presente, me pronuncié por declarar inadmisible la acción con fundamento en los razonamientos que a continuación reproduzco por considerar que son aplicables en el caso aquí bajo examen:

"*6.* ... más allá del esfuerzo argumental de los letrados intervinientes —loable por cierto— que se observa en la presentación de las acciones de inconstitucionalidad en las que se efectúa una completa descripción de los principios, derechos y garantías constitucionales federales y locales, como los que surgen en el plano Internacional de las Convenciones, Pactos y Tratados de Derechos Humanos, marcando un cauce y levantando un valladar al ejercicio de la potestad tributaria normativa, en estas actuaciones no se logra fundamentar solventemente la relación directa e inmediata de dichos principios, derechos y garantías con las consecuencias que podrían derivarse, con carácter general, de la aplicación de la ley 2568, en cuanto establece un mecanismo de ajuste de la valuación fiscal de los inmuebles en función de zonas que predetermina.// También obsta a la procedencia formal de la acción la doctrina inveterada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en virtud de la cual no son objetables las facultades locales para darse leyes y ordenanzas impositivas y, en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las previstas en el art. 108 —hoy art. 126— de la Constitución (*Fallos,* 7:373), siendo la creación de impuestos, elección de objetos imponibles y formalidades de percepción del resorte propio de los estados locales, sin que los tribunales puedan declararlos ineficaces a título de ser injustos o inconvenientes si no son contrarios a la Constitución (*Fallos,* 105:273) porque entre los

derechos que constituyen la autonomía de los estados locales, es primordial el de imponer contribuciones y percibirlas sin intervención alguna de autoridad extraña (*Fallos,* 51:349; 114:282; 137:212, entre otros). Asimismo, en la causa: 'Doña Graciana Etchessahar de Lastra, sobre protocolización de testamento', *Fallos,* 153:46, sentencia del 26/10/1928, el más alto tribunal, quizás incurriendo en algún exceso en la apreciación del alcance de las potestades tributarias locales —sobre todo al desatender la nota de equidad que debe caracterizar las prestaciones tributarias—, consignó: 'Si la Constitución Nacional en su art. 5º..., no ha hecho de la moderación de los impuestos o de formas determinadas de percepción de los mismos una de las condiciones de la garantía al goce y ejercicio de las instituciones provinciales y ha excluido, por tanto, de los casos de intervención de sus poderes políticos por la Nación (art. 6º) el de abusos posibles en esta materia, consumados por las provincias en perjuicio del desarrollo de la riqueza pública local y nacional, no es admisible que se haya querido dejar a la discreción del poder judicial... la facultad de declarar, sin valor en casos concretos, la legislación provincial relativa a impuestos, fuera de las hipótesis de confiscación o de otra transgresión de una garantía de la Constitución o de algún precepto de la misma, porque el poder judicial es el menos adecuado por su naturaleza, funciones y reglas de procedimiento para decidir sobre la necesidad y equidad de las contribuciones y para apreciar los resultados económicos de ellas, según su monto o la manera de cobrarla, en lo que como se ha observado con verdad, no puede haber cuestión de constitucionalidad o inconstitucionalidad, ya se trate de sumas fijas, ya de graduadas o proporcionales a los valores sobre que recaen...' (el destacado ha sido añadido).// Por lo demás, la igualdad frente a las cargas públicas ponderada, tanto en términos de 'igualdad ante la ley' como de 'igualdad en la ley' obliga a efectuar una valoración comparativa entre diversos casos en concreto, escrutinio de difícil o imposible realización en el marco de un control abstracto, el cual se ciñe a la confrontación de normas de alcance general con principios, derechos y garantías constitucionales o de rango equivalente.

"Finalmente es óbice al andamiento de la acción la circunstancia de que la declaración de inconstitucionalidad de una ley constituye una medida de extrema gravedad institucional que debe considerarse la *ultima ratio* del ordenamiento jurídico, más aún cuando se incita la competencia de un tribunal para que dicte un pronunciamiento estimatorio que producirá efectos *erga omnes*, expulsando del ordenamiento jurídico el precepto, salvo insistencia de la Legislatura (conf. art. 113, inc. 2º, CCBA). La apuntada reflexión, en casos como el presente, en que no se advierte —al menos en abstracto y para el contribuyente medio a través de la simple confrontación de la norma que se pretende poner en crisis con las reglas constitucionales invocadas— una pugna ostensible, palmaria y evidente de tal naturaleza, aconseja dejar abierta la posibilidad al presentante

de valerse, ante quien corresponda, de la vía corriente para el control difuso de constitucionalidad, donde el diverso objeto procesal y la plenitud de conocimiento del proceso permitirá hacer gravitar las circunstancias particulares de la causa y obtener, de corresponder en derecho, la tutela judicial que se reclama en los casos ocurrentes, según sus características y particularidades".

3. Por lo hasta aquí expuesto, y lo dictaminado en forma concordante por el señor fiscal general, propicio se declare la inadmisibilidad de la acción declarativa de inconstitucionalidad intentada.

Así lo voto.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Como señalan mis colegas preopinantes, la acción interpuesta por el Sr. Calcaterra (fs. 13/22) es equivalente a la de autos "Ministerio Público — Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires c/CGCBA s/acción declarativa de inconstitucionalidad" y sus acumulados (expte. nº 5726).

Tal como lo sostuve al emitir mi voto en el expediente citado, entiendo que acción es admisible porque: "Se destacó la relevancia que adquiere el principio constitucional de legalidad en materia tributaria y la necesidad de que cualquier disposición legal que regule esa materia se adecue a lo dispuesto por la C.N. y la CCBA; se insistió en la afectación al derecho de propiedad de los contribuyentes por el mecanismo elegido para determinar la valuación del terreno al cual, por otro lado, se caracterizó como irrazonable en los términos del art. 28 de la C.N. Asimismo, se señaló que la técnica legislativa implementada a través de la cláusula transitoria segunda de la ley 2568 y su Anexo conculca los principios y derechos enunciados por el art. 51 de la CCBA en materia tributaria así como aquellos establecidos por los arts. 4º, 16, 17 y 19 de la C.N. y normas concordantes en materia de derechos humanos que gozan de jerarquía constitucional conforme lo prescripto por el art. 75, inc. 12 de la C.N.".

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. La acción declarativa de inconstitucionalidad deducida por el Sr. Rubén Alberto Calcaterra es, tal como lo señalan mis colegas, sustancialmente similar a las resueltas por este Tribunal, en forma acumulada, en el expte. n° 5726/08. En efecto, el planteo propuesto a debate, la argumentación que lo sostiene y las objeciones constitucionales que se hacen a la cláusula transitoria segunda y al Anexo I de la ley 2568, resultan análogos a los analizados en el caso de referencia.

En consecuencia de ello, me remito a los fundamentos desarrollados en mi voto en la mencionada oportunidad por resultar aplicables, en su totalidad al presente caso y por ser concordantes con los que sostienen el voto de mis colegas preopinantes.

2. Sin perjuicio de ello, sólo deseo puntualizar que del escrito de demanda surge con claridad la naturaleza particular de la acción que se intenta, desde que el punto III describe la concreta situación del actor, el impacto del incremento sobre el importe anterior del impuesto y la comparación del mismo con los vecinos. Ello indica que la presente demanda involucra una situación particular y también un punto de mira individual, que alcanza para determinar su inadmisibilidad por la vía prevista en el art. 113, inc. 2º, CCBA.

Por ello, de acuerdo con lo dictaminado por el señor fiscal general y de conformidad con lo argumentado por mis colegas Maier, Lozano y Casás, corresponde declarar la inadmisibilidad de la acción declarativa interpuesta.

Por ello, por mayoría, y concordemente con lo dictaminado por el señor fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* inadmisible la demanda de inconstitucionalidad planteada por Rubén Alberto Calcaterra a fs. 13/22.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y se archive.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

CI

"GCBA S/SAO —OTROS— INHIBITORIA, EN: 'FISCALÍA GENERAL ANTE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL C/GCBA S/SUMARÍSIMO'"

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Pedido de inhibitoria. ACCIÓN DECLARATIVA DE INCONSTITUCIONALIDAD: Competencia del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires. Registro Público de Comercio. Norma de carácter federal. FISCAL ANTE LA CÁMARA NACIONAL DE APELACIONES EN LO COMERCIAL: Legitimación. Derechos de incidencia colectiva. Derecho común. Garantía de los intereses federales. Autonomía de la Ciudad de Buenos Aires.

SUMARIOS:

1. La convivencia de la llamada justicia ordinaria de la Capital Federal y de los tribunales de la CABA en el territorio de esta ciudad no impide la formulación de pedidos de inhibitoria destinados a que los jueces de la Ciudad tomen intervención en los asuntos que se estimen de su competencia, desplazando la

actuación de la mencionada justicia ordinaria. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Cabe asegurar a los vecinos de la Ciudad de Buenos Aires el acceso pleno a las herramientas previstas por el art. 7º del CPCCN porque en la CABA coexisten jueces nacionales junto con magistrados que integran el Poder Judicial de la Ciudad nombrados y removibles por los procedimientos prescriptos en la CCBA, y lo contrario supondría que los mecanismos disponibles para articular la defensa de incompetencia, en la Ciudad, quedan reducidos a la declinatoria, de modo que la garantía de imparcialidad no se hallaría cubierta para el demandado, obligado a plantear la defensa en cuestión sólo ante el juez reputado incompetente, sin posibilidad de suscitar la intervención del que estima competente por vía de inhibitoria. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Las afirmaciones de la señora fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el sentido de no perseguir una mera declaración abstracta o meramente consultiva, sino la dilucidación de una cuestión real derivada de la creación en la Ciudad de Buenos Aires de un Registro Público de Comercio y contralor de Personas Jurídicas, que genera un estado de incertidumbre sobre dónde deben dirigirse los ciudadanos para inscribir una asociación civil, una fundación, o una sociedad, o acerca de la existencia de "un perjuicio o lesión actual", o de un "interés jurídico suficiente en el accionante", no pasan de ser mera retórica que no acredita que exista un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica que concierna directamente a la Fiscalía —o a quien ella represente—, de modo que esa falta de certeza pudiera producirle a ella o su representado un perjuicio o lesión actual. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

4. No puede admitirse que la señora fiscal ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial apoye su aptitud procesal para instar el pleito en el art. 6º, inc. d, de la ley 22.315, pues esa previsión legal se inscribe en el marco de las funciones de fiscalización encomendadas a la Inspección General de Justicia y, por tanto, carece de aptitud para legitimar una pretensión ajena a esas tareas, sin que pueda sostenerse con seriedad que la ley comprende la potestad de fiscalizar a la Legislatura de la CABA en el ejercicio de sus atribuciones, desde que una potestad de tal característica destruiría el sistema federal. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

5. Para que opere la legitimación expandida prevista en el art. 43 de la C.N. es necesario que los sujetos allí mencionados, entre los que no se encuentra el Ministerio Público Fiscal, obren en defensa de derechos de incidencia colectiva. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

6. La defensa de la legalidad del Ministerio Público debe ser aquella comprometida por los procesos en los que interviene ese ministerio, que hayan

sido impulsados por parte legitimada, para dirimir los derechos disputados con una parte adversaria; pues es el fiscal quien tiene la misión de evitar desbordes judiciales, para que el gobierno del pueblo a través de sus representantes no quede, en la práctica, reemplazado por el de los jueces, a quienes los constituyentes no confirieron esa potestad. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

7. Parte de la ley local 2875 cuya tacha de inconstitucionalidad persigue la fiscal accionante, por resultar, a su juicio, contraria a lo dispuesto en la ley 24.588 (en especial, en su art. 10), no se encuentra vigente, sino que prevé la subordinación del efectivo desarrollo de las funciones administrativas que organiza a la previa celebración de convenios previstos en la citada ley de garantía de los intereses federales, de modo que la ley local es un acto mediante el cual el estado local se preparó para posibilitar la negociación prevista en la referida ley 24.588. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

8. Corresponde declarar la competencia parcial del Tribunal para conocer en la cuestión referida exclusivamente a la declaración de inconstitucionalidad en abstracto de la ley 2875, por ser —sólo ésta— una norma emanada de autoridades locales, tener carácter general e imputársele contrariar la Constitución Nacional y la local. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

9. Cuando se encuentra controvertida la constitucionalidad de una norma local por ser contraria tanto a lo dispuesto en normas locales como federales, y la interpretación de las primeras podría tonar innecesario adentrarse al análisis de las federales, es competente para entender en el conflicto la justicia provincial pudiéndose recurrir, en todo caso, ulteriormente, a la Corte por medio del recurso extraordinario federal. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Luis F. Lozano, al que adhiere el señor juez Julio B. J. Maier).*

10. La pretensión deducida por la Sra. Fiscal de la Cámara en lo Comercial de la Capital Federal —con relación a la inconstitucionalidad de la ley local 2875 en forma abstracta y con carácter general— se ha circunscripto a plantear un puro conflicto internormativo destinado a poner en crisis, en abstracto, la validez de una norma local con alcance general por oposición a otra de jerarquía superior, de modo que la cuestión así definida sólo puede ser encauzada procesalmente bajo las reglas de la acción declarativa prevista en el art. 113, inc. 2° de la Constitución local, que tramita en forma originaria ante este Tribunal Superior de Justicia. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

11. Las reglas atributivas de la competencia judicial revisten carácter de orden público, por cuanto se establecen tanto para custodiarla como para evitar extralimitaciones que vulneren las autonomías locales. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

12. La ley que garantiza los intereses del Estado nacional en la Ciudad de Buenos Aires (n° 24.588) no estableció poder de veto alguno a favor del

Estado nacional con relación a las leyes que pudiera dictar la legislatura de la Ciudad, ni tampoco limitación que implique la posibilidad de dejar sin efecto, por vía judicial, con carácter general, leyes dictadas en el ámbito de la Ciudad. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

13. La Fiscal de Cámara integra un órgano extrapoder (en el marco de los poderes constituidos a nivel nacional), que carece de legitimación extraordinaria y no está autorizada para ejercer la defensa de intereses de incidencia colectiva (conf. art. 43, C.N.), ni siquiera en el supuesto de que pudiera inferirse de su presentación, que esos intereses existen y que están o pudieran plausiblemente estar afectados. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

14. La invocación del peligro en la demora efectuada por el magistrado al decidir, siendo que la ley 2875 no es automáticamente operativa, sino que su efectividad requiere de la celebración de acuerdos interjurisdiccionales —entre el gobierno federal y el gobierno local— y de su reglamentación por el Ejecutivo de la Ciudad, deja en claro que no había ni hay premura de ningún tipo que justificara la cautelar ordenada. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

15. La inhibitoria está pensada para disputar la competencia entre un juez que tiene un caso o causa, y otro (el requirente) que considera que es a él a quien le corresponde resolver. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

16. Las actuaciones que se iniciaran ante la justicia comercial no guardan relación ni pueden ser encuadradas en la acción declarativa de inconstitucionalidad (ADI) prevista en el inc. 2º, del art. 113 de la CCBA, que sólo puede ser deducida ante el Tribunal y únicamente están habilitados para hacerlo los sujetos individualizados en la CCBA y en la ley 402. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

Expte. n° 6421/09 - 29/4/2009

VISTO:

el expediente citado en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Procurador General de la Ciudad plantea "por vía de inhibitoria una cuestión de competencia suscitada en los autos caratulados 'Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/sumarísimo' (expte. E29 96.636/2009)", iniciado ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 15, Secretaría Nº 29; a fin de que el Tribunal declare "su propia competencia originaria y exclusiva en el caso y ordene la inmediata remisión del expediente" (fs. 21).

Manifiesta que la Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial promovió una acción meramente declarativa contra el

Gobierno de la Ciudad "con el objeto de que el Poder Judicial de la Nación declare la inconstitucionalidad de la ley 2875", fundada en "que la creación de un Registro Público de Comercio 'paralelo' usurpa competencias propias de la Inspección General de Justicia", "se contrapone con la ley reglamentaria del art. 129 de la C.N. —art. 10, ley 24.588— y somete a los ciudadanos a un estado de incertidumbre y de inseguridad jurídica sobre la validez de los actos que se registren en uno u otro organismo, dado que existe superposición de sus competencias en una misma jurisdicción" (fs. 21 vta.).

Expresa que la actora también solicitó una medida cautelar para suspender "la ejecución de la ley 2875 hasta tanto se dilucide su constitucionalidad" (fs. 21 vta.), petición que fue admitida favorablemente por el juez actuante por considerar, entre otras razones, que "la creación del Registro Público de Comercio previsto en la ley 2875 podría generar un evidente perjuicio para los terceros que en él se inscriban, ante la situación que acarrearía" su eventual declaración de inconstitucionalidad (fs. 22 y vta.).

Agrega que apeló la medida cautelar decretada como así también la competencia de la Justicia Nacional en lo Comercial para intervenir en las presentes actuaciones (fs. 22 vta.).

Para fundar la competencia formal del Tribunal invoca la aplicación oficiosa del art. 27, inc. 5º, ap. b), del CCAyT, las leyes nacionales de procedimiento y la jurisprudencia de este Tribunal (fs. 23, punto III).

En lo sustancial, motiva la petición en que: *a)* "la actora sólo podría afirmar la competencia comercial a partir de la aserción de que la cuestión se halla regida por el art. 34 del Cód. de Com. y la ley 22.315, orgánica de la Inspección General de Justicia"; *b)* "el más elemental examen de la ley 2875 y los términos concretos del planteo de la actora, demuestran sin lugar a dudas que la cuestión no se encuentra regida ni pertenece al ámbito del derecho comercial, ni siquiera del derecho privado, y mucho menos está vinculada a decisiones emanadas del Inspector General de Justicia" (fs. 23 vta.); *c)* "resulta… patente… la naturaleza abstracta de la acción intentada" (fs. 24); *d)* "la naturaleza de la cuestión y del derecho invocado para resolver el caso hacen indudable la `subsunción del caso al derecho administrativo´" (fs. 25) y, en consecuencia, la cuestión remite a la competencia del Poder Judicial de la Ciudad, por tratarse de un asunto de resorte exclusivo de los gobiernos locales, "aun cuando puedan invocarse o 'resultar subsidiariamente aplicables al caso normas de derecho comercial, toda vez que el derecho administrativo no se desnaturaliza por la aplicación de distintos institutos del derecho común'" (fs. 25 vta./26); y *e)* "si bien en el caso está en tela de juicio la conformidad de una ley local con la Constitución local y la Constitución Nacional, ello no implica, necesariamente, que deba tratarse una cuestión federal a cargo de los jueces federales" porque este tipo de pleitos, según la propia Corte Federal, son susceptibles de adecuada tutela mediante el remedio federal del art. 14, ley 48 (fs. 25 vta.).

En suma, considera que la cuestión planteada es "eminentemente local", se dirige contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y supone un planteo de inconstitucionalidad de la ley 2875 "abstracto y general" y "resulta indudable que el tribunal con mayor especialización en tal materia resulta ser el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad" (fs. 26).

2. A fs. 29 el señor juez de trámite ordenó la vista de las actuaciones al fiscal general, el cual solicitó, a los efectos de poder dictaminar, la remisión de las actuaciones o testimonios de las partes pertinentes (fs. 30).

3. En atención a lo requerido, el Tribunal requirió al juzgado interviniente la remisión del expediente *ad efectum vivendi* por el término de 48 horas o, en su defecto, fotocopias certificadas de dichas actuaciones (fs. 31).

4. El 16/3/2009 se recibió fotocopias certificadas, se las agregó por cuerda y se dio vista al fiscal general (fs. 33).

5. A fs. 34/38 el señor fiscal general opinó "que a pesar de que ni la ley 402 ni el Código Contencioso Administrativo Tributario hayan contemplado expresamente el procedimiento aplicable a este tipo de cuestiones" o que la utilización de la declinatoria o de la inhibitoria excluye la utilización recíproca o simultánea de la otra; la competencia originaria y exclusiva del Tribunal, de acuerdo con lo establecido por los arts. 113, inc. 2º y 6º, CCBA, "en modo alguno puede quedar subordinada al cumplimiento de requisitos exigidos por leyes locales".

Por esta razón, concluyó que el Tribunal debe tramitar la inhibitoria planteada, declararse parcialmente competente con respecto a la solicitud que reclama la declaración de inconstitucionalidad con efecto *erga omnes* de la ley 2875, oficiar al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 15 enviando testimonio del escrito que motivó la inhibitoria y de la resolución recaída, y reclamar la remisión de las copias pertinentes o, en su defecto, la elevación de los principales a la CSJN para que determine el Tribunal que debe intervenir.

FUNDAMENTOS:

Los jueces José O. Casás y Luis F. Lozano dijeron:

1. De las fotocopias que corren por cuerda del expediente iniciado ante la Justicia Nacional en lo Comercial se desprende que la parte actora —señora fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial—, encuadró su demanda como:

– una "acción declarativa de certeza en los términos del art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación" (fs. 15 de las copias certificadas en los autos "Fiscalía General ante la Cámara Nacional

de Apelación en lo Comercial c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/sumarísimo", en adelante cuando nada se diga las fojas a que se haga mención corresponderán a esas copias certificadas), afirmando a fs. 27/30, de las copias certificadas, que se hallaban reunidos los requisitos para hacerla viable (concurrencia de un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica, lesión o perjuicio actual para el actor, interés jurídico suficiente en el accionante, inexistencia de otro medio legal para ponerle fin inmediatamente);

- la dirigió contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 15);
- pidió que se citara en calidad de tercero al "Estado nacional (Ministerio de Justicia)" (fs. 16);
- postuló la declaración de inconstitucionalidad *erga omnes* (fs. 31) de la ley local 2875 "en cuanto *a)* dispone la creación de un Registro Público de Comercio y contralor de Personas Jurídicas en esta Ciudad; *b)* establece que las funciones y competencias de la Inspección General de Justicia puede traspasarse al Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires mediante un convenio con el Gobierno de la Nación" (fs. 15, 95 y fundamentación de fs. 31/73), en tanto con ello se vulnera los arts. 31 y 129, C.N.; las leyes dictadas por el Congreso de la Nación (art. 10 de la ley 22.588 y la ley 22.315), y la cláusula transitoria segunda "del Estatuto Organizativo local". En tal sentido, sostuvo que "el art. 80, inc. 25, de la CCBA está sujeto a una condición suspensiva que consiste en la derogación del art. 10 de la ley 24.588" (fs. 45/46);
- solicitó la declaración de inconstitucionalidad sobreviniente —también con alcance general— del art. 34 del Cód. de Com.[14] y de las leyes nacionales n^{os} 21.768 y 22.280[15] (fs. 15, 95 y fundamentación de fs. 73/82), en cuanto sustraen la materia de registración y fiscalización de sociedades extranjeras del ámbito federal —al establecer registros societarios locales— y afectan la garantía de la igualdad ante la ley como base del impuesto y las cargas públicas (art. 16, C.N.), el dere-

[14] **Art. 34. —** En cada Tribunal de Comercio ordinario habrá un Registro Público de Comercio, a cargo del respectivo secretario, que será responsable de la exactitud y legalidad de sus asientos.

[15] **Ley 21.768 modificada por ley 22.280. Art. 1º—** El registro de los contratos constitutivos de las sociedades comerciales, sus modificaciones y el de los demás actos y documentos cuya inscripción se imponen a aquéllas, a sus órganos, a sus socios o a sus mandatarios, y toda otra función atribuida por la legislación comercial al "Registro Público de Comercio", a los "Registros", "Jueces", "Jueces de Registro", "Tribunal de comercio" o "Autoridad registral", quedan indistintamente a cargo de los organismos judiciales o administrativos que, en cada jurisdicción, determinen las leyes locales.

cho de propiedad de los terceros (arts. 14 y 17, C.N.), la garantía del debido proceso y el derecho de defensa en juicio (art. 18, C.N.), el principio de soberanía y el orden público económico (art. 33, C.N.), y el principio de razonabilidad de las leyes (art. 28, C.N.),

– y requirió el dictado de una medida cautelar destinada a suspender la aplicación de la ley local 2875 (fs. 92/95).

2. De las constancias que corren por cuerda surge que el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires, en oportunidad de apelar la medida cautelar dictada por el juez nacional en lo comercial, planteó la incompetencia de esa jurisdicción y esgrimió que el conocimiento de la cuestión correspondía a la justicia local (fs. 118/121). El juez previniente optó por omitir el trámite previsto en la ley de rito para dar curso al planteo, en cuyo lugar se desprendió de oficio del expediente a favor del juez en lo Contencioso Administrativo Federal (resolución de fs. 123, punto 2). Así lo evidencia el contenido de la resolución, en particular del punto 1 (fs. 130), circunstancia que autoriza al GCBA a tener por superada la formulación original de su pretensión.

3. Establecido lo anterior, corresponde dejar aclarado que la convivencia de la llamada justicia ordinaria de la Capital Federal y de los tribunales de la CABA en el territorio de esta ciudad tampoco impide la formulación de pedidos de inhibitoria destinados a que los jueces de la CABA tomen intervención en los asuntos que se estimen de su competencia, desplazando la actuación de la mencionada justicia ordinaria de la Capital Federal. Esta afirmación exige recordar que la solución prevista en el art. 7º del CPCCN estuvo, por largo tiempo, destinada a aplicarse básicamente en relación con magistrados que compartían la condición de integrar el Poder Judicial de la Nación. Por tanto, la regulación procesal en cuestión tendía a reducir la posibilidad de elegir quién resolvía la cuestión de competencia. La situación actual, a partir de la reforma constitucional de 1994, ha variado pues la CABA alberga a unos jueces que integran el Poder Judicial de la Nación y otros que pertenecen al Poder Judicial de la Ciudad Autónoma. Así, el art. 7º del CPCCN, leído como una reglamentación del art. 31 de la C.N. y en armonía con la garantía de imparcialidad (conf. art. 18, C.N. y la doctrina que surge del precedente de la CSJN "Llerena, Horacio Luis s/abuso de armas y lesiones - arts. 104 y 89 del C.P. - causa N° 3221", del 17/5/2005, *Fallos,* 328:1491), conduce a evitar interpretaciones restrictivas del precepto. En el marco de la coyuntura descripta, se impone asegurar a los vecinos de esta Ciudad el acceso pleno a las herramientas previstas por el art. 7º del CPCCN porque en la CABA, reiteramos, coexisten jueces nacionales junto con magistrados que integran el Poder Judicial de la ciudad nombrados y removibles por los procedimientos prescriptos en la CCBA. Lo contrario supone que los mecanismos disponibles para articular la defensa de incompetencia,

en la CABA, quedan reducidos a la declinatoria. De ese modo, la garantía de imparcialidad no se hallaría cubierta para el demandado, obligado a plantear la defensa en cuestión sólo ante el juez reputado incompetente, sin posibilidad de suscitar la intervención del que estima competente por vía de inhibitoria.

Además, por las razones que desarrollaremos en el punto siguiente, la pretensión articulada en autos compromete el ejercicio de una competencia originaria y exclusiva de este Tribunal. Su defensa, entonces, habilita y exige formular un análisis amplio de la cuestión que no queda limitado por el modo en que las partes formularon sus peticiones (*mutatis mutandi, Fallos,* 325:2363, y las citas que surgen de ese precedente, entre muchas otras). A esta altura, en realidad, tanto si la causa se radicara ante el fuero nacional ordinario en lo Comercial o ante la justicia Contencioso Administrativa Federal, en ambos supuestos, existiría una contienda de competencia positiva entre jueces que, por carecer de superior común, debe ser resuelta por la CSJN (art. 24, inc. 7º, dec. ley 1285/58).

4. Sentado lo anterior, corresponde explicar cuáles son los fundamentos por los cuales la pretensión de autos, indefectiblemente, pertenece a la competencia exclusiva y originaria de este Tribunal (art. 113, inc. 2º, CCBA) y, al propio tiempo, excluyen la intervención de jueces nacionales por ausencia de los presupuestos que impone el art. 116 de la C.N.

Para ordenar la exposición ponderaremos si se encuentran reunidos los requisitos previstos por el art. 322 del CPCCN, así como la legitimación de la actora para articular el proceso.

4.1. Para que la acción declarativa prevista en el art. 322 del CPCCN sea admisible es menester que se den los siguientes presupuestos: *a)* que concurra un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica, entendiéndose por tal a aquella que es concreta y definida, en el sentido de que al momento de dictarse el fallo se hayan producido la totalidad de los presupuestos de hecho en que se apoya la declaración acerca de la existencia o inexistencia del derecho discutido, condición bajo la cual sólo se podrá afirmar realmente que el fallo pone fin a una controversia actual —sólo en esos casos se cumple con la condición de que se haya sometido a conocimiento del juez una "causa" en los términos del art. 116 de la C.N.—, diferenciándose de una consulta en la cual se responde acerca de la eventual solución que se podría dar a un supuesto de hecho hipotético; *b)* relacionado con lo anterior, que haya interés jurídico suficiente en el accionante, en el sentido de que la falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor, entendiéndose que la actualidad del interés jurídico no depende, a su vez, de la actualidad —o eventualidad— de la relación jurídica; y *c)* que se verifique un interés específico en el uso de la vía declarativa, lo que solamente ocurrirá

cuando el actor no dispusiere de otro medio legal para ponerle término inmediatamente (doctrina de *Fallos,* 310:606 *in re*: "Leonardo Antonio Newland v. Provincia de Santiago del Estero", del 19/3/1987, consid. 3º; reiterada en *Fallos,* 312:1003; 314:147).

En tales condiciones, aun en el marco de los procesos declarativos el contenido de la pretensión formulada debe llevar al juez a ponderar si lo que busca el actor impedir son los efectos de un acto en ciernes al que le atribuye ilegitimidad o, su pedido, representa una indagación meramente especulativa y de carácter simplemente consultivo (*Fallos,* 307:1379; 310:606; 311:421), vinculada con situaciones conjeturales y/o hipotéticas, formulada para obtener una declaración judicial que le otorgue una inmunidad frente a la norma que impugna.

Como se verá en lo que sigue, ninguno de esos extremos se encuentran verificados en el *sub lite*.

En primer lugar, cabe destacar que, aun cuando la señora fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial afirma que se dan los presupuestos necesarios para tornar viable la específica acción que plantea —declarativa de certeza en los términos del art. 322 del CPCCN—, lo cierto es que no ha logrado demostrar la existencia de un "caso" o "causa" o "controversia" judicial (conf. lo exige la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir de la interpretación del art. 116 de la C.N. y el art. 2º de la ley nacional 27, en cuanto dispone que la justicia nacional "sólo ejerce jurisdicción en los casos contenciosos en que es requerida a instancia de parte") con las características reseñadas en el punto que antecede.

En este orden de ideas, "la Corte Suprema [de Justicia de la Nación] ha dicho (*Fallos,* 156:318) 'que si para determinar la jurisdicción de esta Corte y de los demás tribunales de la Nación, no existiera la limitación derivada de la necesidad de un juicio, de una contienda entre partes, entendido esto como un pleito o demanda en derecho instituida con arreglo a un curso regular de procedimiento, según el concepto de Marshall, la Suprema Corte dispondría de una autoridad sin contralor sobre el gobierno de la República, y podría llegar el caso de que los demás poderes del Estado le quedaran supeditados con mengua de la letra y del espíritu de la Carta Fundamental...'" (conf. Imaz, Esteban y Rey, Ricardo: *El recurso extraordinario*, capítulo: "Requisitos comunes", *Revista de Jurisprudencia Argentina*, Buenos Aires, 1943, pp. 25 y ss., en particular pp. 31 y 32).

Si bien el alto tribunal a través de la acción de amparo, la pretensión declarativa de certeza del art. 322 CPCCN o el juicio sumario en materia constitucional ha admitido la acción directa de inconstitucionalidad como medio idóneo para prevenir o impedir lesiones de derechos de base constitucional —conf. "Nación Argentina v. Provincia de Santiago del Estero", *Fallos,*

310:2812, sentencia del 22/12/1987 y "Asociación de Grandes Usuarios de Energía Eléctrica de la República Argentina (AGUEERA) v. Provincia de Buenos Aires y otro", *Fallos,* 320:690, sentencia del 22/4/1997, entre otros—, en modo alguno es posible afirmar que para tales supuestos se haya eliminado la exigencia de los requisitos propios de un caso judicial, ya que, en el orden federal, como se ha afirmado en un reciente pronunciamiento del Tribunal cimero, "no se admite una acción que persiga el control de la mera legalidad de una disposición" (*in re*: "Halabi, Ernesto c/PEN - ley 25.873 - dec. 1563/04 s/amparo ley 16.986", sentencia del 24 de febrero del corriente año, cons. 9º del voto de la mayoría, causa H.270.XLII del registro del Alto Tribunal).

En el mismo sentido se ha expresado la CSJN *in re*: "Ricardo Gómez Diez, Ricardo y otros v. Congreso de la Nación" (*Fallos,* 322:528, sentencia del 31/3/1999), al sostener que "si bien en numerosos precedentes esta Corte admitió la existencia, en el orden nacional, de las acciones declarativas de mera certeza y de inconstitucionalidad, dicha admisión quedó sujeta al cumplimiento de los recaudos a que alude el anteriormente citado art. 322 del CPCCN (conf. *Fallos,* 306:1125; 307:1379, 2384; 308:1489, 2268, 2569; 310:142, 606, 977; 311:1835), entre los que se destaca la necesidad de la existencia de un caso en el que el titular de un interés jurídico concreto busca fijar la modalidad de una relación jurídica o prevenir o impedir las lesiones a un derecho de base constitucional [...] Que dicha necesidad surge de los arts. 116 y 117 (100 y 101 antes de la reforma de 1994) de la C.N., los cuales, siguiendo lo dispuesto en la sección II del art. III de la ley fundamental norteamericana, encomiendan a los tribunales de la república el conocimiento y decisión de todas las 'causas', 'casos' o 'asuntos' que versen —entre otras cuestiones— sobre puntos regidos por la Constitución [...] Que, sobre la base de tales disposiciones, una constante jurisprudencia del Tribunal expresó que dichos casos 'son aquellos en los que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas', motivo por el cual no hay causa 'cuando se procura la declaración general y directa de inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes'; ni, por ende, existe facultad alguna en cabeza del Poder Judicial de la Nación que lo autorice, en tales circunstancias, a formular dichas declaraciones (*Fallos,* 307:2384, consid. 2°, sus citas, y muchos otros) [...] Que, con tal comprensión, la existencia de 'caso', 'causa' o 'asunto' presupone —como surge del propio art. 116 de la ley fundamental y ha sido recordado precedentemente— la de 'parte', esto es, la de quien reclama o se defiende y, por ende, la de quien se beneficia o perjudica con la resolución adoptada al cabo del proceso. En ese orden de ideas, como lo ha destacado la jurisprudencia norteamericana, 'al decidir sobre la legitimación resulta necesario determinar si hay un nexo lógico entre el *status* afirmado [por el litigante] y el reclamo que se procura satisfacer', el cual 'resulta esencial para garantizar que [aquél] sea una parte propia

y apropiada que puede invocar el poder judicial federal' ('Flast v. Cohen', 392 U.S. 83), y, en definitiva, y como fue señalado por el juez de la Corte Suprema de los Estados Unidos, Antonin Scalia, a fin de preservar al Poder Judicial de 'la sobrejudicialización de los procesos de gobierno' ('The doctrine of standing as an essential element of separation of powers', 17 *Suffolk Univ. Law Review*, 1983, p. 881). En síntesis, la parte debe demostrar la existencia de un 'interés especial' en el proceso ('Sierra Club v. Norton', 405 U.S. 727) o, como ha expresado esta Corte (*Fallos,* 306:1125; 307:1379; 308:2147; 310:606, entre muchos otros) que los agravios alegados la afecten de forma 'suficientemente directa', o 'substancial', esto es, que posean 'suficiente concreción e inmediatez' para poder procurar dicho proceso [...]". A su vez, la Corte Suprema de los Estados Unidos en la causa "Manuel Lujan, Jr., Secretary of the Interior v. Defenders of wildlife" (504 U.S. 555) sentó la doctrina según la cual el Congreso puede extender la idea de "causa" prevista en el art. III de la Constitución de ese país, empero, no hasta admitir la legitimación de quienes carece de *injury in fact* (un perjuicio concreto), toda vez que una norma con tal alcance vendría transgredir lo dispuesto en el mencionado artículo constitucional. Cierto es que en la causa "Mendoza", la CSJN ha admitido una legitimación quizás más amplia, pero, vale advertir que lo hizo sobre la base de las disposiciones de la ley general del ambiente y que no estuvo presente en sus decisiones controversia relativa al punto, en particular acerca de la constitucionalidad de la ley.

Desde esta perspectiva, entonces, las afirmaciones de la señora fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en el sentido de que "no se persigue una mera declaración abstracta o meramente consultiva, sino la dilucidación de una cuestión real […] derivada de la creación en la Ciudad de Buenos Aires de un Registro Público de Comercio y Contralor de Personas Jurídicas […] que genera un estado de incertidumbre sobre dónde deben dirigirse los ciudadanos para inscribir una asociación civil, una fundación, o una sociedad [...] etc.", o acerca de la existencia de "un perjuicio o lesión actual", o de un "interés jurídico suficiente en el accionante", no pasan de ser mera retórica que no acredita lo que es relevante: que exista un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica que, como se detallará en el punto siguiente, concierna directamente a la Fiscalía —o a quien ella represente—, de modo que esa falta de certeza pudiera producirle a ella o su representado un perjuicio o lesión actual. Nada de eso se ha demostrado, pues no se ha planteado un debate sobre la aplicación concreta de la normativa impugnada; en resumen, no se ha introducido una pretensión de dilucidar una controversia de derechos entre partes adversas, sino que la pretensión se ha circunscripto a plantear un puro conflicto internormativo destinado a poner en crisis, en abstracto, la validez de una norma local de alcance general por oposición a otra de jerarquía superior. Ello trasunta, claramente, la ausencia de

caso, causa o controversia judicial en los términos de los arts. 116 de la C.N. y 2º de la ley 27.

Ese déficit, además, no es uno que resulte transable para las partes porque el presupuesto en cuestión funciona dentro del régimen republicano y para lo que aquí importa como un resguardo a favor del principio de división de poderes, indisponible para los litigantes. En tal sentido, precisamente como un resguardo para evitar la prevalencia del Poder Judicial sobre los dos restantes poderes públicos, en los Estados Unidos de América, como en la República Argentina, se ha exigido para que los jueces puedan ejercer su rol de control constitucional, que éste se efectúe en el marco de una causa o caso sometido a su decisión (arts. 116 y 117 de la C.N.), quedándoles vedado hacer declaraciones generales o abstractas, ya que es de la esencia de su misión decidir colisiones efectivas de derechos. Así lo ha dejado sentado nuestro Alto Tribunal desde antiguo *in re*: "Entre Pedro Carlos Raymond, apoderado de la testamentaría de Francisco Videla, y Nicolás García, sobre mejor derecho al valor de una finca embargada", sentencia del 26/10/1865, *Fallos,* 2:220; e *in re*: "Don Silverio Bejarano, pidiendo se declare inconstitucional una ley de la Provincia de Entre Ríos", sentencia del 31/10/1872, *Fallos,* 12:372, doctrina que se ha mantenido ininterrumpidamente a lo largo de toda la actuación de la Corte.

Por eso, para el supuesto que nos ocupa la declaración de certeza debe estar referida a una relación jurídica (art. 322, CPCCN). Ese recaudo, conforme el objetivo que persigue, señalado en el párrafo precedente, no se configura automáticamente por la mera existencia de una norma ni por la existencia de casos de pertenencia al ámbito de aplicación de ella sino que la declaración que se persigue debe tener por objeto la relación nacida al amparo de la norma y no la norma misma. Desde antiguo, calificada doctrina se ocupó de destacar que "[l]as relaciones jurídicas suponen una persona determinada [...] frente a otra igualmente determinada"; lo importante del concepto son las personas cuya relación recíproca produce el vínculo que se asienta, necesariamente, sobre la posesión de un derecho. Por eso, preguntar "¿quién puede ser el titular o el sujeto de una relación jurídica? [...] hace referencia a la posesión posible de derechos", es decir conduce a requerir un vínculo entre quienes reciben, del ordenamiento jurídico, el poder de disposición sobre un derecho (Savigny, M. F. C.: *Sistema del derecho romano actual*, t. I, 2ª ed., traducida por Jacinto Mesía y Manuel Poley, Centro Editorial de Góngora, Madrid, p. 304). Extendiendo estos conceptos al derecho público, no hay relación jurídica mientras no queda alcanzada una persona concreta en un vínculo propio con el Estado. A su vez, una persona alcanzada por un supuesto concreto de aplicación de una norma general tiene una relación jurídica a propósito de ese supuesto, pero no respecto de otras futuras y eventuales hipótesis de aplicación. En efecto, un comerciante con nombre y apellido puede requerir la declaración de certeza

en torno al alcance de un permiso de uso de un espacio público definible por coordenadas concretas (v. gr. en qué medida ese sujeto puede ocupar la vereda frente al número tal de la calle tal) y no en cambio, la declaración de que puede ocupar alguna acera en ciertas condiciones genéricamente descriptas. Una solución contraria supondría quitarle al legislador la potestad de modificar la ley o, para evitarlo, menoscabar el valor de la cosa juzgada, que impediría modificar la sentencia que admitió la pretensión indebida cuando la ley sea modificada.

4.2. La ausencia de caso aparece íntimamente ligada o, si se prefiere, encuentra acabada explicación, en la falta de legitimación que ostenta la accionante, señora fiscal de Cámara del fuero nacional ordinario en lo comercial, para articular la pretensión esgrimida en los autos principales.

En la demanda, la actora apoya su aptitud procesal para instar el pleito en el art. 6º, inc. d, de la ley 22.315. Ese precepto establece: "[p]ara el ejercicio de la función fiscalizadora, la Inspección General de Justicia tiene las facultades siguientes, además de las previstas para cada uno de los sujetos en particular: [...] *d)* formular denuncias ante las autoridades judiciales, administrativas y policiales, cuando los hechos en que conociera puedan dar lugar al ejercicio de la acción pública. Asimismo, puede solicitar en forma directa a los agentes fiscales el ejercicio de las acciones judiciales pertinentes, en los casos de violación o incumplimiento de las disposiciones en las que esté interesado el orden público". La previsión legal invocada se inscribe en el marco de las funciones de fiscalización encomendadas a la IGJ y, por tanto, carece de aptitud para legitimar una pretensión ajena a esas tareas, sin que pueda sostenerse con seriedad que la ley comprende la potestad de fiscalizar a la Legislatura de la CABA en el ejercicio de sus atribuciones. Una potestad de tal característica, conforme desarrollaremos oportunamente, destruiría el sistema federal.

La accionante tampoco es titular de alguna relación jurídica concreta cuyo alcance, existencia o modalidad esté en duda a partir de la normativa impugnada, ni tampoco viene a representar el interés público en una causa instada por parte legitimada. Es obvio lo que señalamos como que la postura asumida por la agente fiscal prescinde de ese dato y no encuentra ningún otro respaldo para la legitimación que se atribuye. Su intento por mostrar que el proceso pone en juego cuestiones de interés público se reduce a invocar la lesión del "derecho de propiedad de terceros", supuestamente afectado por la falta de transparencia del sistema que regirá "la vida societaria y de las personas jurídicas"; del derecho de igualdad ante la ley por ausencia de un sistema uniforme y del de defensa en juicio de aquellos afectados por sociedades comerciales que aprovechen la invocada dualidad permitida por el régimen legal impugnado (fs. 78/79). Se trata, en todos los supuestos, de derechos individuales. La defensa que de ellos pudiera corresponder depende, por principio, de la voluntad que expresen al respecto sus titulares o quienes los representen. En el precedente "Halabi" ya

citado, la CSJN sostuvo que "[...] la regla general en materia de legitimación es que los derechos sobre bienes jurídicos individuales son ejercidos por su titular. Ello no cambia por la circunstancia de que existan numerosas personas involucradas". Después de todo, resulta indisputable que dictar una sentencia con efectos *erga omnes*, como la requerida por la señora fiscal, pero relativa a una pretensión que involucra exclusivamente derechos individuales, afectaría a sus titulares sin haberlos oído. El repudio que ello genera obedece a la necesidad de asegurar el respeto básico del debido proceso y de la autonomía de la voluntad (arts. 18 y 19 de la C.N.), porque frente a derechos individuales como los enumerados —cuya protección pretende ejercer la señora fiscal— el ejercicio de una decisión individual, ausente en la situación que nos ocupa, resulta indispensable.

También fracasan los intentos por incluir el supuesto al que atañe la demanda en la categoría de los derechos colectivos (fs. 88/90). En tal sentido, la accionante sostuvo que "...la acción entablada en autos es pública y colectiva, dado que interesa a la sociedad toda que el Estado no habilite un doble sistema de registración y fiscalización de asociaciones civiles que se superponga en la misma jurisdicción" (fs. 90). Sin embargo, para que opere la legitimación expandida prevista en el art. 43 de la C.N. es necesario que los sujetos allí mencionados, entre los que no se encuentra el Ministerio Público Fiscal, obren en defensa de derechos de incidencia colectiva. El planteo formulado no identifica ningún derecho colectivo, aunque en realidad, bajo la perspectiva que sugiere la agente fiscal, todos los que interesen a la sociedad lo serían. Ese desacierto impone destacar que declamar el carácter colectivo de un derecho no basta para transformarlo en tal. Esa condición depende de las características del derecho en juego (v. gr. el ambiente) o de una decisión legislativa (v gr. discriminación, art. 43, C.N.). A diferencia de lo que sugiere la demanda, la nota distintiva en este punto no es, como indica la transcripción formulada, el grado de interés de la sociedad sino, en todo caso, el carácter indivisible del bien que no admite titularidad individual (para seguir con el ejemplo, el ambiente) o la existencia de norma que atribuya, al derecho en juego, la condición de colectivo (otra vez, en línea con la alusión anterior, la discriminación, art. 43, C.N.). Pese al interés personal que el tema propuesto en la demanda puede y evidentemente suscita en la señora fiscal, no se trata de uno que configure el interés jurídico al que remite el art. 116 de la C.N. cuando habla de causas. Ello así, porque el ordenamiento normativo no confirió a la actora el carácter de titular ni de representante del derecho que pretende ejercitar.

Por último en lo que a este punto atañe, la defensa de la legalidad invocada por la señora fiscal para justificar su proceder es aquella comprometida por los procesos en los que interviene ese ministerio, que hayan sido impulsados por parte legitimada, para dirimir los derechos disputados con una parte adversa-

ria; condiciones todas que faltan en el supuesto bajo análisis. En el sistema de gobierno adoptado por la C.N., para lo que ahora importa, corresponde al juez obrar como árbitro imparcial en la solución de los procesos diseñados por el legislador. El fiscal, por su parte, es quien tiene la misión de evitar desbordes judiciales, para que el gobierno del pueblo a través de sus representantes no quede, en la práctica, reemplazado por el de los jueces, a quienes los constituyentes no confirieron esa potestad. Tal es la defensa de la legalidad que compete a los representantes del Ministerio Público Fiscal.

4.3. Finalmente, aún en el supuesto de que se superasen las objeciones apuntadas en los puntos que anteceden para la procedencia de la presente acción, restaría todavía franquear el hecho de que la parte de la ley local cuya tacha de inconstitucionalidad persigue la fiscal accionante, por resultar, a su juicio, contraria a lo dispuesto en la ley 24.588 (en especial, en su art. 10), no se encuentra vigente. La ley federal 24.588, cualquiera sea su relación con el art. 129 de la C.N., dispuso expresamente que sus contenidos podrían ser variados por convenios entre ambos estados, el federal y el local. A su vez, la ley local cuestionada prevé la subordinación del efectivo desarrollo de las funciones administrativas que organiza a la previa celebración de convenios de esa especie. En tales condiciones, la ley 2875 es un acto mediante el cual el estado local se preparó para posibilitar la negociación prevista en la referida ley 24.588. No es consecuentemente la clase de suspensión en que una norma queda al acecho de una oportunidad más favorable para eludir los cuestionamientos que puede merecer, sino un acto preparatorio de otro final de los contemplados en la última de las leyes citadas. Es por ello que no viene a desconocer la doctrina de la CSJN en la causa "Halabi", ya citada. En esa causa los planteos estaban dirigidos a cuestionar la constitucionalidad, entre otras normas, del dec. 1563/04 cuya aplicación se encontraba suspendida, a diferencia de ésta, en virtud de lo dispuesto en un decreto dictado con posterioridad, el 357/05. Otras más son las cuestiones que diferencian el supuesto de inaplicabilidad que nos ocupa, de aquél que se le presentó a la CSJN en el citado precedente. Primeramente, en la causa "Halabi" la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal había tratado el hecho de que las normas cuestionadas estuviesen suspendidas y el demandado dejó firme esa parte de la sentencia al no formular agravio alguno en su recurso extraordinario con relación a esa cuestión (conf. consid. 22 de la sentencia de la CSJN), situación que dista de ser la que ocurre en el *sub lite.* En segundo lugar, en el precedente citado la operatividad de las normas cuestionadas dependía del obrar exclusivo del Poder Ejecutivo Nacional. En cambio, en el presente la vigencia de la norma impugnada con relación a las funciones señaladas supra depende de la celebración de convenios, circunstancia que impide que el Jefe de Gobierno por sí sólo pueda disponer la vigencia de la norma en lo que la agravia a la accionante. En suma,

cabe señalar que, a la luz de lo expuesto en los puntos que anteceden, la actora, a diferencia de lo ocurrido en el mencionado precedente de la CSJN conforme lo había entendido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal, además de no haber demostrado que la ley cuestionada sea susceptible de producirle una afectación a un derecho propio, ni siquiera acreditó la existencia de algún perjuicio actual en juego.

5. Desconocer todo lo anterior bajo la encendida proclama de defender intereses públicos de vital importancia, por las consecuencias que proyecta según fue anticipado (véase punto 4.2, 2do párr., *in fine*), aniquila los postulados básicos en los que se asienta el régimen de organización federal impuesto por la Constitución Nacional. Atribuir a los fiscales del fuero nacional la potestad de instar procesos abstractos con efectos erga omnes como los requeridos por la actora es igual que admitir que las leyes emitidas por la Legislatura de la CABA pueden ser vetadas en sede judicial a instancias del Ministerio Público Fiscal. Esa consecuencia, por su desmesura, no hace más que reflejar el alcance de las potestades que se pretenden ejercer bajo la apariencia de un pleito. La declaración de inconstitucionalidad no sería más que un eufemismo para justificar que se emita una regla con alcance general que contiene un mandato abstracto destinado a privar de vigencia a la ley 2875. Una potestad con esas características, en nuestro régimen constitucional aparece, por regla, atribuida a los depositarios del poder legislativo. No obsta a lo expuesto que se denuncie la usurpación de atribuciones exclusivas del Congreso Nacional a manos de la Legislatura local. La potestad que se autoatribuye la señora fiscal equivale a generar una intervención federal, un veto sin posibilidad de insistencia dispuesta por una autoridad manifiestamente incompetente, con una causa y un alcance no contenido en las previsiones de los arts. 5º y 6º de la C.N. Ello así, porque el Ministerio Público nacional con competencia local no lo es en absoluto mientras que los jueces nacionales no lo son con el alcance buscado.

6. A partir de lo expuesto en los puntos anteriores y de lo expresamente admitido por la actora a fs. 31 de las actuaciones que corren por cuerda, corresponde afirmar que lo introducido en la causa iniciada ante el fuero comercial es un pedido de declaración de inconstitucionalidad en abstracto y con alcance general —*erga omnes*— de la ley local 2875, y también de normas emanadas del Congreso de la Nación (art. 34 del Cód. de Com. y leyes 22.588 y 22.315) que no son ni tienen la naturaleza de normas locales de la Ciudad.

Es por ello que, en forma concordante con la opinión manifestada por el señor fiscal general de la Ciudad a fs. 34/38, hemos de propiciar la competencia parcial del Tribunal para conocer en la cuestión referida exclusivamente a la ley 2875, por ser —sólo ésta— una norma emanada de autoridades locales, tener carácter general e imputársele contrariar la Constitución Nacional y la

local. Todo ello, sin perjuicio de lo que se decida en su hora al evaluar la admisibilidad formal de la pretensión a la luz de los presupuestos que exige la ley local 402.

7. A esta altura, también cabe dejar sentado que, aún si se pretendiera sostener que la pretensión esgrimida por la señora fiscal no constituye un supuesto de control de constitucionalidad abstracto y que se estimaran superados el resto de los reparos formulados en este pronunciamiento, todavía existirían otras dificultades para excluir el proceso en cuestión de la jurisdicción local. En efecto, tal como fue destacado en el punto 1, la declaración de inconstitucionalidad requerida no se apoyó exclusivamente en motivos de índole federal, pues también se dijo que involucra la interpretación de la cláusula transitoria segunda de la CCBA porque "el art. 80, inc. 25 está sujeto a una condición suspensiva que consiste en la derogación del art. 10 de la ley 24.588" (fs. 45/46). A su vez, la tacha de inconstitucionalidad que se formula en relación con el art. 34 del Cód. de Com. y de las leyes 21.768 y 22.280 —al margen de su desmesura en cuanto ataca la distribución federal que de las competencias reguladas por la normativa impugnada hizo el Congreso Nacional— remite a la interpretación y aplicación de derecho común, cuestión reservada a jueces con competencias locales (art. 75, inc. 12 de la C.N.). Ello así, resultaría aplicable la solución constitucional federal reconocida por inveterada doctrina judicial según la cual cuando se encuentra controvertida la constitucionalidad de una norma local por ser contraria tanto a lo dispuesto en normas locales como federales, y la interpretación de las primeras podría tonar innecesario adentrarse al análisis de las federales, es competente para entender en el conflicto la justicia provincial pudiéndose recurrir, en todo caso, ulteriormente, a la Corte por medio del recurso extraordinario federal. Asignar la revisión de los actos de los gobiernos locales, que aplican el derecho público respectivo, a la justicia de esas jurisdicciones responde a un principio elemental de nuestro sistema federal, y también encuentra apoyo en la válida presunción de que, como resultado del examen referido, la demandante podría encontrar satisfacción a su pretensión en la jurisdicción local, sin necesidad de instar —aunque sí, por supuesto, con la potestad de hacerlo— el recurso extraordinario previsto en el art. 14 de la ley 48 (doctrina CSJN *in re*: "Edenor S.A. c/Corrientes, provincia de s/acción declarativa", sentencia del 9/10/2007, *Fallos,* 330:4372). Sólo bajo la estricta observancia de estas condiciones se respetan los legítimos fueros de las entidades que integran el gobierno federal dentro de su normal jerarquía (*Fallos,* 315:448 y 323:3279). La competencia de la justicia local, en la situación referida, no es sino consecuencia del ordenamiento constitucional cuya economía veda —como modo de preservar las autonomías de los Estados locales— a los tribunales nacionales juzgar sobre aquellas instituciones, salvo la alegada violación de la ley fundamental o de normas de derecho federal, supuesto en

cuya ocurrencia las eventuales cuestiones federales que hayan de suscitarse tendrán adecuada tutela por la vía del recurso previsto en el art. 14 de la ley 48 (*Fallos,* 319:1063, entre muchos otros).

8. Aclarado lo anterior y retomando el punto relativo a la competencia que suscita la pretensión articulada en la demanda, corresponde señalar que la acción declarativa de inconstitucionalidad prevista en el art. 113 de la CCBA, que corresponde a la competencia originaria y exclusiva de este Tribunal Superior de Justicia, "es un instituto constitucional local novedoso e imposible de asimilar a los establecidos en el ámbito nacional" (conf. TSJ *in re*: "Farkas, Roberto y otro c/Gobierno de la Ciudad de Bs. As. s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 7/99, resolución del 18/9/1999), y "tiene por único objeto impugnar 'la validez de una norma de carácter general emanada de autoridades locales por ser contraria a la Constitución Nacional o a esta Constitución...' y provocar la decisión de este Tribunal que, en el supuesto de que admitiera la falta de adecuación constitucional de la norma cuestionada acarreará la 'pérdida de vigencia' de aquella. La sentencia no tiene otros efectos que el que se acaba de señalar. El control abstracto de constitucionalidad se encuentra, entonces, exclusivamente orientado a objetar normas de carácter general que se consideren contrarias a principios y preceptos establecidos en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y en la Constitución Nacional…" (TSJ, *in re*: "Massalin Particulares S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 31/99, resolución del 5/5/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 56/60).

Por otra parte, es la pretensión deducida en la demanda, y no el nombre con el que la actora la califica, la que determina la competencia del tribunal y el tipo de proceso aplicable (conf. este Tribunal *in re*: "Ministerio Público [Defensoría General y Asesoría General de Menores e Incapaces] c/Consejo de la Magistratura s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 70/99, resolución del 2/9/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 307/315; "Domínguez, Eva, Noemí c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 89/99, resolución del 16/9/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 440/445; e "Iráizoz, Juan Fermín c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. n° 158/99, resolución del 15/12/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 658/663).

Todo lo expuesto nos persuade acerca de la competencia parcial de este Tribunal ya adelantada *supra*, obviamente, sin perjuicio de la necesidad de analizar, en el momento procesal oportuno, la admisibilidad formal de la demanda.

A lo expresado agregamos que compartimos la reflexión expuesta por el señor representante del Ministerio Público Fiscal de la Ciudad en su dictamen (fs. 32), respecto de la obligación que a las autoridades constituidas de la Ciudad impone el art. 6º, CCBA para la preservación de la autonomía del Estado local y para resguardar las competencias que la apuntada Constitución le confiere en general y a este Tribunal en particular.

9. En conclusión propiciamos que el Tribunal: *a)* haga lugar al planteo de inhibitoria incoado por el GCBA y declare su competencia para conocer en el planteo de inconstitucionalidad de la ley local 2875 introducido en el expte. nº E29 96.636/2009 caratulado "Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en la Comercial c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/sumarísimo", iniciado ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 15, Secretaría Nº 29; *b)* invite a la jurisdicción nacional a declinar su competencia en el asunto indicado y, en caso de no compartir el criterio sentado, a elevar la cuestión para que sea resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los términos del art. 24, inc. 7º, del dec. ley 1285/58, y *c)* a los efectos indicados en el punto precedente, oficie con copia certificada de esta resolución y del pedido de inhibitoria de fs. 21/27 a la señora Presidenta de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Así lo votamos.

La jueza Ana María Conde dijo:

1. Adhiero al voto conjunto de mis colegas José O. Casás y Luis F. Lozano, quienes han agotado con sólida argumentación la cuestión sometida a estudio de este Tribunal.

En efecto, tal como allí se destaca tras un acabado estudio del caso, la pretensión deducida por la señora fiscal de la Cámara en lo Comercial de la Capital Federal —con relación a la inconstitucionalidad de la ley local 2875 en forma abstracta y con carácter general— se ha circunscripto a plantear un puro conflicto internormativo destinado a poner en crisis, en abstracto, la validez de una norma local con alcance general por oposición a otra de jerarquía superior. Frente a ello, la conclusión no puede ser distinta a la que allí se arriba, en tanto la cuestión así definida sólo puede ser encauzada procesalmente bajo las reglas de la acción declarativa prevista en el art. 113, inc. 2° de la Constitución local, que tramita en forma originaria ante este Tribunal Superior de Justicia.

El planteo de inconstitucionalidad de la ley 2875, con las características descriptas en el párrafo que precede, involucra una cuestión de naturaleza institucional, que tiene previsto un trámite de impugnación concreto y definido en la Carta Magna local. Es decir, abarca una materia y un procedimiento de exclusiva competencia de la Ciudad de Buenos Aires. En este marco de referencia, no puedo sino recordar que las reglas atributivas de la competencia judicial revisten

carácter de orden público, por cuanto se establecen tanto para custodiarla como para evitar extralimitaciones que vulneren las autonomías locales. En este caso, al admitir el planteo de la accionante y su legitimación para interponerlo, se han vulnerado no sólo las normas procesales del juzgado de trámite (art. 322, CPCCN) sino también y principalmente la Constitución de la Nación Argentina, y la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Incluso se ve soslayada la ley nacional 24.588 destinada a evitar intromisiones injustificadas de las autoridades nacionales en la vida pública e institucional de los estrados que, como la Ciudad Autónoma, integran el sistema federal argentino.

Por lo demás, está claro que la interposición, por parte del señor Procurador General de la CABA, de la excepción de incompetencia ante el juzgado comercial carece de incidencia en tanto nunca se ha dado trámite al planteo, habiendo resuelto el señor juez de primera instancia sin sustanciación de esta defensa. De tal modo, al haberse desarticulado el planteo de incompetencia desde el mismo juzgado comercial, la Procuración de la Ciudad pudo válidamente ocurrir por esta vía ante este Tribunal Superior

2. Desde la óptica constitucional, sólo quiero agregar que la autonomía que el art. 129 de la C.N. asigna a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires abarca la potestad de dictar sus propias normas a través de sus autoridades elegidas sin intervención de los poderes del Gobierno federal. Esta facultad es una de las manifestaciones de la autonomía local y así lo expresa con claridad la ley 24.588 cuando establece: "El Gobierno Autónomo de la Ciudad de Buenos Aires se regirá por las instituciones locales que establezca el Estatuto Organizativo que se dicte al efecto". Como se advierte de la lectura de su texto, la ley que garantiza los intereses del Estado nacional en la Ciudad de Buenos Aires no estableció poder de veto alguno a favor del Estado nacional con relación a las leyes que pudiera dictar la legislatura de la Ciudad, ni tampoco limitación que implique la posibilidad de dejar sin efecto, por vía judicial, con carácter general, leyes dictadas en el ámbito de la Ciudad.

En este aspecto, cabe recordar los conceptos vertidos por la CSJN en el caso "Gauna", pronunciamiento en el cual la Corte descartó "que el gobierno autónomo de la Ciudad de Buenos Aires esté sujeto al juicio discrecional de los poderes constituidos del gobierno nacional" (*Fallos,* 320:875, consid. 20 del voto de los jueces Nazareno, Moliné O'Connor y López), mientras que el juez Petracchi, por su parte, afirmó: "El régimen de gobierno autónomo para la Ciudad de Buenos Aires que establece el art. 129 de la C.N. no está diferido —en cuanto a su operatividad— al juicio discrecional de los poderes constituidos del gobierno nacional" (consid. 3).

Por estas razones y aquellas que fundan el voto de los Dres. Casás y Lozano, adhiero a la solución que allí se propicia.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El señor procurador general de la Ciudad introduce ante el Tribunal Superior de Justicia un planteo de inhibitoria, en ocasión de una sorprendente y manifiestamente ilegal actuación iniciada en la justicia nacional en lo comercial.

La reseña del apartado 1 de los resulta de esta sentencia, exhibe que la mencionada actuación implica una interferencia indebida en la autonomía de la Ciudad de Buenos Aires, así como también la afectación de principios consagrados en la Constitución Nacional (art. 129, C.N.). Y al mismo tiempo, evidencia responsabilidades funcionales para quienes han provocado la situación en análisis, que debieran ser orientadas por las vías pertinentes.

Anticipo, sin embargo, que discrepo con mis colegas preopinantes, ya que en mi opinión la inhibitoria solicitada es improponible.

Habré de recordar y calificar las circunstancias ocurridas y más adelante, me detendré a exponer los argumentos que fundan mi voto.

2. En primer lugar corresponde advertir que la fiscal general de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial (conf. art. 37, ley 24.946) y un juez de primera instancia del fuero comercial (conf. art. 116, C.N. y art. 2º, ley 27) han actuado fuera del marco de sus competencias.

La representante del Ministerio Público en tanto inició un reclamo judicial, sin que hubiera asunto o caso concreto que respaldara su petición, y solicitó una medida cautelar.

El juez, en cuanto dispuso suspender la ejecución de la ley 2875 dictada por la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires, aduciendo "verosimilitud del derecho" y "peligro en la demora". La intervención del titular del Juzgado Nacional en lo Comercial Nº 15 ha profundizado la gravedad institucional y el despropósito de la cuestión planteada.

Así declaró en su resolución y, sin que alguien que pudiera considerarse afectado hubiera deducido pretensión alguna, la "verosimilitud" de un derecho. En efecto, la fiscal de Cámara integra un órgano extrapoder (en el marco de los poderes constituidos a nivel nacional), que carece de legitimación extraordinaria y no está autorizada para ejercer la defensa de intereses de incidencia colectiva (conf. art. 43, C.N.), ni siquiera en el supuesto de que pudiera inferirse de su presentación, que esos intereses existen y que están o pudieran plausiblemente estar afectados. Luego, el magistrado al decidir invocó "peligro en la demora", siendo que la ley 2875 no es automáticamente operativa. La efectividad de esta norma requiere de la celebración de acuerdos interjurisdiccionales —entre el gobierno federal y el gobierno local— y de su reglamentación por el Ejecutivo de la Ciudad. Esta secuencia de actos aún no realizada, y la ausencia de un proceso entre partes adversas, deja en claro que no había ni hay premura de ningún tipo que justificara la cautelar ordenada.

3. Ahora bien, ante la gravedad institucional denunciada y con la convicción de que es imperioso no dar visos de legitimidad a una tramitación tan disparatada, insisto en la improponibilidad de la inhibitoria que deduce la Procuración de la Ciudad, por razones de diversa índole:

a) La inhibitoria está pensada para disputar la competencia entre un juez que tiene un caso o causa, y otro (el requirente) que considera que es a él a quien le corresponde resolver. Como señalé antes, aquí no hay caso o causa, de manera que nada tiene el Tribunal Superior de Justicia que reclamar por su competencia. Asimismo, cabe agregar que los hechos protagonizados por la fiscal general ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial son ajenos a los asuntos que el Tribunal puede resolver (conf. art. 113, CCBA y ley 402).

b) Las actuaciones que se iniciaran ante la justicia comercial no guardan relación ni pueden ser encuadradas en la acción declarativa de inconstitucionalidad (ADI) prevista en el inc. 2º, del art. 113 de la CCBA. Esta acción sólo puede ser deducida ante el Tribunal y únicamente están habilitados para hacerlo los sujetos individualizados en la CCBA y en la ley 402. Esta doble restricción impide la conversión en ADI de una actividad tramitada en cualquier otro ámbito jurisdiccional y/o por individuos u órganos no previstos en las disposiciones constitucionales o legales de la Ciudad. Apenas como conjetura propongo reflexionar acerca de las consecuencias que acarrearía que un juez de otra jurisdicción hiciera uso del procedimiento previsto por la ley 402 (vistas, traslados, audiencias, sentencia y posterior reenvío de su decisión a la Legislatura porteña). Una coyuntura como la que refiero ameritaría probablemente la aplicación de la figura del prevaricato prevista en el CPN.

c) Por último, la amplitud de las atribuciones del Tribunal Superior de Justicia en el ámbito del control concentrado de constitucionalidad, le exigen que aprecie con extrema prudencia y rigor las ADI que admite aunque sea formalmente (art. 113, inc. 2º CCBA y ley 402).

Con apoyo en las consideraciones precedentes, corresponde desestimar la inhibitoria traída por la Procuración de la Ciudad ante estos estrados. Así voto.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Nada debería agregar yo al ilustrado voto de los jueces Casás y Lozano al que, desde ya, me adhiero. Sólo puedo incluir dos cuestiones que, en verdad, no resultan sustanciales para la declaración de competencia del TSJ.

1. El derecho común de la ciudad de Buenos Aires ha decidido, al menos hasta el momento, no incluir el conocido aforismo *electa una via non datur recursus ad aliam*, referido a los planteos de cuestiones de competencia por las

dos vías conocidas, declinatoria e inhibitoria. De tal modo no es eventualmente oponible a la petición de la Fiscalía General un argumento de esa naturaleza —fundado en el requerimiento de incompetencia previo solicitado por el representante de la Ciudad ante el juez comercial de la jurisdicción nacional—, aun en el caso de que se desmerezca el hecho de que el tal planteo de incompetencia no fue atendido por aquél a quien iba dirigido, según exponen mis colegas, verdadera razón de ser de este requerimiento inhibitorio.

2. A contrario de aquello que es regla para el orden jurídico nacional, la necesidad de decidir un "asunto", "caso" o "causa", nuestro derecho constitucional ha previsto (CCBA, 113, inc. 2º) una —así llamada— acción de inconstitucionalidad abstracta —esto es, a semejanza de los tribunales constitucionales de Europa continental, incluso locales (Landesverfassungsgericht), cuyo objeto es tan sólo el control normativo (véase punto 8, voto conjunto Casás-Lozano)—, de competencia originaria y exclusiva del TSJ, argumento fundante del requerimiento de inhibitoria. No vale la pena discutir —como tampoco ha valido la pena hacerlo en los países de los cuales procede— si tal atribución, la de invalidar la ley común en abstracto y con valor *erga omnes*, por contradicción con alguna regla constitucional, incluso *ad referendum* de una eventual intervención posterior de la Legislatura, según sucede entre nosotros, puede calificarse todavía de judicial —sobre todo por el procedimiento establecido— o si concede al TSJ atribuciones políticas por fuera de su papel judicial o extrajudiciales. Lo cierto es que se trata de una institución constitucional del Estado local, que hace a su sistema de control de constitucionalidad de las leyes, para cuya instrumentación él es soberano, como lo es, en un sentido varias veces menor, para trasladar a los órganos judiciales la competencia en asuntos llamados de jurisdicción voluntaria. Y no se diga que la atribución no se corresponde con un régimen democrático o republicano, o con un Estado federal, porque la institución creada —buena o mala, el calificativo no está en discusión—, como se dijo, procede de Estados indudablemente democráticos y/o republicanos (Italia, Alemania, España), y también federales (República Federal de Alemania, Estado que, precisamente, también ha creado tribunales constitucionales locales en los Länder), cuyos órdenes jurídicos —no sólo el constitucional— nos han servido siempre de fuente.

3. De allí que, excluidos los planteos de inconstitucionalidad de leyes sancionadas por el Congreso de la Nación que formula y demanda la señora fiscal comercial, actora en el proceso certificado, evidentemente excesivos e irracionales en su desmesura, la pretensión de la Procuración General de la Ciudad referida a la ley local 2875 deba ser atendida de la manera en la que propone el voto al que me adhiero.

Por ello, y de conformidad a lo dictaminado por el fiscal general, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Hacer lugar* al pedido de inhibitoria formulado por el GCBA y declarar la competencia de este Tribunal para conocer del planteo de inconstitucionalidad de la ley local 2875 introducido en el expte. nº E29 96.636/2009 "Fiscalía General ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/sumarísimo", iniciado ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 15, Secretaría Nº 29, en los términos del art. 113, inc. 2º, de la Carta Magna local.

2º. *Invitar* a la jurisdicción nacional a declinar su competencia en el asunto indicado y, en caso de no compartir el criterio sentado, a elevar la cuestión para que sea resuelta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en los términos del art. 24, inc. 7º, del dec. ley 1285/58.

3º. *Oficiar* a la señora Presidenta de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, a los efectos señalados en el punto precedente con copia certificada de esta resolución y del pedido de inhibitoria de fs. 21/27.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique al GCBA y al señor fiscal general, y se cumpla.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

CII

"CASABONA, MARCELO ÁNGEL C/GCBA S/AMPARO (ART. 14, CCBA) S/CONFLICTO DE COMPETENCIA"

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Clausura preventiva de local. Unidad Administrativa de Control de Faltas. AMPARO: Competencia del fuero penal, contravencional y de faltas.

SUMARIOS:

1. Si bien no se presenta técnicamente un conflicto negativo de competencia entre dos jueces locales, porque la contienda no fue debidamente trabada por la jueza en lo contencioso administrativo y tributario, la naturaleza excepcional de la acción de amparo promovida y la necesidad de vitar mayo-

res dilaciones en su tramitación torna aconsejable resolver definitivamente la cuestión sometida a conocimiento del tribunal. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

2. Corresponde atribuir la competencia al fuero Penal, Contravencional y de Faltas cuando, por medio de una acción de amparo, se pretende cuestionar una decisión adoptada en el marco de un proceso administrativo sustanciado por una Unidad Administrativa de Control de Faltas, decisión que, por vincularse con el mantenimiento de una medida precautoria (la "clausura preventiva" de un establecimiento), debe cuestionarse ante ese fuero (arts. 8º y 24, ley 1217), toda vez que su competencia en materia de faltas resulta improrrogable (art. 27, ley 1217). *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Con independencia del criterio general establecido por la nueva regulación legal del amparo para la jurisdicción local (art. 7º, ley 2145), un análisis sistemático del conjunto normativo vigente en la Ciudad permite concluir que el legislador ha previsto un procedimiento judicial especial para la revisión de un acto administrativo en el marco de un proceso administrativo sustanciado por la Unidad Administrativa de Control de Faltas, y aun cuando se haya optado por la vía del amparo para efectuar un "descargo" sobre la supuesta "arbitrariedad" de diversas imputaciones por infracción al régimen de faltas, dicha opción no desapodera a los magistrados legalmente facultados para intervenir en esta clase de asuntos. *(Voto de los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

4. Corresponde adjudicar la competencia al tribunal que previno, en un amparo —al que la doctrina le adjudica competencia universal—, en un caso dudoso. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

5. Corresponde atribuir la competencia del fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario cuando por vía del amparo se pretende impugnar o impulsar actos o hechos de la Administración local, aun cuando la situación fáctica se vincule con normas del derecho contravencional, o configure contravenciones y/o faltas. *(Voto en disidencia de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. Dado que, entablado el amparo contra la actuación de autoridades administrativas, el magistrado contravencional declinó la competencia a favor del fuero CAyT en función de lo prescrito por el art. 7º de la ley 2145 , la jueza en lo CAyT consideró que el trámite de la acción correspondía a la competencia del fuero PCYF por imperio de lo dispuesto en la ley 1217 y los antecedentes utilizados por ella para fundar su decisión no eran conocidos por el juez contravencional al momento en que declinó su competencia, a quien no se le remitió la causa para que, de mantener su postura original, elevara el asunto a este tribunal como una contienda negativa de competencia, y las circunstancias novedosas relatadas ante el fuero CAyT tampoco pudieron ser evaluadas en la segunda intervención que hubiera correspondido al juez previniente, se justifica devolver las actuaciones para que se subsane la deficiencia apuntada, pues la intervención de este tribunal en la vía intentada requiere que sean los jueces de

mérito quienes definan el alcance de las pretensiones en juego para identificar cuál es el derecho que gobierna la solución del caso. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano)*.

Expte. nº 6447/09 - 29/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

El día 4/12/2008 el Sr. Marcelo Ángel Casabona interpuso demanda de amparo contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires ante el fuero Penal, Contravencional y de Faltas para que se ordene a la demandada arbitrar "las medidas conducentes relativas al otorgamiento de la habilitación del local sito en la calle Santos Dumont n° 2570"; y que se acordase "de manera efectiva la posibilidad de funcionamiento del hotel" que explota y el "posterior levantamiento de la clausura preventiva impuesta sobre el mismo". Asimismo, requirió que se dictase una resolución que dispusiera como medida cautelar la "prohibición de innovar respecto de la ocupación del inmueble" donde desarrollaba su actividad comercial (fs. 24/27 vta.).

Expresó que el 30/10/2008, en el marco de una inspección a efectos de constatar condiciones de funcionamiento, higiene y seguridad, funcionarios de la Dirección General de Fiscalización y Control del Gobierno de la Ciudad dispusieron la clausura inmediata y preventiva del local situado en la calle Santos Dumont nº 2570 del que el actor es titular "por presunta obstrucción al procedimiento ley 2156" (Acta de Comprobación Serie 2 nº 1.373.044, conf. fs. 14).

Agregó que el 3/11/2008 la medida fue ratificada por disposición nº 3792/DGFyC/2008 de la citada Dirección General (conf. fs. 15/17) y que posteriormente, en virtud de la notificación practicada con fecha 14/11/2008, fue citado a comparecer en relación con las actuaciones iniciadas bajo legajo nº 881.195-000/08 ante la Unidad Administrativa de Control de Faltas N° 30 (conf. fs. 18).

Añadió que concurrió a la UACF aludida y que allí se resolvió mantener la clausura oportunamente dispuesta (conf. constancia de fs. 19). Asimismo, alegó que con fecha 27/11/2008, mediante disposición n° 4115/DGFyC, la Dirección General de Fiscalización y Control amplió las causales de la clausura anteriormente dictada e intimó al titular del establecimiento a proceder a la desocupación del inmueble y traslado de los pasajeros alojados en él en el plazo de diez días hábiles.

Por las razones sobre las que se explaya, sostuvo que el proceder del Gobierno resulta arbitrario y manifiestamente ilegal y que las medidas adoptadas le generan un perjuicio económico y contractual. Destacó que con fecha 12/11/2008 tramitó una solicitud de habilitación comercial ante la Dirección General de Habilitaciones y Permisos, que motivó la formación del expte. adm. nº 67.233/2008).

2. El Cotitular de la Unidad de Fiscalía de Primera Instancia en lo Contravencional y de Faltas Nº 8 dictaminó a favor de la competencia del fuero en lo Contencioso Administrativo y Tributario, de acuerdo al principio general establecido por el art. 7º, ley 2147 (fs. 31).

3. La jueza a cargo del Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 31 compartió los términos del dictamen del señor fiscal y, en consecuencia, declaró su incompetencia para intervenir en las presentes actuaciones (fs. 33/34).

4. Por su parte, la señora fiscal de primera instancia ante el fuero en lo contencioso administrativo y tributario opinó que corresponde atribuir "la competencia del fuero en lo contencioso administrativo y tributario cuando por vía del amparo se pretenda impugnar o impulsar actos o hechos de la Administración local, aun cuando la situación fáctica se vincule con normas del derecho contravencional, o configure contravenciones y/o faltas". No obstante lo anterior, dictaminó que "respecto de la clausura, la acción escogida por la actora no es la vía más idónea para su tratamiento (conf. art. 43 C.N., art. 14 CCBA y art. 1º de la ley 2145) en tanto existe un remedio judicial específico previsto por el art. 24 de la ley 1217" (fs. 37/38 vta.).

5. A fs. 44, la jueza a cargo del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 5, previo a todo trámite, hizo saber a la actora que debía "referirse respecto de lo señalado por la señora fiscal" en punto a la aludida falta de idoneidad de la vía escogida, lo que fue cumplido por la accionante a fs. 45/46.

Posteriormente, la magistrada resolvió remitir las actuaciones a este Tribunal puesto que, al no compartir los argumentos expresados por su colega del fuero penal, contravencional y de faltas, entendió que en autos había quedado planteado un conflicto negativo de competencia (fs. 47).

6. A fs. 50/53 el señor fiscal general opinó que resulta competente para entender en el caso el Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 5, por estimar que "corresponde al fuero contencioso administrativo y tributario entender en todos los amparos dirigidos contra autoridades públicas de la Ciudad", de conformidad con lo establecido por el art. 7º, ley 2145.

FUNDAMENTOS:

Los jueces José O. Casás y Ana María Conde dijeron:

1. Aunque el presente no constituye técnicamente un conflicto negativo de competencia entre dos jueces locales, porque la contienda no ha sido trabada debidamente por la jueza en lo Contencioso, Administrativo y Tributario, lo cierto es que la disparidad de criterios asumida por quienes ya han intervenido en el caso y la seguridad de sus conclusiones en orden a su incompetencia hace previsible que, aun si se cumpliera con el trámite de rigor y se devolviera el sumario a la jueza en lo Penal, Contravencional y de Faltas —para que insista o decline en su postura, como formalmente hubiera correspondido—, la situación actual habrá de perdurar en el tiempo. En consecuencia, la naturaleza excepcional de la acción promovida (amparo) y la necesidad de evitar mayores dilaciones en su tramitación (al día de la fecha ya han transcurrido varios meses desde que fue promovida) torna aconsejable resolver definitivamente la cuestión sometida al conocimiento del Tribunal más allá de los reparos que pudiera merecer el procedimiento omitido por el juez remitente (conf. nuestro voto conjunto en "Dávila 380 S.A. c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 6405/09, resolución del 23/3/2009).

2. La cuestión traída a decisión del Tribunal es similar a la que se resolviera el 25/10/2007, en los autos "Mercado Romero, Heriberto Román c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia", expte. nº 5506/07.

En dicha oportunidad sostuvimos que correspondía atribuir la competencia al fuero penal, contravencional y de faltas cuando, por medio de una acción de amparo, "se pretende cuestionar una decisión adoptada en el marco de un proceso administrativo sustanciado por una Unidad Administrativa de Control de Faltas, decisión que, por vincularse con el mantenimiento de una medida precautoria (la "clausura preventiva" de un establecimiento) y, sobre todo, con la imposición de "sanciones", según lo indica el interesado, debe cuestionarse ante la Justicia Contravencional y de Faltas (arts. 8º y 24, ley 1217), toda vez que su competencia en materia de faltas resulta "improrrogable" (art. 27, ley 1217). En efecto, esto es así con independencia del criterio general establecido por la nueva regulación legal del amparo para la jurisdicción local (art. 7º, ley 2145), en tanto, un análisis sistemático del conjunto normativo vigente en la Ciudad permite concluir que el legislador ha previsto un procedimiento judicial especial para la revisión de un acto administrativo como el que se intenta controvertir o —en palabras del amparista— "suspend[er]" (fs. 3 vta.) y aun cuando se haya optado por la vía del amparo para efectuar un "descargo" sobre la supuesta "arbitrariedad" de diversas imputaciones por infracción al régimen de faltas, dicha opción no desapodera a los magistrados legalmente facultados para intervenir en esta clase de asuntos.//Autorizar la intervención de un fuero

diferente al Contravencional y de Faltas para efectuar la revisión integral de lo actuado en sede administrativa, como parece perseguirse con esta acción de amparo, en la cual se resiste el mérito de cada una de las actas de comprobación (fs. 1/4), podría conducir a consecuencias impredecibles y contradictorias, si, por ejemplo, se dejase sin efecto o se impidiera la ejecución de una decisión administrativa consentida, o bien de una que se encuentre cuestionada y pendiente de juzgarse ante el otro fuero. La competencia subjetiva asignada al Contencioso Administrativo y Tributario para intervenir en toda demanda de amparo deducida contra las "autoridades públicas de la Ciudad" (art. 7º, ley 2145), se enmarcaría en la política de fortalecer la autonomía judicial de nuestra Ciudad (similar al art. 2º, CCAyT), pero, para un supuesto como el presente, ciertamente, debe primar lo especial por sobre lo general".

3. En el *sub lite* todo indica, como adelantamos, que resulta aplicable una vez más dicha doctrina jurisprudencial, en la medida en que la actora, tanto en su demanda (ya descripta adecuadamente en las resultas) como en la presentación de fs. 45/46 —por intermedio de su apoderada, conf. fs. 4/5—, precisó inequívocamente el objeto de la pretensión principal y accesoria al sostener que: "[H]abiendo recurrido a hacer el descargo inicial ante la Controladora Administrativa de Faltas como instancia administrativa única, obligatoria y previa, se encontraba agotada tal vía, recurriendo en segunda instancia a la Justicia Contravencional y de Faltas de la Ciudad a través de la acción expedida de amparo (...). La acción elegida por mi mandante encuentra asidero en el criterio asentado por el Tribunal en 'Mercado Romero, Heriberto Román c/GCBA s/amparo (art. 14, CCBA) s/conflicto de competencia'".

4. En virtud de lo expuesto, votamos por atribuir la competencia para entender en estas actuaciones al Juzgado en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 31.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Yo no voté en "Mercado Romero..." (precedente citado por el señor juez del trámite) porque no integré el Tribunal (en uso de licencia), pero, por una parte, me parece que el precedente citado se corresponde con el caso actual y, por la otra, que por uso de mis propios parámetros para decidir estas cuestiones, hubiera concluido de la misma manera. En efecto, se trata de adjudicarle competencia al tribunal que previno, en un amparo —al que la doctrina le adjudica competencia universal—, en un caso dudoso, de modo que la cuestión de competencia carece de sentido. A ello se une, ahora, la decisión del TSJ mencionada, expedida por unanimidad.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Comparto los fundamentos expuestos y la solución que proponen la señora fiscal de Primera Instancia ante el fuero contencioso, administrativo y tributario y el señor fiscal general.

En consecuencia, voto por declarar la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario Nº 5 para intervenir en el caso.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. La presente contienda, tal como señala mi colega y juez de trámite José O. Casás, no ha sido trabada en debida forma. En efecto, una vez que el magistrado del fuero PCyF declaró su incompetencia para intervenir en autos, la jueza en lo CAyT a favor de quien operaba la decisión, rechazó la declinatoria y sin devolver las actuaciones a su par —para que rectificara el criterio sustentado o de mantenerlo trabara el conflicto— directamente las elevó a este Tribunal en los términos del art. 26, inc. 7º, de la ley 7. En tal contexto, por las razones que expondré, resultaría prematuro conjeturar que el contrapunto registrado en relación con la radicación de esta causa, de modo necesario, persistirá cristalizando una contienda negativa.

2. Para comprender lo anterior, conviene repasar los antecedentes invocados por el accionante en que los jueces apoyaron sus decisiones. En tal sentido, se tuvo en cuenta que el amparo interpuesto pretende que se ordene al GCBA arbitrar "las medidas conducentes relativas al otorgamiento de la habilitación del local sito en calle Santos Dumont 2570 (...)" así como acordar "de manera efectiva la posibilidad de funcionamiento del hotel y el posterior levantamiento de la clausura preventiva impuesta sobre el mismo con fecha 31/10/2008" (fs. 24 y 33). Además, el actor, requirió el dictado de una medida cautelar que prohíba innovar "respecto de la ocupación del inmueble referido (...)" (fs. 24). Esa clausura, según el relato y constancias de autos, se originó en la inspección llevada adelante por agentes de la Dirección General de Fiscalización y Control del GCBA que luego suscitó el acto administrativo de ese organismo que ratificó la medida de clausura preventiva (disposición nº 3792DGFyC/2008). Esa decisión luego fue ampliada porque una nueva inspección de la dirección mencionada constató que se encontraban "afectadas las condiciones de funcionamiento seguridad e higiene" del inmueble en cuestión y ordenó intimar al titular de la explotación del establecimiento "proceder a la desocupación del inmueble y traslado de los pasajeros que se encuentren alojados en el mismo" en el plazo que fijó al efecto (disposición nº 4115/DGFyC/2008). A su vez, conforme señala el accionante, las inspecciones también derivaron en la intervención de la Unidad Administrativa de Control de Faltas en orden a expedirse sobre las infracciones imputadas al amparista (fs. 25).

En tal contexto, entablado el amparo contra la actuación de autoridades administrativas (v. gr. Dirección General de Fiscalización y Control del GCBA, fs. 33/34), a criterio del magistrado contravencional, correspondía declinar la competencia a favor del fuero CAyT en función de lo prescrito por el art. 7º de la ley 2145 (ley de amparo).

Por su parte, después de requerir el dictamen del Ministerio Público y correrle traslado de esa pieza —en la que se propiciaba que la jueza otorgante de la vista asumiera la competencia para intervenir en el pleito— al actor —quien para justificar la competencia del fuero PCyF, abogó por la aplicación del precedente "Mercado..." emitido por este Tribunal—, la jueza en lo CAyT consideró que el trámite de la acción correspondía a la competencia del fuero PCyF por imperio de lo dispuesto en la ley 1217 que asigna el control judicial de las sanciones impuestas por los Controladores de Faltas a los jueces contravencionales. Esa decisión guarda relación con las precisiones que brindó la parte actora al expedirse en relación con el dictamen de la fiscal CAyT. Allí se dijo, concretamente, que "(...) con posterioridad a haber efectuado su descargo inicial ante la Controladora Administrativa de Faltas, organismo que emitió una resolución desfavorable a sus intereses; resultando vulnerados sus derechos como consecuencia de un acto administrativo arbitrario; recurrió a la acción de amparo (...)" porque sería "(...) la más idónea a criterio de esta parte para el juzgamiento de las medidas adoptadas por la Controladora Administrativa de Faltas para el caso en cuestión" (fs. 45).

3. De lo anterior surge con toda evidencia que los antecedentes utilizados por la jueza CAyT para fundar su decisión no eran conocidos por el juez contravencional al momento en que declinó su competencia. A su vez, como la causa no le fue remitida para que, de mantener su postura original, ese magistrado elevara el asunto a este tribunal como una contienda negativa de competencia, las circunstancias novedosas relatadas ante el fuero CAyT tampoco pudieron ser evaluadas en la segunda intervención que hubiera correspondido al juez previniente.

A su vez, también está claro que la intervención de este tribunal en la vía intentada requiere que sean los jueces de mérito quienes definan el alcance de las pretensiones en juego para identificar cuál es el derecho que gobierna la solución del caso (v. gr. normas de derecho administrativo o de derecho contravencional y de faltas). Esa condición no se verifica en autos por lo dicho en el párrafo anterior y porque, en tal contexto, no quedó explicado cuál es la relevancia que, a fin de atribuir la competencia para intervenir en autos, tendría el hecho de que el funcionamiento del hotel que se solicita dependa de la revisión de actos administrativos emitidos por la DGFyC del GCBA o de actos materialmente jurisdiccionales encomendados por la ley a un organismo administrativo (como lo es la UACF).

Por las razones dadas, la tramitación incompleta (o inadecuada) de la contienda conduciría a que la intervención del Tribunal se concrete en un modo y una oportunidad que frustra la intervención de los jueces de mérito a quienes corresponde resolver con carácter privativo, circunstancia que justifica devolver las actuaciones para que se subsane la deficiencia apuntada. Así voto.

Por ello, emitido el dictamen por el fiscal general, y por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 31 para intervenir en este expediente.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique al señor fiscal general, se ponga en conocimiento de del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 5 y se remita el expediente al juzgado declarado competente.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

CIII

"TITULAR DE LA EXPLOTACIÓN COMERCIAL, CALLE AV. MARTÍN GARCÍA 896 1º, 2º, 3º Y AZOTEA S/ALLANAMIENTO S/CONFLICTO DE COMPETENCIA"

CONFLICTO DE COMPETENCIA: Allanamiento de domicilio.
Orden de desalojo. Emergencia habitacional.
AMPARO: Competencia del fuero contencioso administrativo y tributario.

SUMARIOS:

1. Tanto los jueces del fuero penal, contravencional y de faltas como del contencioso, administrativo y tributario tienen facultades para disponer allanamientos, de modo que los primeros están habilitados para allanar domicilios siempre y cuando la medida se vincule con la investigación de la comisión de delitos, contravenciones y faltas; y los segundos, cuando deba cumplirse un acto administrativo, y debe emplearse para ello la coacción contra la persona o bienes de los administrados. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde y José O. Casás).*

2. Si la cuestión que requiere intervención judicial está vinculada a un colectivo de personas que no están involucradas en la comisión de ningún delito,

falta o contravención sino atravesadas por una problemática de emergencia habitacional y la exigüidad de los programas sociales para paliar esta situación crítica, es competente el fuero contencioso, administrativo y tributario. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Luis F. Lozano, Ana María Conde y José O. Casás).*

3. En los amparos, corresponde confirmar la competencia del juez que previno, en razón de la característica del procedimiento —de urgencia— y de las dudas que pueden existir sobre las reglas de competencia. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

Expte. n° 6445/09 - 29/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor Director Ejecutivo de la Agencia Gubernamental de Control del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 258/259) pide a la justicia penal, contravencional y de faltas que dé trámite a la solicitud de desalojo judicial "efectuada por la Dirección General de Fiscalización y Control, del establecimiento sito en la Av. Martín García 896, 1º, 2º, 3º, EP y azotea, CABA". Acompaña copia certificada de las actuaciones cumplidas en sede administrativa (fs. 1/257). En el escrito explica que es imperioso "resguardar la integridad física y la vida de las personas alojadas en el establecimiento, ante la situación de riesgo que representa para ellas la continuidad de la ocupación, dadas las graves falencias en las condiciones de seguridad del local que se desprenden de las inspecciones llevadas a cabo en el marco de las actuaciones administrativas acompañadas...", y formula diversas peticiones de trámite.

2. El juez en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 6, da vista al fiscal para que se expida en atención a lo previsto en la resol. FG nº 121/08 (fs. 262).

3. A fs. 264 dispone que la Secretaría certifique "el estado actual de los legajos administrativos en los cuales se juzgan las Actas de Comprobación labradas" el 16 de enero y el 27 de septiembre de 2007, que constan en los informes de inspección de fs. 86/90 y fs. 161/162 respectivamente.

A fs. 264, la actuaria certifica que de acuerdo a la información suministrada por la Mesa de Entradas de la Dirección General de Administración de Infractores, las actas detalladas a fs. 86/90, obran en el legajo nº 800.992-000/07 y tramitan ante el Controlador nº 15, y las actas detalladas a fs. 161/162 obran en el legajo nº 814.507-000/07 y tramitan ante el Controlador Nº 38. Agrega que el Controlador Administrativo Nº 15, a través de una consulta telefónica,

le hizo saber que ambos legajos estaban acumulados en esa dependencia, que el establecimiento de la avenida Martín García nº 896 estaba clausurado por "disposición 421-DGFyC-07".

En cuanto a la presunta infractora Doña Alejandra Beatriz Rivelli, la Secretaría es informada por el Controlador Nª 15 que habiendo vencido el último plazo que se le concediera a fin de que acreditara la subsanación de las irregularidades detectadas en el hotel, el legajo "estaba para resolver".

A fs. 264 vta. el juez ordena: I) a la Dirección General de Fiscalización y Control del GCBA que en el término de 48 horas, realice una nueva inspección en el inmueble de autos "tendiente a establecer si persisten las irregularidades detectadas en el lugar y que motivaran la clausura administrativa por disposición 421/DGFyC/2007 y 74/DGFyC/2008"; II) a la Dirección General de Guardia de Auxilio y Emergencias del GCBA que, en igual plazo inspeccione el inmueble indicado y determine "si el mismo presenta peligro de derrumbe, de desprendimiento de fachada, o cualquier otro riesgo para las personas que allí habitan"; y III) a la Dirección General de Atención Inmediata del Ministerio de Desarrollo Social del GCBA, para que "dentro del término de 48 horas, proceda a realizar un relevamiento de la cantidad de personas que actualmente se domicilia en el inmueble (...) indicando la cantidad de menores de edad, de personas ancianas, personas discapacitadas o que necesiten atención médica, así como también informe] (...) los programas de atención que podrían brindarse a los nombrados, para el caso de disponerse la desocupación y el traslado de los ocupantes del lugar".

A fs. 268 la Secretaría del Juzgado informa que el Coordinador del Programa de Atención a Familias en Situación de Calle del Ministerio de Desarrollo Social del GCBA envió un "relevador del Programa al inmueble "(...) no pudiendo agotar el relevamiento dado la cantidad de habitaciones existentes en el lugar (más de 50)" y que enviaría "un grupo de relevadores para intentar agotar su tarea". Una nueva comunicación (en la misma constancia actuarial) da cuenta de que ese personal "no había podido realizar el censo de la gente domiciliada en el lugar, dado que se habían registrado inconvenientes con el ingreso, lo que podía solucionarse librando una orden de allanamiento".

A fs. 284/291 consta que se ha reimplantado la faja de interdicción y clausura en el establecimiento de autos (copia del informe de inspección nº 32.244/08 del 7/11/2008 de la Dirección General de Fiscalización y Control).

El 14/11/2008 el juez dispone el allanamiento de la finca sita en Martín García nº 896 "que funciona como hotel sin servicio de comidas, por intermedio del Comisario a cargo de la Seccional 14 de la PFA y/o personal a su cargo y con la presencia de personal del Programa de Atención a Familias en Situación de Calle y del Programa Buenos Aires Presente, dependientes de la Dirección General de Atención Inmediata del Ministerio de Desarrollo Social del GCBA,

al solo efecto de que el personal de dichos Programas proceda a ingresar al inmueble y realice un relevamiento de la cantidad de personas que actualmente se domicilia en el referido inmueble, indicando la cantidad de menores, de personas ancianas, personas discapacitadas o que necesiten atención médica, información en base a la cual luego deberán informar (...) los programas de asistencia que podrían brindarse a los nombrados, para el caso de disponerse la desocupación y el traslado de los ocupantes del lugar" (fs. 292/293).

El 21/11/2008 a fs. 304 la Secretaría del juzgado informa que el Coordinador del Programa de Atención a Familias en Situación de Calle comunicó que el 20/11/2008 "el censo se había podido realizar sin inconvenientes y en orden, en todos los pisos del hotel,... que en total se habían censado 38 familias y encontrándose cinco o seis habitaciones vacías, en razón de que sus habitantes se habían ido a trabajar... " como también que "dicho Programa podía otorgar subsidios a las familias desalojadas" de distinto tipo y monto y adelantos de emergencia en el momento del desalojo.

A fs. 304 vta. la Secretaría deja constancia de que la "imputada Alejandra Beatriz Rivelli" fue condenada el 16/10/2008 por todas las actas detalladas en el apartado 3 y que, entre otras sanciones, "se impuso mantener la clausura impuesta por la DGFyC en la disposición 421-DGFyC/2007". Advierte que la condena aún no se encontraba firme (fs. 304 vta.).

A fs. 334 comparece el Dr. Pablo Gabriel Díaz, Director General de Atención Inmediata de la CABA, y explica cuáles son los programas que la Dirección puede ofrecer a las personas que se domicilian en el "Hotel San Carlos".

4. El 9/2/2009, el juez se declara incompetente y dispone remitir el expediente al fuero contencioso administrativo y tributario.

Advierte que "la solicitud en estudio se endereza a obtener el cumplimiento de una decisión adoptada por una dependencia administrativa" y que según el art. 2º de la ley 189 la competencia material corresponde al fuero contencioso administrativo y tributario", y que hasta el momento se limitó a adoptar las medidas urgentes tendientes a determinar el estado actual del inmueble,

En los apartados II, III y IV de fs. 337/338 vta. se extiende en los fundamentos de su decisión.

Insiste en que el pedido de allanamiento y desalojo efectuado por la Agencia Gubernamental de Control del GCBA tiende a efectivizar una orden administrativa que requiere la utilización de la fuerza pública, y que así como el fuero contravencional y de faltas tiene facultades "para allanar domicilios siempre y cuando la medida se vincule con la investigación de la comisión de delitos, contravenciones y faltas... —extremos que en este caso no concurren— también la justicia en lo contencioso administrativo y tributario se encuentra facultada

a hacerlo, cuando deba cumplir un acto administrativo, y debe emplearse para ello la coacción contra la persona o bienes de los administrados.

Que "a través de los sondeos efectuados por este juzgado, respecto de... los ocupantes del inmueble y las posibilidades de asistencia que pueden otorgárseles, se advierte que la situación planteada se encuentra atravesada por otras problemáticas, como lo son la emergencia habitacional existente... y la exigüidad de los programas sociales... para paliar esta situación crítica" .

Que en este punto "el fuero CAyT es quien mayor experiencia tiene en la efectivización de esos derechos por ser quién interviene en todas las acciones de amparo dirigidas contra el GCBA por incumplimiento a los mandatos constitucionales" (arts. 17, 20 y 31, CCBA).

Que "ya sea por el objeto del allanamiento que se solicita como por la experticia que posee el fuero contencioso administrativo y tributario para entender en todo lo que implique la garantía de los derechos sociales previstos en la Constitución de la CABA —que ineludiblemente se verán afectados al disponerse el desalojo de quiénes hoy ocupan el inmueble cuestionado—, considera esta judicatura que corresponde intervenir a ese fuero".

5. El 9/3/2009 la titular del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 6 no aceptó la incompetencia declarada por el juez remitente, y le devolvió las actuaciones por entender que "las medidas adoptadas por el tribunal previniente originariamente en la causa han consolidado la competencia de dicho juzgado" (fs. 354/355). Afirma, en apoyo de su posición, que el juez contravencional no solo dispuso medidas urgentes sino que se abocó "a las afectaciones edilicias del inmueble, al relevamiento de sus ocupantes y se interiorizó de los programas asistenciales que se les otorgaría", y que todas esas medidas fueron ordenadas "para el supuesto de disponerse la desocupación y el traslado de los ocupantes del lugar", conforme el proveído de fs. 264 y las resoluciones de fs. 292/293 y fs. 334 vta. "estos ítem exceden el carácter de simples medidas de urgencia e importan la búsqueda y planificación de soluciones para el fondo de la demanda".

Añade que "razones de prudencia y correcto tratamiento del subexamen aconsejan que continúe actuando el magistrado que ha prevenido en la causa, máxime cuando el tribunal ha tomado conocimiento directo de las cuestiones involucradas", y es prudente "evitar retrotraer el trámite de autos perjudicando los derechos de las partes, evitando de tal forma demoras por un mero formalismo procesal".

6. El 17/3/2009 el juez que previno insistió con la declaración de incompetencia decretada, ordenó extraer testimonios de la causa y remitirlas

al Tribunal, sin perjuicio de continuar con el trámite hasta tanto se dirima la cuestión de competencia (fs. 358).

7. El 3 de abril del corriente el señor fiscal general opinó que "correspondería declarar la competencia del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 6" por estimar que "la actividad procesal desplegada por dicho magistrado de grado (...) habría tenido por virtualidad fijar su competencia para entender en estas actuaciones dado que sería susceptible de subsumirse dentro de la categoría de 'actos típicamente jurisdiccionales'" (fs. 363/366).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. La cuestión de competencia traída a decisión del Tribunal presenta algunas peculiaridades que aconsejan remitir la causa al fuero contencioso, administrativo y tributario.

Está fuera de discusión que tanto la justicia penal, contravencional y de faltas como la contenciosa, administrativa y tributaria tienen facultades para disponer allanamientos.

Ahora bien, mientras que los jueces contravencionales están habilitados "para allanar domicilios siempre y cuando la medida se vincule con la investigación de la comisión de delitos, contravenciones y faltas", "la justicia en lo contencioso administrativo y tributario se encuentra facultada a hacerlo, cuando deba cumplir un acto administrativo, y debe emplearse para ello la coacción contra la persona o bienes de los administrados" (conf. resolución de fs. 336/337).

La petición de señor Director Ejecutivo de la Agencia Gubernamental de Control del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (fs. 258/259) radicada en el fuero penal, contravencional de faltas consiste en un pedido de allanamiento y desalojo tendiente a efectivizar una orden administrativa que requiere la utilización de la fuerza pública, y las circunstancias que expone y las actuaciones administrativas que acompaña (fs. 1/257) acreditan que desde el inicio la cuestión encuadra claramente en el ámbito de competencia del contencioso.

Los trámites cumplidos por el juez contravencional disipan cualquier duda en el sentido de que esa actividad estuviera orientada a algún tipo de persecución penal. Es más, en el expediente sólo hay referencia a a la "imputada Alejandra Beatriz Rivelli", de quien se dice que "fue condenada el 16/10/2008 por todas las actas detalladas en el apartado 3 y que, entre otras sanciones... 'se impuso mantener la clausura impuesta por la DGFyC en la disposición 421-DGFyC/2007'" (fs. 304 vta. informe de la Secretaría del Juzgado).

El análisis de las constancias obrantes en la causa exhiben que la cuestión que requiere intervención judicial está vinculada a un colectivo de personas que no están involucradas en la comisión de ningún delito, falta o contravención sino atravesadas "por otras problemáticas, como lo son la emergencia habitacional existente... y la exigüidad de los programas sociales... para paliar esta situación crítica", y que habitan en el hotel sito en la Av. Martín García 896, 1º, 2º, 3º, EP y azotea, CABA.

A partir de las circunstancias fácticas reseñadas y atendiendo al marco constitucional y legal aplicable (normas de fondo y reglas de distribución y asignaciones de competencia jurisdiccional y del Ministerio Público en la Ciudad) considero que es competente el fuero contencioso, administrativo y tributario.

Los argumentos que el juez contravencional expone al declararse incompetente (fs. 336/337) son acertados y corresponde priorizarlos, aunque sean producto de una reflexión tardía. Es indudable que "el fuero CAyT es quien mayor experiencia tiene en la efectivización de esos derechos por ser quien interviene en todas las acciones de amparo dirigidas contra el GCBA por incumplimiento a los mandatos constitucionales" (arts. 17, 20 y 31, CCBA), así como también que "ya sea por el objeto del allanamiento que se solicita como por la experticia que posee el fuero contencioso administrativo y tributario para entender en todo lo que implique la garantía de los derechos sociales previstos en la Constitución de la CABA —que ineludiblemente se verán afectados al disponerse el desalojo de quienes hoy ocupan el inmueble cuestionado—, considera esta judicatura que corresponde intervenir a ese fuero" (fs. 336/337).

Por último quiero subrayar que la remisión que propicio no generará demoras ni retrotraerá el trámite, ni, por las razones expuestas, puede atribuirse a un mero formalismo ritual.

2. En atención a los argumentos expuestos voto por atribuir la competencia al Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 6.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Más allá de su criterio general acerca de que, en los amparos, corresponde confirmar la competencia del juez que previno, en razón de la característica del procedimiento —de urgencia— y de las dudas que pueden existir sobre las reglas de competencia, estima que, en el caso, las razones que aporta la señora jueza del trámite, como el señor juez contravencional —sobre todo, ausencia de todo caso penal o contravencional— bastan para adherirse a esa solución del conflicto.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Coincido con la solución que propicia el voto de mi colega, jueza de trámite Alicia E. C. Ruiz, porque la orden de allanamiento requerida intenta

ejecutar un acto administrativo que exige intervención judicial (conf. mi voto en "GCBA s/solicitud de allanamiento en Tucumán 2889, PB 1º, 2º, 3º y 4º s/conflicto de competencia", expte. n° 4514/06, resolución del 15/3/2006).

En consecuencia, oído el señor fiscal general, voto por atribuir la competencia para intervenir en autos al Juzgado CAyT Nº 6.

Los jueces Ana María Conde y José O. Casás dijeron:

Tal como lo propone la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz, la solicitud de allanamiento y desalojo del inmueble de marras formulada por el Gobierno local debe ser resuelta por el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso, Administrativo y Tributario Nº 6.

El pormenorizado relato contenido en las "resultas" de esta resolución permite concluir que, desde su inicio, estas actuaciones debieron tramitar en el mencionado fuero y no en el penal, contravencional y de faltas, toda vez que el propósito perseguido por la Administración no se relaciona de manera directa con la eventual comisión de un delito, contravención o falta, sino con la ejecución de un acto administrativo dictado después de que se detectaron y juzgaron diversas irregularidades en un inmueble que funciona como hotel. Esa disposición, si bien estuvo determinada por esas irregularidades o faltas —circunstancia que pudo razonablemente generar alguna duda en cuanto al tribunal competente en razón de la materia—, por su naturaleza y alcance se relaciona con distintos aspectos que exceden el ámbito de competencia del fuero en lo penal, contravencional y de faltas, pues la medida de fuerza que el Gobierno intenta hacer efectiva no sólo surtiría efectos sobre quienes habrían permitido su funcionamiento antirreglamentario, sino, también, sobre un conjunto de personas —en situación crítica— que ninguna incumbencia o participación habrían tenido en el funcionamiento anormal de ese inmueble.

Así lo votamos.

Por ello, emitido el dictamen del señor fiscal general,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* la competencia del Juzgado en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 6 para conocer en este expediente.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique, se ponga en conocimiento del titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 6 y se remita el proceso al juzgado declarado competente.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

CIV

"GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'KOSOVEL, NÉLIDA Y OTROS C/GCBA S/EMPLEO PÚBLICO (NO CESANTÍA NI EXONERACIÓN)'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Caso constitucional. Pronunciamiento *extra petita.* Principio de congruencia. Defensa en juicio. Arbitrariedad de sentencia.

SUMARIOS:

1. El recurso de queja debe rechazarse si quien pretende sostener la queja no invoca ni pide la declaración de inconstitucionalidad de alguna regla o acto, sino que, por el contrario, revela su discrepancia con la interpretación de la demanda o de sus términos, de lo que resulta claro que lo que se procura con el recurso es una ampliación de aquella labor que por su competencia le corresponde al Tribunal. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. El Tribunal no debe ocuparse como una tercera instancia, de examinar la sentencia para arribar a una solución justa según todas las reglas del orden jurídico, sino que a diferencia de los tribunales de merito, la labor del TSJ está constreñida a examinar el caso para advertir si a su solución se ha arribado mediante una regla que no se adapta a las condiciones de validez que fijan reglan de rango superior (constitucionales) o de manera contraria, cuando se ha excluido una regla de la solución del caso por entenderla repugnante a otra constitucional. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. El examen de la cuestión relacionada con la inclusión o exclusión de intereses en la demanda bajo la voz adicionales, no es de la competencia del Tribunal, y consiste en una tarea propia de los jueces de mérito *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

4. El recurso de queja debe rechazarse si no somete a consideración de este Tribunal cuestión constitucional alguna que habilite su competencia, pues establecer el alcance de las pretensiones de las partes así como el carácter oportuno con que son articuladas, es materia regulada por las leyes procesales y su determinación, en principio, es privativa de los jueces de la causa. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez José O. Casás).*

5. El recurso de queja resulta admisible desde que ha sido interpuesto en tiempo y forma y logra dirigir una critica minima aunque suficiente contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, el que debe ser rechazado porque es acertada la decisión de los magistrados de grado que hicieron lugar a los intereses accesorios como parte del capital de condena aun cuando ese rubro no hubiera sido expresamente solicitado en la demanda, con lo que se da prioridad al principio de intangibilidad, que deriva del principio protectorio

laboral consagrado por la CCBA y la C.N. (conf. art. 43, CCBA y 14 bis, C.N.). *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

6. El recurso de queja plantea una crítica concreta y razonada de la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad, la que presenta los defectos que le atribuye el recurrente, toda vez que solo trasunta términos rituales que evidencian la escasa atención puesta al cuestionamiento rechazado, que lejos de plantear una discrepancia con el razonamiento efectuado por la Cámara, enuncia serios agravios de naturaleza constitucional, como la vulneración del principio de congruencia y de la defensa en juicio y la arbitrariedad de la sentencia. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

7. El decisorio impugnado se revela falto de congruencia con los términos de la demanda de cuya lectura no surge en punto alguno la pretensión de cobro de intereses, y la concesión de ellos significa que la sentencia se ha apartado de los términos de la litis al conceder más de lo pretendido, y se ha excedido de los límites de las facultades decisorias, aspectos que tienen entidad suficiente para descalificar el fallo con arreglo a la doctrina de la Corte en materia de arbitrariedad. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

8. Si bien es cierto que la determinación del alcance de las peticiones de las partes y de las cuestiones comprendidas en la litis remite al análisis de extremos de índole fáctica y procesal, extraños a la vía intentada, ello no resulta óbice para que este Tribunal pueda conocer en un planteo de esa naturaleza cuando la decisión de los tribunales de la causa traduce un apartamiento de las constancias del expediente y de la adecuada interpretación de los principios que informan el debido proceso consagrado en el art. 18 de la C.N. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

9. Corresponde hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad si el criterio adoptado en la sentencia que lo denegó ha generado la afectación de las garantías de defensa en juicio y debido proceso. *(Voto en disidencia de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. n° 6185/08 - 29/4/2009

VISTAS:

las actuaciones indicadas en el epígrafe,

RESULTA:

1. Nélida Kosovel, Silvia Mabel Prestianni, Rubén Antonio Blanco, Nilda Concepción Viola, Miriam Noemí Perazzo, Mirtha María Ruiz, Sandra Viviana Quartarolo, Angel Martín Vodopiviz y Viviana Edith Abraldez, en su carácter de preceptores transferidos de la Administración Nacional a la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires en cumplimiento de la ley 24.049, plantearon

una demanda contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante GCBA) por cobro de pesos por diferencias salariales (fs. 1/5). Reclamaron la aplicación del "...haber municipal de Preceptor —índice 904— (dec. 858/94), más sus adicionales y demás características individuales para cada agente en el cargo de preceptor desde la fecha de vigencia de la ley que así lo dispone, toda vez que desde su vigor se han devengado las cifras impagas independientemente de las fechas instrumentadas en el Convenio y Actas de Transferencia atento a que la mora en efectivizar la disposición de cuño legal no puede beneficiar la situación deudora del empleador" (fs. 4 vta.).

La jueza de primera instancia hizo lugar a la demanda y, en lo que aquí importa, condenó, al GCBA "...a pagar las diferencias de índice salariales existentes entre el servicio educativo local y el fijado para el personal transferido desde la órbita nacional por ley 2049 (...) con más los intereses reclamados que deberán liquidarse conforme la tasa pasiva que publica el Banco Central de la República Argentina, salvo los intereses correspondientes al período enero/septiembre de 2002 en que se aplicará la tasa activa que publica el Banco de la Nación Argentina" (fs. 15/16 vta.).

2. En lo que interesa a los fines de esta queja, el GCBA apeló la condena al pago de intereses por no haber sido ellos pedidos en la demanda (fs. 17/18).

La Sala l de la CCAyT, por mayoría, confirmó el fallo de primera instancia (fs. 19/23). En su voto, el juez Carlos Balbín, al que adhirió el juez Horacio Corti, expresó que "dado que, por un lado, los intereses moratorios (...) compensan la demora en el pago de lo debido; y que, por el otro, lo debido son créditos salariales de naturaleza alimentaria, no cabe sino concluir que el interés necesariamente integra el concepto de remuneración justa e integral" (fs. 22). "El reclamo principal –reconocimiento de diferencias salariales derivadas de una relación de empleo público– lleva implícito el de sus accesorios. Por tanto, la omisión de peticionar expresamente en la demanda el cómputo de intereses no obsta a su reconocimiento judicial" (fs. 23).

3. Disconforme el GCBA, interpuso contra dicha decisión recurso de inconstitucionalidad por considerar que la sentencia: *a)* vulnera el principio de congruencia al condenar a la aplicación de intereses no pedidos por la parte interesada y que en consecuencia no integraron la litis, *b)* carece de fundamentación suficiente y *c)* prescinde de la normativa directamente aplicable. Sostuvo que la decisión afectó su derecho de defensa y tachó la sentencia de arbitraria (fs. 24/31).

Contestado el traslado por la parte actora (fs. 52/55), el recurso fue denegado por la Cámara (fs. 32/33). El rechazo se sustentó principalmente en que el recurrente se limitaba a discrepar con la interpretación efectuada en la sentencia de los términos de la demanda y de las normas infraconstitucionales aplicadas,

razón por la cual no se planteaba un caso constitucional ni la sentencia podía considerarse arbitraria.

4. Contra la denegatoria, el GCBA interpuso la presente queja (fs. 34/48).

Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto sostuvo: "...la sentencia de primera instancia como la de la Cámara, que la confirma, al no haber limitado los pronunciamientos tan sólo a lo que ha sido pedido por la parte, han incurrido en incongruencia por apartamiento de las cuestiones incluidas en la pretensión de los actores y en la oposición del demandado, afectando seriamente el derecho de defensa de esa parte. De esa manera, terminan reconociendo supuestos derechos no debatidos en violación a la garantía del art. 18 de la C.N., lo que las hace pasibles de la tacha de arbitrariedad". Por ello, propició que el Tribunal "admita la queja, haga lugar al recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Gobierno de la Ciudad y revoque la sentencia dictada por la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario" (fs. 65/68).

FUNDAMENTOS:

La jueza Ana María Conde dijo:

1. El recurso de queja fue interpuesto por el GCBA en legal tiempo y forma (art. 33, LPTSJ), y plantea una crítica concreta y razonada de la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad.

En efecto, la resolución denegatoria del recurso de inconstitucionalidad presenta los defectos que le atribuye el recurrente, toda vez que sólo trasunta términos rituales que evidencian la escasa atención puesta al recurso rechazado, que lejos de plantear una discrepancia con el razonamiento efectuado por la Cámara, plantea serios agravios de naturaleza constitucional: por un lado, la vulneración del principio de congruencia y los derechos constitucionales de defensa en juicio y debido proceso, y por el otro, denuncia arbitrariedad en el análisis efectuado por la Cámara para resolver la cuestión objeto del pleito.

Por lo expuesto, y habida cuenta la existencia de un genuino caso constitucional centrado en la violación al principio de congruencia, el debido proceso y el derecho de defensa (art. 18, C.N.), corresponde admitir la queja y proceder al tratamiento del recurso de inconstitucionalidad subyacente.

2. Previo a todo, cabe destacar que la circunstancia que la ley 402 no contemple a la arbitrariedad de sentencia como fundamento autónomo expreso para la articulación de un recurso de inconstitucionalidad no constituye, en principio, óbice para la procedencia de éste; pues la existencia de una sentencia válida es requisito inexcusable para la adecuada vigencia de la garantía del debido proceso, cuya afectación efectiva y trascendente habilita la evaluación del caso en instancia de control constitucional.

La de la arbitrariedad es una vía idónea para que este tribunal pueda ejercer control de constitucionalidad en aquellos casos en los que se verifica un conflicto entre la propia sentencia sometida a su revisión y las normas, derechos, garantías y principios que integran el bloque de constitucionalidad que rige nuestra vida social.

3. El GCBA, en su recurso de inconstitucionalidad, considera que la sentencia definitiva de la Cámara incurre en un supuesto de arbitrariedad, por los siguientes motivos: "...*a)* Vulnera el principio de congruencia al condenar a la aplicación de intereses no pedidos oportunamente por parte interesada y que en consecuencia no integraron la litis.// *b)* Carece de fundamentación suficiente, siendo solo aparente la que pretende sustentar la decisión final con sustento en consideraciones manifiestamente irrazonables.// *c)* Prescinde de la normativa directamente aplicable al caso..." (fs. 26/26 vta.).

En efecto, de la lectura de la demanda no surge en punto alguno la pretensión de cobro de intereses. En esas condiciones, el decisorio se revela falto de congruencia con los términos de la demanda, de tal forma que viene a modificar la acción originariamente deducida.

La Cámara, pese a señalar que "…el objeto de la demanda constituye un límite de naturaleza adjetiva para el juez, quien por aplicación del principio de congruencia no puede fallar sobre capítulos no propuestos a su conocimiento y decisión…" (fs. 20 vta), y aplicando la regla según la cual "los intereses moratorios compensan la demora en el pago de lo debido" y que, en este caso "lo debido son créditos salariales de naturaleza alimentaria…" (fs. 21), interpretó que en tales condiciones "el reclamo principal —reconocimiento de diferencias salariales derivadas de una relación de empleo público— lleva implícito el de sus accesorios. Por lo tanto la omisión de peticionar expresamente en la demanda el cómputo de intereses no obsta a su reconocimiento judicial" (fs. 23).

Como bien lo señala el fiscal general adjunto en su dictamen (fs. 67 vta.), de la expresión "adicionales" no puede extraerse que la parte esté reclamando intereses, sino, como también lo señaló el Dr. Centanaro en su voto en disidencia, "las manifestaciones formuladas en términos genéricos no alcanzan para tener por introducida, en el caso, una petición en términos claros y positivos dirigida a obtener el cobro de intereses, en la forma que exige el art. 269, inc. 8°, CCAyT, ni, mucho menos, invocarlas para apartarse de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, referida al principio de congruencia, cuya vigencia se halla consagrada en el art. 27, inc. 4° del mismo código" (fs. 67 vta.).

La cuestión así planteada, ha sido objeto de decisión por este Tribunal con anterioridad en autos "Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público", expte. n° 5904/08, sentencia del 8/10/2008; por lo que considero conveniente reproducir las consideraciones expuestas en aquella oportunidad sobre

el punto de análisis. Sostuve en el mencionado precedente que "…la concesión de los intereses importa la violación del principio procesal de congruencia, pues la sentencia cuestionada se ha apartado de los términos de la litis al conceder más de lo pretendido, y se ha excedido de los límites de las facultades decisorias, aspectos estos que tienen entidad suficiente para descalificar el fallo con arreglo a la doctrina de la Corte sobre arbitrariedad (conf. *Fallos,* 301:1149; 307:519, 2445, entre otros).

Si bien es cierto que la determinación del alcance de las peticiones de las partes y de las cuestiones comprendidas en la litis remite al análisis de extremos de índole fáctica y procesal, extraños a la vía intentada, ello no resulta óbice para que esta Tribunal pueda conocer en un planteo de esa naturaleza cuando la decisión de los tribunales de la causa traduce un apartamiento de las constancias del expediente y de la adecuada interpretación de los principios que informan el debido proceso consagrado en el art. 18 de la C.N.

El criterio adoptado por los magistrados que integraran la mayoría en la anterior instancia ha generado la afectación de las garantías de defensa en juicio y debido proceso. En tal sentido, una constante jurisprudencia de la CSJN vincula el principio de congruencia con la garantía de la defensa en juicio y señala como regla que el pronunciamiento judicial que desconoce o acuerda derechos no debatidos es incompatible con las garantías constitucionales, pues el juzgador no puede convertirse en la voluntad implícita de una de las partes, sin alterar el equilibrio procesal de los litigantes en desmedro de la parte contraria (*Fallos,* 310:2709)".

Por último, cabe agregar que lo dicho precedentemente no implica considerar improcedente el reclamo de los intereses en casos como el que se analiza, ya que coincido en la necesidad y justicia de reconocer intereses moratorios que compensen la demora en el cumplimiento de la obligación por parte del deudor. Ello, sin embargo, no puede llevarme —con el exclusivo basamento de la equidad y sin que haya sido peticionado oportunamente— a alterar la garantía de defensa en juicio e igualdad procesal en perjuicio de una de las partes, tal como ocurriría si le resultara permisible al magistrado involucrar cuestiones que no han formado parte de la controversia, ni fueron, por tanto, tenidas en cuenta al contestar la demanda. En tal sentido, la interpretación que propicia la mayoría de la Cámara a partir de la integración de los principios del derecho del trabajo y que se encontraría autorizada por el art. 43, CCBA, determina, en este caso, la vulneración del principio de congruencia; mandato imperativo que entronca directamente con la defensa de garantías constitucionales de igualdad entre las partes, defensa en juicio (art. 18, C.N.) y propiedad (art. 17, C.N.).

4. Por las consideraciones expuestas precedentemente, considero que corresponde:

a) admitir el recurso de queja y hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad, ambos planteados por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires;

b) revocar el pronunciamiento dictado por la Sala I de la Cámara en lo Contencioso Administrativo y Tributario de fs. 19/23 vta. en cuanto condena al pago de intereses;

c) imponer las costas del presente recurso por el orden causado, habida cuenta que la parte actora podía considerarse con derecho a resistir la pretensión recursiva del GCBA (art. 62, segundo párrafo, CCAyT).

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. El recurso de queja ha sido interpuesto en tiempo, forma y logra dirigir una crítica mínima aunque suficiente contra el auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad, por lo que el recurso directo resulta admisible.

2. La cuestión planteada es similar a la resuelta en el expte. n° 5800/08 "Fungueiro, Nancy Fabiana y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fungueiro, Nancy Fabiana y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", sentencia del 20/8/2008 y en el expte. n° 5904/08 "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", sentencia del 20/10/2008.

Y la solución que propicio en el caso es la misma que sostuviese en aquellas actuaciones.

3. En los citados precedentes, sostuve con voto en minoría, que era acertada la decisión de aquellos magistrados de grado que hicieron lugar a los intereses accesorios como parte del capital de condena, aún cuando ese rubro no hubiera sido expresamente solicitado en la demanda y fuera incluido a partir de una interpretación de la expresión "adicionales".

Consideré entonces que esa interpretación era acertada en primer lugar porque que se encontraba en juego la tutela efectiva del salario y su carácter alimentario. En segundo término, porque el tema involucraba directamente normas constitucionales y convencionales tuitivas de derechos sociales: el derecho del trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias (conf. art. 7º, PIDESC), que goza de la protección de las leyes en todos sus formas (art. 14 bis, C.N. y art. 43, CCBA) y cuya efectividad se encuentra garantizada por el propio Estado, demandado aquí como empleador (conf. art. 2º PIDESC y art. 28 —cláusula federal— CADH).

A partir de ese marco jurídico tuitivo, era prioritario garantizar el principio de intangibilidad, que deriva del principio protectorio laboral garantizado por la CCBA y la C.N. (conf. arts. 43, CCBA y 14 bis, C.N.).

Asimismo, sostuve que en materia de reclamos salariales, estaba legalmente admitida la flexibilización del principio de congruencia (v. gr.: art. 56 de la ley 18.345); que la protección de la remuneración y de los créditos laborales, a su vez, está consagrada en numerosas disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo y mencioné a título de ejemplo apenas, el art. 137 y el art. 260, las normas sobre inembargabilidad del salario, su forma de pago y las que regulan el salario mínimo, vital y móvil.

Dije también, que los intereses que derivan de un reclamo salarial reconocido judicialmente, aún si no fueron expresamente solicitados deben ser otorgados por los jueces, en ejercicio justamente del principio de *iura novit curiae* y que, cuando en un proceso se discute acerca de derechos laborales, una recta aplicación de la Constitución (en el caso del principio protectorio) exige tomar en cuenta los fines del derecho procesal y su conexión con el derecho material evitando caer en un puro formalismo hermenéutico que acaba llevando al desconocimiento de preceptos constitucionales. Recordé, por fin, que hacía más de cuarenta años la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que no resultaba inconstitucional el uso razonable del ejercicio de la facultad de los jueces laborales de fallar *ultra petita* (*Fallos*, 291:416).

De lo expuesto hasta aquí se sigue que, en un caso como el de autos, donde el Estado reúne la doble condición de deudor de un trabajador y de garante de los derechos que la C.N. y la CCBA consagran, no parece constitucionalmente sustentable que ese Estado intente retener —indebidamente— una parte del crédito de los actores, lo que supone un enriquecimiento sin causa. La condena al pago de intereses lejos de afectar derechos constitucionales, los resguarda.

En razón de la postura que vengo exponiendo, no encuentro argumentos que justifiquen exigir a los trabajadores que inicien un nuevo juicio para reclamar el pago de un accesorio (los intereses) del capital que les fue reconocido y está firme, con la consecuencia de asumir avatares y riesgos innecesarios (la prescripción). Ni, menos aun, que el Estado que debe asegurar los derechos fundamentales de los ciudadanos obstruya en los hechos, el acceso a la justicia al crear una virtual excepción de espera e incremente eventualmente, los costos que estarían generados por la reiniciación de un proceso.

Por lo expuesto, voto por declarar admisible la queja y desestimar el recurso de inconstitucionalidad por improcedente, con costas.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Me pronuncié sobre una cuestión análoga a la que aquí se discute al dictar sentencia *in re* “GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado

en: 'Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", el 8/10/2008, expte. nº 5904/08.

Tuve entonces la oportunidad de señalar que "el problema reside, para la Cámara que rechazó el recurso, en que quien pretende sostener la queja no invoca ni pide la declaración de inconstitucionalidad de alguna regla o acto, sino que, por lo contrario, revela su discrepancia con la interpretación de la demanda —¿contiene o no contiene la petición de intereses compensatorios?— o de sus términos —¿integra el concepto de intereses el más vasto de adicionales, o no resulta ser un concepto concéntrico respecto de aquel conjunto mayor?—. Ésta es, precisamente citada, la razón sustantiva alrededor de la cual configura el agravio del recurrente".

"Planteado en estos términos, resulta claro, a mi juicio, que lo que se pretende con el recurso es una ampliación de aquella labor que, por su competencia, le corresponde al Tribunal. Él no debe ocuparse, como una tercera instancia, de examinar la sentencia para arribar a una solución justa según todas las reglas del orden jurídico, sino que, a diferencia de los tribunales de mérito, la labor del TSJ está constreñida a examinar el caso para advertir si a su solución se ha arribado mediante una regla que no se adapta a las condiciones de validez que fijan reglas de rango superior (constitucionales) o, de manera contraria, cuando se ha excluido una regla de la solución del caso por entenderla repugnante a otra constitucional, caso en el cual el TSJ verifica la solvencia de esa conclusión, esto es, verifica si el juicio es correcto o erróneo y, en este último supuesto, incluye o manda incluir la regla en la solución del caso (control difuso). Una extensión de esta tarea para casos excepcionales, consiste en verificar los graves errores de principios fundamentales (constitucionales) que el procedimiento adoptado para arribar a la solución pudiera contener".

"La sentencia recurrida ha concluido, por interpretación de los términos de la demanda, que ella contenía la petición de intereses compensatorios y, por ende, favorecía la necesidad de defensa (contradicción) del demandado. Si bien en purismo el definir el alcance de los conceptos no constituye un hecho, sino, tan sólo, un juicio acerca de su referencia semántica —que, en este caso, se proyecta sobre el contenido de la demanda—, el problema se comporta, para el recurso interpuesto, de la misma manera. Sólo a través de una decisión absurda —aquí llamada con una ampliación casi indefinida, sentencia arbitraria— puede arribarse a la descalificación de la sentencia impugnada como acto jurisdiccional válido, desde el estrecho punto de vista que rige al recurso interpuesto. En cambio, no se llega a ese resultado a través de la simple proposición de una interpretación diferente de los términos de la demanda, o del alcance de esos términos. Si la sentencia está fundada y su fundamento no reside en una discriminación prohibida —equivalente: no permitida— lo que se opone a ella es una mera interpretación diferente".

"Cualquiera que sea mi opinión sobre la inclusión o exclusión de los intereses en la demanda bajo la voz adicionales —y en este sentido tendría mucho para decir que no quiero expresar por mi falta de competencia—, no estoy autorizado a examinar tal hecho desde el punto de vista de la legislación común (infraconstitucional), o de las reglas que rigen la interpretación de los actos jurídicos. Ésta es una tarea propia de los tribunales de mérito".

Finalmente, en cuanto aquí interesa, en el fallo que estoy glosando formulé un consid. 5. en el que expresé que: "Sólo menciono aquí mi posición sobre el motivo 'arbitrariedad', mucho más estricta que la comprensión genérica de mis colegas del Tribunal y que la doctrina de la CSJN, creadora del instituto (conf. mis votos en "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'" expte. nº 3565/04, resolución del 26/5/2005 y "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público [no cesantía ni exoneración]'", expte. nº 3792/05, resolución del 29/6/2005), para que se advierta mi imposibilidad, en el caso, de concluir por revocar la sentencia de un tribunal de mérito...".

En razón de lo expuesto, voto por rechazar el recurso de queja planteado a fs. 35/48.

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso de queja interpuesto por el GCBA no puede prosperar, pues no somete a consideración de este Tribunal cuestión constitucional alguna que habilite su competencia.

2. Establecer el alcance de las pretensiones de las partes así como el carácter oportuno con que son articuladas, es materia regulada por las leyes procesales y su determinación, en principio, es privativa de los jueces de la causa. Sólo cuando esos jueces exceden toda interpretación posible del derecho aplicable o de las constancias de la causa incurren en violación a la regla del art. 106 de la CCBA.

Los agravios que desarrolla el GCBA giran en derredor del alcance asignado por la resolución cuestionada a la pretensión de los actores, que la Cámara ponderó comprensiva de los intereses correspondientes al capital reclamado, a partir de los términos utilizados en la demanda y la interpretación que efectuó del derecho de los actores a una remuneración justa e integral a la luz de las normas locales infraconstitucionales que consideró aplicables al caso (arts. 7º, inc. b del Estatuto Docente —ordenanza nº 40.593— y 9º de la ley de relaciones laborales en la Administración Pública de la Ciudad —nº 471—).

En tales condiciones, aunque el recurrente invoca la afectación de su derecho de defensa (art. 13.3, CCBA) como consecuencia de la alegada vulneración del principio de congruencia, no logra eludir que la Cámara fundó su decisión

en la apreciación de las constancias de la causa y la interpretación —no refutada por el recurrente— que efectuó de las normas locales infraconstitucionales mencionadas, lo que priva a los preceptos constitucionales invocados de relación directa con lo resuelto. Tampoco conmueve dicha solución la insistencia del recurrente en sostener que la Cámara efectuó una interpretación arbitraria de los términos de la demanda, pues más allá del acierto o error de la resolución cuestionada, no alcanza con la simple discrepancia con la interpretación elaborada por los magistrados intervinientes, si el recurrente no logra demostrar que ésta no era una de aquellas posibles.

Por lo demás, el agravio dirigido a cuestionar la interpretación que el *a quo* efectuó acerca del art. 43, CCBA carece de aptitud para conmover la resolución cuestionada, pues ella encuentra suficiente sustento en argumentos independientes de la exégesis que realizó la Cámara respecto del mencionado precepto constitucional que privan a lo resuelto de relación directa con el referido precepto.

Por tanto, oído el señor fiscal general adjunto, corresponde rechazar la queja por no ser admisible el recurso de inconstitucionalidad planteado por el GCBA.

El juez José O. Casás dijo:

1. En mi concepto, la queja interpuesta por el GCBA a fs. 35/48 debe ser rechazada por los motivos que se expondrán a continuación.

2. En el caso que nos ocupa, la demandada sostiene que se ha vulnerado el principio de congruencia y, en consecuencia, su derecho de defensa en juicio. Ello así, pues entiende que el *a quo* ha efectuado una interpretación desnaturalizadora de las peticiones contenidas en la demanda interpuesta por la parte actora, transgrediendo así los términos en que quedó trabada la litis. Se encuentra en discusión, entonces, la interpretación que corresponde asignar al escrito de inicio cuando requiere al GCBA el pago de diferencias salariales "(...) más sus adicionales y demás características individuales para cada agente en el cargo de preceptor desde la fecha de vigencia de la ley que así lo dispone, toda vez que desde su vigor se han devengado las cifras impagas independientemente de las fechas instrumentadas en el Convenio y Actas de Transferencia atento a que la mora en efectivizar la disposición de cuño legal no puede beneficiar la situación deudora del empleador" (fs. 4 vta.).

3. En primer lugar, debe recordarse que, en principio, es facultad privativa de los jueces de la causa establecer el sentido y alcance de las pretensiones acerca de cuya procedencia les incumbe expedirse (conf. *Fallos,* 270:162; 284:109: 291:268; 295:548; 300:468, 689; 301:449, 712; 302:175, 1044; 303:774; 304:635; 315:1645, entre muchos otros, y este Tribunal *in re*: "GCBA s/queja

por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'La Royal Sociedad Anónima de Servicios c/GCBA s/cobro de pesos'", expte. n° 5353/07, sentencia del 21/12/2007, entre otros), ya que se trata de una materia regulada por las leyes procesales cuya interpretación y aplicación es, en principio, atribución propia de tales magistrados. Sólo cuando esos jueces exceden toda interpretación posible del derecho aplicable o de las constancias de la causa incurren en violación a la regla del art. 106 de la CCBA.

En particular, como se ha señalado en un precedente que guarda similitud con el presente caso, la enunciación del agravio consignado en el punto 2 de este voto pone de resalto que el Tribunal, para decidir el planteo, no debería dilucidar ninguna de las cuestiones para las que tiene asignada jurisdicción, sino sólo adentrarse en establecer cuál fue el alcance de la pretensión de la actora y, a ese fin, determinar si en el reclamo se incluyeron o no los intereses del capital pretendido, asunto que es privativo de los jueces de mérito y ajeno, en cambio, a esta instancia [*in re*: "Fungueiro, Nancy Fabiana y otros s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fungueiro, Nancy Fabiana y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 5800/08, sentencia del 20/8/2008; citado también por el suscripto *in re*: "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Nicastro, Félix Gustavo y otros c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. n° 5904/08, sentencia del 8/10/2008].

Así las cosas, más allá del acierto o error del criterio adoptado por los jueces de la causa en el punto que es objeto de agravio, lo cierto es que el *a quo* ha brindado fundamentos para sustentar su posición sobre una cuestión que, por regla, excede el ámbito propio del recurso previsto en el art. 113, inc. 3º, de la CCBA y en el art. 27 de la ley 402 y, a su turno, la recurrente no ha logrado demostrar su palmaria irrazonabilidad. Por este motivo, entiendo que la cuestión interpretativa propuesta ante este Estrado no puede ser abordada en el caso.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja planteado por el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita este expediente, mediante oficio, a la Sala de la Cámara que tomó intervención en el juicio, para que sea agregado a los autos principales.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

CV

"AUTOMÓVIL CLUB ARGENTINO C/GCBA S/RECURSO DE APELACIÓN ORDINARIO CONCEDIDO" Y SU ACUMULADO EXPTE. Nº 5977/08: "GCBA S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'AUTOMÓVIL CLUB ARGENTINO C/GCBA S/REPETICIÓN (ART. 457, CCAYT)'"

RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN: Sentencia definitiva. Prescripción. RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva.

SUMARIOS:

1. El recurso ordinario de apelación fue indebidamente concedido, porque ese remedio procesal no puede ser intentado contra el auto que resuelve como pronunciamiento previo y especial, distinto al definitivo, que la acción no está prescripta. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véase voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Corresponde desestimar el recurso de queja, pues la resolución respecto de la cuestión debatida —rechazo de la excepción de prescripción de la obligación reclamada— no genera un agravio directamente impugnable en este estado del proceso por la vía del recurso de inconstitucionalidad, en tanto no se trata de una sentencia definitiva que agote la cuestión litigiosa en las instancias de grado. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano. En sentido concordante véanse votos de los señores jueces Julio B. J. Maier, Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Ana María Conde).*

3. Más allá del importe litigioso en cuestión en cada caso, el recurso ordinario de apelación sólo procede contra sentencias definitivas, y la decisión que declara no prescriptas determinadas sumas reclamadas y admite la prosecución del juicio, no reviste el carácter de definitiva. *(Votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Ana María Conde).*

4. Aunque la sentencia atacada no es definitiva a los efectos del recurso ordinario de apelación ante el TSJ, la decisión del Gobierno de la Ciudad de apelarla manifiesta su voluntad de no consentirla, con lo que el planteo sólo vale como una apelación diferida en la cual se expresa la disconformidad con una decisión, que podría ser examinada por el Tribunal en el momento procesal pertinente, una vez dictada la sentencia definitiva por la Cámara, en tanto subsistan, se mantengan y fundamenten los agravios del recurrente ante este estrado. *(Votos de los señores jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Ana María Conde).*

Expte. nº 6117/08 - 29/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. Automóvil Club Argentino (en adelante ACA) interpuso demanda de repetición —en los términos de los arts. 2º, 3º, 5º y concs. del CCAyT— contra el Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires - Dirección General de Rentas (en adelante GCBA) por la suma de $ 4.377.656,24 que consideró indebidamente ingresada por su parte en concepto de impuesto sobre los ingresos brutos respecto de los períodos fiscales 1993 ($ 2.255.438,24) y 1994 ($ 2.122.218), con más los intereses correspondientes desde el momento de realizados cada uno de los pagos (fs. 1/10 vta. y ampliación de demanda de fs. 190/196 vta.).

2. Frente al traslado de la demanda, el GCBA opuso —como de previo y especial pronunciamiento— la excepción de prescripción respecto de los importes cuya repetición se perseguía (fs. 206/212 vta.).

Sostuvo que el plazo de prescripción comenzaba a correr —tal como lo prescribía el art. 12 de la ley 19.489— a partir del 1º de enero siguiente al año que se cumplieron los seis meses de presentado el reclamo, lo que para esta parte ocurrió en las fechas que detalló al excepcionarse, pues —en oportunidad de realizar los pagos— se especificó que "cuyo reintegro dejamos desde ya solicitado". Consideró, a este respecto, inoficiosos los reclamos formulados con fechas 31/12/1998 y 23/12/1999, pues la interrupción de la prescripción —con arreglo a lo establecido en la citada norma— operaba una sola vez.

La actora, a su turno, señaló que las notas presentadas al efectuar los pagos no constituían el reclamo de repetición al cual las normas remitían como causal de interrupción de la prescripción, dado que en ellas se había limitado a mencionar que hacía reserva de repetir los tributos que ingresaba bajo protesto y que sólo poseían tal carácter (interruptivo de la prescripción) las presentaciones que había realizado con fecha 31/12/1998 y 23/12/1999 (fs. 215/218).

3. El juez de primera instancia resolvió rechazar la excepción intentada por el GCBA (fs. 220/221).

Tras puntualizar que "...se le puede asignar tal carácter [el de reclamo de repetición] y el consiguiente efecto interruptivo de la prescripción..." a la manifestación consignada por la actora en las notas presentadas al momento de realizar los pagos "...importe cuyo oportuno reintegro dejamos desde ya solicitado", señaló que debía considerarse que: "*...a)* la prescripción es de interpretación restrictiva, *b)* el principio de informalidad de los trámites administrativos está creado a favor del administrado, no de la administración; *c)* la accionada no trató a las presentaciones de marras como un pedido de repetición, ni resolvió nada al respecto...". De ello, extrajo que "...los reclamos de repetición presentados

en diciembre de 1998 y 1999 no fueron inoficiosos (...) que la administración no puede invocar en perjuicio del administrado su propia inoperancia e incumplimiento de los plazos legales que tiene para resolver (...) la afirmación de que la interrupción de la prescripción prevista en el art. 12 de la ley 19.489 sólo puede producirse una vez debe ser fundada en el derecho vigente, y (...) no se ha indicado de qué norma positiva se desprende esa conclusión. En condiciones ideales, la interrupción se produciría una sola vez porque la administración decidiría frente al primer reclamo, con lo que toda nueva petición resultaría inoficiosa. Pero eso no fue lo que ocurrió en el presente caso. Por el contrario, los reclamos presentados resultaban conducentes al fin pretendido y, por ende, no advierto razón alguna para negarles efecto interruptivo de la prescripción...". Agregó que si se aceptara que "... la interrupción de la prescripción sólo podía producirse una vez, y que eso tuvo lugar con las presentaciones a que ella [la demandada] alude, de modo que las de diciembre 1998 y 1999 no tuvieron el carácter de 'recurso de repetición' ni, por ende, los efectos que atribuyen a ese recurso el art. 12 de la ley 19.489 y, concordantemente, el 64 del Código Fiscal (t.o. 1999). En ese supuesto, resulta de aplicación, con relación a esas peticiones, lo establecido en el art. 22, inc. e), apartado 9, de la LPA (dec. 1510/97): 'Las actuaciones practicadas con intervención de órgano competente producirán la suspensión de plazos legales y reglamentarios, inclusive los relativos a la prescripción'. Tal suspensión se extiende hasta que recaiga resolución que ponga fin al trámite administrativo. Mientras ello no ocurra, no se cuenta el plazo de prescripción/ En tales condiciones, toda vez que no existe discusión en cuanto a que, al momento de presentación de los reclamos de que se trata, la prescripción no se había operado, no pudo haberse producido luego, pues a la fecha de promoción de la demanda nada se había resuelto sobre tales reclamos, con lo que el cómputo de la prescripción no pudo reanudarse".

4. Disconforme con la sentencia dictada, el GCBA dedujo el correspondiente recurso de apelación (fs. 228/235).

Centró sus agravios en que: *a)* las presentaciones de fecha 31/12/1998 y 23/12/1999 no resultaban actos oficiosos, pues los pedidos de repetición fueron formulados por el actor al momento de denunciar el pago bajo protesto durante los años 1993 y 1994, interrumpiéndose con dichas presentaciones el plazo de prescripción, de conformidad con lo establecido en el art. 12 de la ley 19.489; *b)* en modo alguno podía considerase que la actora con nuevas presentaciones —que no hacían más que reiterar lo ya solicitado— pudiera volver a interrumpir dicho plazo, pues ello no estaba contemplado en la norma; sería otorgar a los contribuyentes la posibilidad de prorrogar *sine die* una situación jurídica, desvirtuando el instituto mismo de la prescripción; *c)* no resultaba ni lógico ni jurídicamente válido sostener que los contribuyentes con meros reclamos reiteratorios pudieran interrumpir indefinidamente el cómputo del plazo de la prescripción, puesto que la absurda consecuencia de ello sería que el pedido de reintegro nunca prescribiría; *d)* no obstaba a ello que su parte no se hubiese

expedido respecto de las solicitudes de reintegro efectuadas durante los años 1993 y 1994; *e)* la prescripción no podía interrumpirse indefinidamente; *f)* no era necesario que una norma estableciese que el plazo de prescripción era único, dado que ello venía dado por el propio peso de los hechos; y *g)* la decisión no sólo carecía de todo fundamento, sino que se fundaba en una cita normativa parcial y ajena al instituto de la prescripción, desvirtuando la letra de la ley.

5. La Sala l de la Cámara Contencioso Administrativo y Tributario, previo traslado a la parte actora de la expresión de agravios planteada por el GCBA (el que no fue contestado), resolvió "...rechazar el recurso de apelación interpuesto por la accionada y, en consecuencia, confirmar la sentencia de grado. Costas a la vencida..." (fs. 239/240 y fs. 242).

Concluyó de esa manera tras compartir —en lo sustancial— los argumentos vertidos por la señora fiscal de Cámara, a los que se remitió. Consideró, al compartir el dictamen de fs. 239/240, que atento el tiempo transcurrido desde la primera presentación de la actora del 15/2/1993 y que las actuaciones administrativas no habían sido resueltas, el plazo de prescripción de la acción se encontraba suspendido hasta tanto recayese un pronunciamiento expreso a su respecto. Y que si la demandada estimaba irrazonable que la prescripción quedase suspendida *sine die*, "...solo deberá emitir el acto administrativo que decida la cuestión. Ello pondrá fin a la suspensión de la prescripción y no parece arbitrario que el afectado pretenda una decisión fundada (conf. art. 22, inc. f, apart. 3º, LPACABA)...".

6. Contra lo decidido, el GCBA interpuso recurso de apelación ordinaria en los términos del art. 38, ley 402 y recurso de inconstitucionalidad.

La apelación fue concedida por la alzada en razón de que —tal como se desprendía de los términos del escrito de interposición del recurso presentado— la suma discutida en último término excedía el mínimo legal previsto en el art. 26, inc. 6º, ley 7, según la modificación introducida por la ley 189 (fs. 268). En los fundamentos de una decisión posterior (dictada al resolver sobre la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad, fs. 287/288) la Sala I aclaró que "el recurso concedido a fs. 268, lo es a efectos diferidos para la oportunidad de existir una decisión final contraria al allí recurrente" (punto V, fs. 288).

En oportunidad de fundar la apelación ordinaria articulada, el GCBA sostuvo que la sentencia cuestionada: *i)* se apartaba de la normativa vigente prevista para el caso, importando tal declaración, una sentencia equiparable a definitiva puesto que, de haber sentenciado conforme al derecho aplicable, la acción de repetición debería haber sido rechazada por hallarse prescripta; *ii)* causaba a su parte un gravamen de imposible reparación ulterior, en tanto le impediría en lo sucesivo discutir y controvertir lo atinente a la prescripción de la acción, cerrando todo debate en relación a este tópico; *iii)* afectaba irremediablemente

el debido proceso, desde que no habría "...posibilidad de reparación del perjuicio de tener que litigar en un caso donde no existe cuestión judiciable (...) Serán seguramente años de proceso, donde los profesionales de la Procuración General estarán abocados a la defensa de los intereses de la Ciudad, a los que habrá que abonarles sueldos y gastos, corriéndose el serio riesgo de que los mismos tengan que ser soportados por la Ciudad de Buenos Aires, a pesar que (...) la contraparte no posee acción para repetir porque la misma se encuentra prescripta"; *iv)* violaba el derecho constitucional de su parte a defenderse en juicio, por cuanto la Alzada se apartaba de las obligaciones a su cargo y dejaba de fundar una decisión de suma trascendencia; *v)* era arbitraria desde que no fundamentaba ni daba razones suficientes de por qué habría de aplicarse el dec. 1510/97 (de carácter general), mientras existía una norma especial que regulaba el instituto de la prescripción en relación a los tributos cuya repetición era objeto de esta acción; *vi)* prescindía de la intención del legislador, pues no era necesario el dictado de un acto expreso que resolviese el reclamo de repetición para tener por reanudado el término de prescripción, toda vez que el plazo se reanudaba de pleno derecho a partir del 1º de enero siguiente al año que se cumplieran los seis meses de presentado el reclamo; *vii)* dejaba de aplicar la norma del GCBA que regulaba la materia en debate (art. 12 de la ley 19.489), siendo ello contrario a la Constitución, tanto nacional, como local; lo que conculcaba los principios de legalidad, debido proceso, igualdad; y afectaba el régimen rentístico municipal, ocasionando gravedad institucional por ser arbitraria, según la terminología de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; *viii)* denotaba un apartamiento inequívoco de la solución normativa prevista para el caso, sin fundamento idóneo, lo que comportaba un acto irrazonable que violentaba el derecho de defensa en juicio de su representada; y *ix)* no sólo creaba un supuesto no previsto por ley, sino que confundía institutos perfectamente distinguibles (prescripción y caducidad).

También planteó el GCBA —en similares términos a los que motivaran el recurso de apelación ordinaria— el recurso de inconstitucionalidad (fs. 253/265 vta.). A los argumentos vertidos en la apelación ordinaria agregó que: *i)* no se pretendía la revisión de cuestiones de hecho, sino si era procedente o no la excepción de prescripción articulada por su parte con apoyo en lo dispuesto en el art. 12 de la ley 19.489 y en el marco de una acción de repetición de impuestos, que como tal se encontraban reglados por una ley específica; *ii)* el decisorio atacado ponía en juego la vigencia de una norma, la ley 19.489, efectuando una interpretación contraria a ella, lo que vulneraba el principio de legalidad y debido proceso; *iii)* se daba en el presente caso una colisión de normas que eran infraconstitucionales (ley 19.489 y dec. 1510-GCBA-97), no obstante, la prevalencia de una de ellas (dec. 1510-GCBA-97), por encima de la ley 19.489, que era la específica y concreta llamada a dirimir la cuestión, provocaba una

afectación indirecta a las garantías constitucionales (debido proceso, defensa en juicio, derecho de igualdad y propiedad); *iv)* la violación a la ley 19.489 configuraba la tipificación prevista por el art. 27 de la ley 402 para la interposición del recurso que planteaba; puesto que lo que debía determinarse es si la normativa tributaria podía ser dejada de lado para resolver la cuestión que se debatía; y *v)* lejos de constituir una decisión judicial fundada en ley, lo resuelto por la Alzada, en tanto desconocía "…lisa y llanamente el contenido del 'derecho al debido proceso'…", ostentaba "…serios defectos de fundamentación y razonamiento…" (el destacado es del original), descalificándola como acto jurisdiccional válido. Concluyó en que la interpretación que consagraba la sentencia en crisis resultaba arbitraria por no respetar el preferente régimen legal y específico que regulaba la prescripción de las acciones para exigir y repetir tributos, que era dejado de lado, en razón de la aplicación de una norma supletoria inserta en el régimen general de procedimientos administrativos (dec. 1510-GCBA-97), lo que producía una afectación directa a principios y garantías constitucionales (legalidad, defensa en juicio, igualdad y propiedad).

7. Ambos recursos fueron contestados por la actora (véase fs. 405/417: recurso de apelación ordinario y fs. 330/341 vta.: recurso de inconstitucionalidad).

8. A su turno, el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el GCBA fue rechazado por el *a quo* por considerar que la decisión recurrida no constituía una sentencia definitiva a los efectos de este recurso y que tampoco generaba —a su juicio— un agravio de imposible reparación ulterior. En cuanto a la tacha de arbitrariedad, juzgó que no se encontraban reunidos en el caso los extremos que habilitaban dicha causal. Puntualizó, además, que rechazaba el recurso, "… sin perjuicio de tener presente el escrito recursivo del Gobierno como manifestación expresa de no consentir lo decidido por la Sala con respecto a la excepción de prescripción…". Dejó aclarado, por otra parte, que "…de conformidad con los argumentos precedentemente esbozados, que el recurso concedido a fs. 268 [el de apelación ordinario], lo es a los efectos diferidos para la oportunidad de existir una decisión final contraria al allí recurrente…" (fs. 287/288).

9. Esto motivó la queja del GCBA (fs. 346/360 vta.). Se agravió de que la sentencia no diera razones con relación al tema traído a debate, ni explicara cuál sería la solución ulterior que se podría dictar, así como tampoco de qué manera se podría disipar el agravio que del fallo atacado se derivaba. No obstante dejar entrever que existiría una oportunidad procesal "ulterior" para revisar la sentencia, señaló el recurrente, dicha hipotética posibilidad, en realidad no existe, porque la decisión que desestimó la defensa de prescripción pasaría en autoridad de cosa juzgada. Insistió en que sí se estaba en presencia de un caso de arbitrariedad por haberse dejado de lado la norma que regía el caso y que, a

contrario de lo sustentado por la alzada, se había demostrado en forma concreta la afectación de derechos constitucionales, los que no fueron valorados por la Cámara de Apelaciones.

10. Requerido su dictamen, el señor fiscal general adjunto puntualizó —respecto del recurso de apelación ordinario— que la sentencia contra la que se dirigía no era de las definitivas, entendiéndose por éstas aquellas que ponían fin al litigio o impedían su continuación, sin que la invocación de un gravamen irreparable permitiese subsanar la ausencia de tal recaudo; por lo que concluyó que debía declararse mal concedido el recurso (fs. 421/422). En relación a la queja y al recurso de inconstitucionalidad denegado, propició el rechazo de la primera por entender que la decisión cuestionada no era definitiva, en tanto no ponía fin al proceso, no impedía su continuación, ni le causaba al recurrente un agravio de imposible o insuficiente reparación ulterior. En este sentido, no advertía "…cómo el hecho de disponer que una causa tramite pueda convertirse en su contrario, esto es, impedir la continuación del trámite, para, de esta forma justificar la admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad…". Consideró que tampoco se encontraba configurada la causal de arbitrariedad (fs. 379/381).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. El recurso ordinario de apelación fue indebidamente concedido. Es indisputable que el recurso ordinario no puede ser articulado contra el auto que resuelve como pronunciamiento previo y especial, esto es, como uno distinto al definitivo, que la acción no está prescripta (conf. "Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos", expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. lll, pp. 83 y ss.; y "Unión de Trabajadores de la Educación (U.T.E.) c/GCBA s/medida cautelar s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. n° 2593/03, sentencia del 21/4/2004, entre otros). A su turno, no comparto la opinión según la cual cabría reproducir el planteo al tiempo del pronunciamiento definitivo, porque, según ya he dicho, la decisión cuestionada no podrá formar parte de él [véase mi voto *in re* "Administración General de Puertos c/GCBA s/recurso de apel. jud. c/decis. DGR (art. 114, C.F.) s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. nº 5374/07, y sus acumulados "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Administración General de Puertos c/GCBA s/recurso de apel. jud. c/decis. DGR (art. 114, C.F.)'" y, expte. n° 5372/07, "GCBA s/queja por recurso de apelación ord. denegado en: 'Administración General de Puertos S.A. c/GCBA s/recurso de apelación judicial c/decis. DGR (art. 114, C.F.)'", expte. n° 5250/07, sentencia del 20/2/2008].

2. En cuanto a la queja planteada por el GCBA, ella no va a correr mejor suerte. La resolución respecto de la cuestión debatida (rechazo de la excepción de prescripción de la obligación reclamada en relación a ciertos períodos adeudados) no genera un agravio directamente impugnable en este estado del proceso por la vía del recurso de inconstitucionalidad, en tanto no se trata de una sentencia definitiva que agote la cuestión litigiosa en las instancias de grado. Al respecto resulta aplicable *mutatis mutandi* al recurso previsto por el art. 113, inc. 3°, CCBA, la doctrina de la CSJN que, refiriéndose a cuestiones susceptibles de abordaje por medio del recurso extraordinario, señala que, en su caso, "[l]as cuestiones federales resueltas por autos no definitivos, durante la tramitación del litigio, son susceptibles de conocimiento por la Corte en ocasión del recurso extraordinario que quepa deducir contra la sentencia final de la causa". (CSJN, *Fallos,* 303:1040; 305:1745, entre otros). Los fundamentos que brinda el GCBA no permiten apartarse de esta regla, pues omite acreditar por qué el pronunciamiento impugnado le provocaría un perjuicio de imposible o insuficiente reparación en una etapa ulterior del proceso. Más aun, cuando corresponde a quien recurre una decisión que no es "definitiva", la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal, para que se justifique la intervención del Tribunal en este estado del proceso. Es que no basta para ello con señalar, como lo hace el GCBA, que la "...hipotética posibilidad procesal, en realidad no existe, como se verá las normas procesales aplicables no contemplan otra posibilidad de reexaminar lo que resulta objeto de la excepción de prescripción, una vez que la misma ha sido rechazada en las diversas instancias procesales (...) el GCBA carece de una oportunidad ulterior de agraviarse de la sentencia desestimatoria de la defensa de prescripción opuesta que pasaría así en autoridad de cosa juzgada...". Tal manifestación es insuficiente ya que si el gravamen irreparable —según sostiene el GCBA— viene dado por la imposibilidad de revisar lo actuado en las etapas anteriores en oportunidad de impugnar la sentencia definitiva, forzoso es concluir —de cara a lo antes apuntado— que la irreparabilidad no es tal.

A lo que cabe agregar que, de conformidad con la jurisprudencia de la CSJN, la invocación de arbitrariedad y de violación de garantías constitucionales no suple la ausencia de sentencia definitiva (*Fallos,* 308:62; entre otros).

Para finalizar con este aspecto de los planteos del GCBA, cabe resaltar que —a diferencia de lo que sucede con el recurso ordinario— en caso de que se encuentren presentes el resto de los requisitos de admisibilidad del recurso de inconstitucionalidad, las cuestiones que intenta traer en esta etapa podrían ser reiteradas con la impugnación de la sentencia definitiva.

3. Por lo expresado en los puntos precedentes, y lo concordantemente dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por declarar mal concedido el recurso de apelación ordinario planteado por el GCBA contra la sentencia de

fs. 220/221 y rechazar la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado interpuesta por el GCBA contra el pronunciamiento de fs. 287/288.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. El recurso ordinario de apelación interpuesto a fs. 252 por el GCBA, demandado en la causa, fue incorrectamente concedido y remitido por la Cámara al Tribunal. Ello es así, toda vez que no ha sido dirigido contra una sentencia que revista el carácter de definitiva, entendiéndose por tal aquella que pone fin al litigio o impide su continuación, sin que la invocación de un gravamen irreparable permita subsanar la ausencia de tal recaudo (conf. "Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos", expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. lll, pp. 83 y ss.; y "Unión de Trabajadores de la Educación (U.T.E.) c/GCBA s/medida cautelar s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. n° 2593/03, sentencia del 21/4/2004, entre otros).

2. Resulta claro que, en el caso, la resolución de la Cámara que rechaza la excepción de prescripción opuesta por el apelante, se trata tan sólo de una decisión incidental que no pone fin al procedimiento, sino que, por lo contrario, ordena proseguirlo. Por ello, corresponde declarar mal concedido el recurso (véase mis votos en "Administración General de Puertos s/queja por denegación de recurso de apelación ordinario", expte. n° 1151/01, sentencia del 4/10/2001; "Latinoconsult S.A., Proel Sudamericana S.A., Arinsa S.A. (Unión Transitoria de Empresas) y otros c/GCBA s/otros", expte. n° 1243/01, resolución del 12/12/2001; y "Covimet S.A. c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 2570/03 y "Covimet S.A. s/queja por recurso de apelación ordinario denegado en 'Covimet S.A. c/GCBA s/medida cautelar'", expte. nº 2461/03, resolución del 17/12/2003).

3. La misma solución corresponde aplicar a la queja planteada por el GCBA, toda vez que el recurso de inconstitucionalidad ha sido interpuesto contra una resolución interlocutoria (según lo explicado antes), y el recurrente no invocó ni probó la existencia de un precepto constitucional que permita equiparar dicho pronunciamiento a una sentencia definitiva, categoría a la que refiere el art. 27 de la ley local 42 (véase mi voto en "Varela, José c/GCBA y otros s/daños y perjuicios (excepto resp. médica)", expte. nº 5741/08, resolución del 13/8/2008).

4. En cuanto al planteo de arbitrariedad, según lo he sostenido en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Farías, María Antonia c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)", expte. nº 3565/04, sentencia del 26/5/2005, es doctrina del TSJ que la mayoría

de los recursos fundados en esta llamada arbitrariedad de la sentencia están destinados al fracaso (conf. TSJ *in re* "Federación Argentina de Box c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 49/99, resolución del 25/8/1999 y sus citas en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, t. I, pp. 282 y ss., "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. nº 726/00, sentencia del 24/5/2001, *Constitución y Justicia*, [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 240 y ss., y "Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, CC —causa 555-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 912/01, sentencia del 5/12/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 749 y ss.), pues para los recursos limitados por los motivos —extraordinarios en nuestra jerga procesal, porque sólo proceden ante ciertos motivos de injusticia y dejan de lado otros—, esas decisiones, expresadas sintéticamente, aclaran que la mera discrepancia argumental con la sentencia recurrida no implica arbitrariedad o que la misma CSJN comprende a este motivo como excepcional, pues no tiene por objeto establecer una nueva instancia de mérito, ni corregir decisiones erróneas.

Asimismo, en la causa "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Lococo, Marcela c/GCBA s/empleo público (no cesantía ni exoneración)'", expte. nº 3792/05, sentencia del 29/6/2005, sostuve que la propia CSJN —creadora de esta doctrina—advierte que "la doctrina de la arbitrariedad posee un carácter estrictamente excepcional y exige, por tanto, que medie un apartamiento inequívoco de las normas que rigen el caso o una absoluta carencia de fundamentación (*Fallos,* 323:2879)", así como que la tacha de arbitrariedad debe ser apreciada estricta y restrictivamente pues, según ella misma lo ha dicho: "La doctrina de la arbitrariedad no tiene por objeto convertir a la Corte en un tribunal de tercera instancia ordinaria, ni corregir fallos equivocados (...) sino que atiende a cubrir casos de carácter excepcional en los que, deficiencias lógicas del razonamiento o una total ausencia de fundamento normativo, impidan considerar el pronunciamiento de los jueces ordinarios como la sentencia fundada en ley a que hacen referencia los arts. 17 y 18 de la C.N." (*Fallos,* 312:246, 389, 608, 1839, entre otros); este Tribunal, expte. nº 726/00 "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", sentencia del 24/5/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 240 y ss.; expte. nº 912 "Caballero, Jorge Alberto y otros s/art. 71, CC —causa 555-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", sentencia del 5/12/2001, *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. III, pp. 749 y ss.).

En el caso, el recurrente sólo se limita a manifestar genéricamente su disconformidad con la resolución impugnada, sin argumentar seriamente respecto

de los defectos de fundamentación y razonamiento que denuncia. A ello, cabe agregar, además, que aún en la hipótesis sostenida por la jurisprudencia de la CSJN, la invocación de arbitrariedad y de violación de garantías constitucionales no suple la ausencia de sentencia definitiva (*Fallos,* 308:62; entre otros).

5. En virtud de lo expuesto en los puntos precedentes y de conformidad con lo dictaminado por el señor fiscal general adjunto, voto por declarar mal concedido el recurso de apelación ordinario planteado por el GCBA contra la resolución de fs. 239/240 y 242, y rechazar la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado, interpuesta por el GCBA contra el pronunciamiento de fs. 287/288.

Los jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Ana María Conde dijeron:

1. El recurso ordinario de apelación fue incorrectamente concedido y elevado por la Cámara al Tribunal.

Este Tribunal tiene resuelto que, más allá del importe litigioso en cuestión en cada caso, el recurso ordinario de apelación sólo procede contra sentencias definitivas (*in re* "Playas Subterráneas S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/impugnación de actos administrativos", expte. n° 860/01, resolución del 9/4/2001, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, t. lll, pp. 83 y ss.; y "Unión de Trabajadores de la Educación (U.T.E.) c/GCBA s/medida cautelar s/recurso de apelación ordinario concedido", expte. n° 2593/03, sentencia del 21/4/2004, entre otros).

2. La decisión aquí cuestionada, al declarar no prescriptas determinadas sumas reclamadas y admitir la prosecución del juicio, no constituye sentencia definitiva (conf. este Tribunal *in re* "Droguería Americana S.A. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (Dirección Gral. de Rentas —resol. 7346-1991—) s/rec. de apel. jud. c/dec. DGR s/queja por denegación de apelación ordinaria", expte. n° 967/01, resolución del 28/6/2001). Esta situación parece haber sido advertida, tardíamente, por la Cámara —al considerar el recurso de inconstitucionalidad— ya que recién en esa oportunidad aclaró que "el recurso concedido a fs. 268, lo es a efectos diferidos para la oportunidad de existir una decisión final contraria al allí recurrente" (punto V, fs. 288, sin destacado en la sentencia transcripta). No obstante ello, la aclaración no se plasmó en la parte dispositiva de esa resolución, ni fue eficaz en el trámite posterior del recurso pues las actuaciones, en definitiva, se elevaron al Tribunal en virtud de la concesión efectuada anteriormente (véase providencia de fs. 299).

3. Aunque la sentencia atacada no es definitiva a los efectos del recurso ordinario de apelación ante el TSJ, la decisión del Gobierno de la Ciudad de apelarla manifiesta su voluntad de no consentirla. Como lo señalara el juez Guillermo Muñoz en los autos "GCBA s/recurso de apelación ordinario" en:

"Latinoconsult S.A., Proel Sudamericana S.A., Arinsa S.A. (Unión Transitoria de Empresas) y otros c/GCBA s/otros", expte. n° 1243/01, resolución del 12/12/2001, "El planteo sólo vale como una apelación diferida en la cual se expresa la disconformidad con una decisión que, en esta etapa del proceso, no puede ser examinado por el Tribunal".

Ahora bien, en tanto las partes ya han expresado y contestado agravios, de acuerdo con la jurisprudencia de este estrado —en anterior composición, con el voto conjunto del juez José O. Casás y las juezas Alicia E. C. Ruiz y Ana María Conde en la causa "Administración General de Puertos (A.G.P.) s/queja por recurso de apelación ord. denegado", expte. nº 1151/01, resolución del 4/10/2001— en situaciones como ésta corresponde: *a)* tener presente el recurso interpuesto en tiempo y forma, y *b)* diferir su examen para el momento procesal pertinente, una vez dictada la sentencia definitiva por la Cámara, en tanto subsistan, se mantengan y fundamenten los agravios del recurrente ante este estrado (conf. en sentido semejante, CSJN, "S.A. Celulosa Argentina v. Nación Argentina", *Fallos,* 188:393). Ello así, siempre que se encuentren satisfechos, en dicha circunstancia, los requisitos exigidos por la ley 402, art. 38 y sus remisiones.

4. En cuanto a la queja planteada por el GCBA, ella no va a correr mejor suerte. La resolución respecto de la cuestión debatida (rechazo de la excepción de prescripción de la obligación reclamada en relación a ciertos períodos adeudados) no genera un agravio directamente impugnable en este estado del proceso por la vía del recurso de inconstitucionalidad, en tanto no se trata de la sentencia definitiva que agote la cuestión litigiosa en las instancias de grado. Al respecto resulta aplicable mutatis mutandi al recurso previsto por el art. 113, inc. 3°, CCBA, la doctrina de la CSJN que, refiriéndose a cuestiones susceptibles de abordaje por medio del recurso extraordinario, señala que, en su caso, "[l]as cuestiones federales resueltas por autos no definitivos, durante la tramitación del litigio, son susceptibles de conocimiento por la Corte en ocasión del recurso extraordinario que quepa deducir contra la sentencia final de la causa". (CSJN, *Fallos,* 303,1040; 305,1745, entre otros). Los fundamentos que brinda el GCBA no permiten apartarse de esta regla, pues omite acreditar por qué el pronunciamiento impugnado le provocaría un perjuicio de imposible o insuficiente reparación en una etapa ulterior del proceso. Más aun, cuando corresponde a quien recurre una decisión que no es "definitiva", la carga de invocar y probar las circunstancias que permitan equipararla a tal, para que se justifique la intervención del Tribunal en este estado del proceso. Es que no basta para ello con señalar, como lo hace el GCBA, que la "...hipotética posibilidad procesal, en realidad no existe, como se verá las normas procesales aplicables no contemplan otra posibilidad de reexaminar lo que resulta objeto de la excepción de prescripción, una vez que la misma ha sido rechazada en las diversas

instancias procesales (...) el GCBA carece de una oportunidad ulterior de agraviarse de la sentencia desestimatoria de la defensa de prescripción opuesta que pasaría así en autoridad de cosa juzgada...". Tal manifestación es insuficiente ya que si el gravamen irreparable —según sostiene el GCBA— viene dado por la imposibilidad de revisar lo actuado en las etapas anteriores en oportunidad de impugnar la sentencia definitiva, forzoso es concluir —de cara a lo antes apuntado— que la irreparabilidad no es tal.

A lo que cabe agregar que, de conformidad con la jurisprudencia de la CSJN, la invocación de arbitrariedad y de violación de garantías constitucionales no suple la ausencia de sentencia definitiva (*Fallos,* 308:62; entre otros).

5. En otro orden de ideas, sabido es que el recurso de queja debe satisfacer la carga procesal consistente en realizar una crítica concreta y fundada del auto denegatorio del recurso de inconstitucionalidad (conf. el Tribunal *in re* "Fantuzzi, José Roberto y otro s/art. 57 bis —causa n° 665-CC/2000— s/queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. nº 865, resolución del 9/4/2001) y rebatir argumentativamente los fundamentos por los cuales la Cámara decidió no concederlo —en el caso, ausencia de sentencia definitiva, o que genere un agravio de imposible reparación ulterior—. Y a poco que se repare, como se vio, el recurrente no logró conmover lo afirmado por la Alzada; por lo que tal circunstancia obsta a la procedencia del recurso deducido, desde que la presentación resulta privada del fundamento mínimo tendiente a demostrarla (*Fallos,* 290:391; 293:166; 302:502; 304:332; 307:723; 308:2263; 311:2338).

6. Por lo expresado en los puntos precedentes, y lo concordantemente dictaminado por el señor fiscal general adjunto, votamos por: *a)* declarar mal concedido el recurso de apelación ordinario planteado por el GCBA contra la sentencia de fs. 220/221; *b)* tener presente el recurso ordinario de apelación del GCBA y diferir el examen de su admisibilidad de acuerdo a lo señalado en el punto 3 de este voto; y *c)* rechazar la queja interpuesta por el GCBA contra el pronunciamiento de fs. 287/288.

Por ello, concordantemente con lo dictaminado por el fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Declarar* mal concedido el recurso de apelación ordinario planteado por el Gobierno de la Ciudad Buenos Aires contra la resolución de fs. 220/221.

2º. *Tener presente* el recurso ordinario de apelación del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires y diferir el examen de su admisibilidad de acuerdo

a lo señalado en el punto 3 del voto conjunto de los jueces Alicia E. C. Ruiz, José O. Casás y Ana María Conde.

3º. *Rechazar* la queja por recurso de inconstitucionalidad denegado interpuesta por el Gobierno de la Ciudad Buenos Aires contra el pronunciamiento de fs. 287/288.

4º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se devuelva el principal con la queja.

Fdo.: *Ana María Conde, Luis F. Lozano, Alicia E. C. Ruiz, Julio B. J. Maier y José O. Casás.*

CVI

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'YEBRA RODRÍGUEZ, JOSÉ S/INF. 6.1.9, PLACAS DE DOMINIO LEY 451'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Sentencia definitiva. Gravamen irreparable.
RÉGIMEN DE FALTAS: Ministerio Público Fiscal. Legitimación procesal.

SUMARIOS:

1. El hecho de que la Cámara no consienta la explicación del Ministerio Público Fiscal al desistir del recurso, de manera alguna quiere significar que ese desistimiento sea un acto infundado. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Corresponde rechazar el recurso de queja porque el recurso de inconstitucionalidad que lo precede no se encuentra dirigido contra una sentencia definitiva conforme lo exige el art. 27 de la ley 402, y la Fiscalía tampoco ha dado razones que autoricen, con fundamento en los derechos constitucionales que invoca, a considerar que la resolución impugnada pueda ser equiparada a definitiva. *(Voto de la señora jueza Alicia E. C. Ruiz).*

3. No se puede considerar que el pronunciamiento que origina la queja constituya una sentencia equiparable a definitiva, ya que la decisión atacada podría posibilitar un ejercicio ulterior de las potestades a cargo del Ministerio Público Fiscal, y además, uno mayor que aquel que resultaba de la declaración de incompetencia que fue revocada por el *a quo*, y los agravios vertidos tampoco demuestran que la sentencia impugnada provoque un perjuicio irreparable que permita equipararla con una definitiva. *(Voto del señor juez Luis F. Lozano, al que adhieren los señores jueces José O. Casás y Ana María Conde).*

4. En materia de faltas, no hay ninguna norma como las que existen en materia contravencional o penal respecto de la legitimación del Ministerio Público Fiscal, ni remisión supletoria a otro ordenamiento procesal en ese punto, que permitan determinar si dicho Ministerio se encuentra o no legitimado para interponer los recursos ante el Tribunal Superior de Justicia, o si dichos remedios procesales de carácter excepcional se encuentran solamente previstos para el infractor. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

5. El "procedimiento judicial de faltas" (Título II, ley 1217) haya sido legalmente estructurado y organizado sobre la base de una posible prescindencia de la intervención del Ministerio Público Fiscal, lo que tiende a relativizar, minimizar o debilitar el interés que podría caberle a un fiscal en los procesos seguidos por la infracción al Régimen de Faltas (Ley 451). *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

Expte. nº 6140/08 - 29/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El titular de la Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia Penal, Contravencional y de Faltas N° 1 interpuso recurso de queja (fs. 22/32) contra la decisión de la Sala I de la Cámara (fs. 18/20) que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad agregado a fs. 8/17. Mediante esa presentación el recurrente cuestionó la resolución que, por un lado, declaró la nulidad del dictamen a través del cual desistió de una apelación presentada por la señora fiscal de la instancia anterior y, asimismo, revocó la resolución recurrida, aceptó la competencia del fuero Contravencional y de Faltas para intervenir en esta causa, y ordenó remitir las actuaciones a la Dirección General Administrativa de Infracciones.

La apelación que había interpuesto la fiscalía atacaba la decisión de la jueza de primera instancia que, frente a la remisión de ciertas actuaciones por parte del fuero en lo Criminal y Correccional del Poder Judicial de la Nación, rechazó la competencia de la Ciudad para investigar los hechos que motivaron este proceso. Según entendió la magistrada, la conducta investigada en esta causa podía constituir el delito previsto en el art. 289, inc. 3°, del C.P., en lugar de una infracción al Código de Faltas.

2. En su recurso de inconstitucionalidad la fiscalía señaló que la decisión atacada afectó la autonomía funcional del Ministerio Público y que resultaba arbitraria.

Resumidamente, indicó que la Sala I, no obstante el desistimiento fundado que efectuó la Fiscalía de Cámara respecto del recurso de apelación presentado

en primera instancia (art. 33, inc. 1º, ley 1903), declaró incorrectamente la nulidad del dictamen y dictó sentencia cuando, en rigor, carecía de jurisdicción para hacerlo. En el mismo sentido, consideró que la decisión de la Cámara no constituía un acto jurisdiccional fundando en la ley y que, a su vez, aquella sentencia afectó la garantía del debido proceso.

3. Los integrantes de la Sala I declararon inadmisible el recurso de inconstitucionalidad intentado porque, aunque consideraron que la decisión atacada era equiparable a la sentencia definitiva que menciona el art. 27 de la ley local 402, sostuvieron que el recurrente no había logrado exponer un caso constitucional.

4. El fiscal general adjunto —en su dictamen agregado a fs. 36/40— solicitó al Tribunal que haga lugar a la queja y al recurso de inconstitucionalidad presentados por el señor fiscal de Cámara. Señaló, para fundar esa petición, que la queja cumplía con los requisitos previstos en la ley local 402 y que el recurso de inconstitucionalidad demostraba la arbitrariedad de la sentencia cuestionada. Sobre este punto remarcó que la Sala I había dictado una resolución sin considerar el desistimiento fundado de la parte recurrente y que, por lo tanto, esa decisión afectó las facultades propias del Ministerio Público Fiscal.

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Parece mentira lo que han logrado seis funcionarios judiciales —sin contar los de extraña jurisdicción— con un caso de los llamados N.N. (autor desconocido). El caso se presenta como una discusión (puramente académica o, al menos, similar a ella) acerca de la posibilidad de la comisión del delito previsto en el art. 289, inc. 3°, C.P., o de la falta prevista en el art. 6.1.9 de la ley local 451. Adviértase que, al desconocerse quién puede ser el autor, no habrá posibilidad de afirmar un hecho como cierto y es por ello que el caso se asemeja a uno de laboratorio, de aquellos que se acostumbra a resolver académicamente.

2. Pero ya que la cuestión se presentó así, intentemos jugar el juego poco serio al que nos vemos sometidos. La verdad es que, dado el caso, tanto el posible delito como la falta posible son infracciones de "acción pública", de manera tal que tanto el juez nacional interviniente, como la jueza contravencional y, en nuestro caso, el controlador de faltas, según la ley procesal deben intervenir para determinar el hecho real cometido. Eventualmente, puede suceder que no exista obstáculo alguno para que la justicia nacional juzgue un delito y la Ciudad aplique su ley de faltas: así lo ordenaba el antiguo "Código de Procedimientos en lo Criminal para la Justicia Federal y los tribunales de la Capital y territorios

nacionales", en su art. 7º; se trata, según la doctrina, de la carencia de la tercera identidad —*eadem causa petendi*— como requisito propio del principio *ne bis in idem*; en idioma coloquial, una excepción —al lado de otras— racional a la aplicación del principio citado.

3. Según se observa, todo el conflicto es, a mi juicio, una ilusión y tal ilusión no tiene asidero alguno en la aplicación de una regla constitucional; no lo tiene ahora, antes de determinar cuál es la acción sucedida y quiénes son sus protagonistas y, aparentemente, no lo tendrá en el futuro, conforme a la explicación académica que he dado.

4. Por otra parte, agrego que el hecho de que la Cámara no consienta la explicación del Ministerio Público Fiscal, al desistir del recurso, de manera alguna quiere significar que ese desistimiento sea un acto infundado (véase mi voto en "Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales s/recurso de inconstitucionalidad concedido", expte. nº 5427/07 y su acumulado "Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/otros procesos incidentales' en 'Skiba, Juan Andrés c/GCBA s/daños y perjuicios [excepto resp. médica]'", expte. nº 5381/07, sentencia del 12/3/2008).

5. Frente a estas explicaciones huelga decidir en este caso sobre la legitimación del Ministerio Público Fiscal para recurrir ante el Tribunal en este proceso.

6. Corresponde, por lo expuesto, rechazar el recurso de queja.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

1. Comparto la solución que propone el juez de trámite, Julio B. J. Maier, en el sentido de que corresponde rechazar la queja que interpusiera el Ministerio Público Fiscal (fs. 22/32).

2. El recurso de inconstitucionalidad, que precede al recurso de hecho, no se encuentra dirigido contra una sentencia definitiva conforme lo exige el art. 27 de la ley 402. En efecto, la resolución en cuestión (fs. 4/6) declaró la nulidad del dictamen fiscal de fs. 1/3, revocó la declaración de incompetencia dispuesta por la jueza de primera instancia, aceptó la competencia del Fuero Penal, Contravencional y de Faltas para intervenir en la causa y ordenó la remisión de las actuaciones a la Dirección General Administrativa de Infractores.

La Fiscalía tampoco ha dado razones que autoricen, con fundamento en los derechos constitucionales que invoca, a considerar que la resolución de fs. 4/6 pueda ser equiparada a definitiva.

La recurrente se limitó a señalar que la decisión en crisis "...al declarar la competencia de este fuero para entender en la causa —sin jurisdicción— ha

resuelto de modo definitivo sobre el punto, siendo irrevisable ello en la sentencia definitiva y no siendo susceptible de revisión por otra instancia local ordinaria" (fs. 9). Sus dichos no alcanzan a superar el obstáculo aludido (ausencia de pronunciamiento definitivo). Más aun cuando, como ocurre en el caso, no denunció afectación alguna a derechos constitucionales del imputado.

3. Voto, en consecuencia, por el rechazo de la queja interpuesta.

El juez Luis F. Lozano dijo:

Las resoluciones que deciden cuestiones de competencia, por regla, no constituyen sentencia definitiva a los efectos del recurso de inconstitucionalidad. En cambio, es equiparable a tal, la resolución que suponga sustraer una causa de la jurisdicción local (conf. TSJ *in re* "Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires c/Soto, Alberto Sabino s/recurso de queja s/sumarísimo", expte. n° 726/00, resolución del 21/3/2001). También lo sería aquella que importe la denegatoria del fuero federal, porque su eventual revisión por la CSJN en la vía extraordinaria, exige que el debate sobre el punto fenezca ante el Superior Tribunal de la jurisdicción local (*Fallos,* 306:480 y 311:2478).

En tal contexto, no puede considerarse que el pronunciamiento que origina la queja constituya una sentencia equiparable a definitiva —como sostuvo el *a quo*—, pues declaró la competencia del Fuero Contravencional y de Faltas para intervenir en la causa y ordenó remitir las actuaciones a la Dirección General Administrativa de Infracciones. Cualquiera sea el acierto o error de ese pronunciamiento, la decisión atacada podría posibilitar un ejercicio ulterior de las potestades a cargo del Ministerio Público Fiscal y, además, uno mayor que aquel que resultaba de la declaración de incompetencia que fue revocada por el *a quo*. Por lo tanto, los agravios del recurrente tampoco demuestran que la sentencia impugnada provoque un perjuicio irreparable que permita equiparar la sentencia impugnada con una definitiva.

Al margen de la opinión que pudiera suscitar el derrotero procesal que la Sala I PCyF imprimió a las actuaciones, lo cierto es que el recurso intentado no otorga al Tribunal potestades para revisar cualquier sentencia sino, por regla, las que cumplen los requisitos previstos por el art. 27 de la ley 402. Esa exigencia no es soslayable en función de la gravedad de los defectos del pronunciamiento si no está en juego un derecho que el ordenamiento jurídico reconozca como precisado de tutela inmediata. Tal supuesto no sólo no aparece configurado en autos, sino que resulta difícil de imaginar como investido en el ministerio público fiscal de la Ciudad, o confiado a su defensa, ante un pronunciamiento que resolvió una cuestión de competencia a favor de la jurisdicción de la Ciudad que lo instituye.

Por las razones dadas, voto por rechazar la queja articulada en autos.

El juez José O. Casás dijo:

Adhiero al voto del doctor Luis F. Lozano, pues los argumentos que expone bastan para decidir el rechazo de la queja interpuesta a fs. 22/32.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Adhiero al fundado voto de mi colega Luis F. Lozano. Ello así, sin perjuicio de considerar que en autos la cuestión relativa a la legitimación procesal del interesado se presenta —algo— dudosa. En efecto, dado que la discusión sometida a consideración del Tribunal radica en establecer si esta Ciudad es competente a raíz de la calificación legal elegida para la conducta investigada, es decir, si se trata de una falta administrativa como lo afirma la Cámara para sostener su radicación en sede local (art. 6.1.9, ley 451) o si se trata de un delito de competencia de la justicia nacional como lo afirma el Fiscal de Cámara (art. 289, inc. 3º, C.P.), la ley procesal que correspondería aplicar a esta causa no estaría determinada aún con carácter definitivo, pues dependería necesariamente de dicha discusión: en un caso la ley 1217, o, si se tratara de un delito, el CPP local (ley 2303) o el CPPN según el fuero al que le correspondería su investigación y juzgamiento. De allí que el Fiscal de Cámara, para fundar su aptitud procesal para acceder a este estrado, se refiera indistintamente a estos ordenamientos. Sin embargo, en mi concepto, la situación difiere según cuál de ellos se entienda aplicable, por las razones que expondré a continuación.

Ya he fijado opinión a favor de conceder legitimación al representante del Ministerio Público Fiscal en las causas penales (*in re*, "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en autos 'Saavedra, Walter Ernesto s/inf. art. 81 del CC —oferta y demanda de sexo en espacio público—'", expte. nº 6230, sentencia del 12/2/2009) pero también me he pronunciado por negársela en las causas contravencionales, sea que lo haga en perjuicio o en beneficio del contraventor (*in re*, "Rodríguez, Paulo Federico y Ball, Gustavo Matías s/art. 78 —carreras en la vía pública— s/recurso de queja", expte. n° 110/99, resolución del 22/10/1999; o, entre otras, "Pariasca, Lucio León Eloy s/art. 47 s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 339/00, resolución del 5/9/2000).

Ahora bien, no había tenido hasta el momento oportunidad de explicar mi criterio sobre esta cuestión en una causa en la que se persigue o juzga la comisión de una falta administrativa y, para disipar toda duda, adelanto que me inclino por no conceder legitimación procesal al Ministerio Público Fiscal. El fundamento que utilicé para negar o reconocer ese extremo en las causas contravencionales y penales provenía directa y expresamente de las normas procesales aplicables a esas materias (arts. 53, ley 12, y 267, ley 2303) porque consideré

que tal situación había sido contemplada claramente por el legislador local o por lo menos era posible inferir cuál había sido su voluntad. En materia de faltas, por lo contrario, no hay ninguna norma de esta clase, ni remisión supletoria a otro ordenamiento procesal en ese punto, que permitan derivar cuál debe ser la situación procesal del Ministerio Público Fiscal frente a los recursos que pueden interponerse ante el Tribunal Superior de Justicia, es decir, si se encuentra o no legitimado para deducirlos o si dichos recursos de carácter excepcional se encuentran solamente previstos para el infractor. De cara a todo ello no parece razonable, coherente, ni aconsejable restringir la efectiva participación de ese Ministerio en la materia contravencional y no hacerlo en otra que —objetivamente analizada, en su conjunto— reviste una menor trascendencia o entidad. El criterio que propicio, entonces, a falta de una norma expresa que resuelva la cuestión, es el de la razonabilidad.

Esta solución no varía a la luz de la ley que regula los procedimientos ante el Tribunal (Nº 402), pues ésta sólo se refiere a "las partes interesadas" en la controversia y a la posibilidad de darles la oportunidad de opinar sobre los planteos realizados por la contraria, oportunidad que el Ministerio Público Fiscal tiene legalmente garantizada en función de la ley 1903 (art. 29, inc. 1º), mas no regula por sí sola quién o quiénes son los actores facultados para recurrir al Tribunal. En cuanto al "interés" que, eventualmente, podría tener o perseguir el Ministerio Público Fiscal en la proposición de planteamientos de excepción ante el Tribunal cobra fundamental importancia el hecho de que el "procedimiento judicial de faltas" (Título II, ley 1217) haya sido legalmente estructurado y organizado sobre la base de una posible prescindencia de la intervención del Ministerio Público Fiscal —p. ej., el art. 41, *in fine*, ley 1217, en cuanto lo autoriza directamente a no intervenir en el proceso o el art. 17, inc. 3º, ley 1903, que no lo obliga a "[p]romover y ejercitar la acción pública" de faltas, como sí lo obliga con relación a las contravenciones o los delitos—. En este sentido, esta potencial prescindencia, sobre cuyo acierto o desacierto no corresponde expedirse en autos, tiende a relativizar, minimizar o debilitar el interés que podría caberle a un fiscal en los procesos seguidos por la infracción al Régimen de Faltas (ley 451), prescindencia y escaso interés que el legislador debió tener presente, muy probablemente, en razón de la menor relevancia de este universo de conductas ilícitas.

Por ello, entiendo que los representantes del Ministerio Público Fiscal no se encuentran habilitados para peticionar la intervención de este Tribunal Superior de Justicia en las causas de faltas, al margen de que no sea éste el motivo del rechazo de su presentación.

Así lo voto.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general adjunto,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 22/32.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja, junto con las actuaciones principales, a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

CVII

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 2— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'SACACA, BENITO GABRIEL S/INFR. ART. 111, CC —CONDUCIR EN ESTADO DE EBRIEDAD O BAJO LOS EFECTOS DE ESTUPEFACIENTES'"

RECURSO DE QUEJA. PROCESO CONTRAVENCIONAL: Suspensión del proceso a prueba. MINISTERIO PÚBLICO FISCAL: Legitimación procesal.

SUMARIOS:

1. Las garantías expuestas en el art. 13 de la CCBA se refieren a la seguridad del individuo que es perseguido penal o contravencionalmente, y no es posible hacer uso de esas garantías con el fin de privar al imputado de un beneficio concedido. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

2. Se debe rechazar el recurso de queja pues la ley que resuelve la suspensión del procedimiento a prueba concede al juez la facultad de decidir acerca del beneficio, como también le concede otras facultades de decisión sobre la libertad, la condena o la absolución, aunque el Ministerio Público se oponga a su ejercicio en un determinado sentido. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier).*

3. Corresponde rechazar el recurso de queja porque el Ministerio Público Fiscal carece de legitimación procesal para recurrir ante el Tribunal en función de lo dispuesto por el art. 53 de la ley 12, y las garantías constitucionales invocadas

como fundamento del recurso fiscal no pueden ser opuestas por su parte dado que no están concebidas para proteger al Estado de sí mismo, sino para y a favor de los imputados. *(Voto de la señora jueza Alicia. E. C. Ruiz).*

4. Cuando se trata de un proceso contravencional, el art. 53 de la ley 12, como regla general no concede al fiscal en el marco de su rol de acusador, posibilidad alguna de recurrir ante el Tribunal Superior por vía del recurso de inconstitucionalidad, y derivado de ello, tampoco por la vía de la queja (incs. 4º y 5º del art. 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ya que la letra de ese artículo surge claramente que el único habilitado es el contraventor. *(Voto del señor juez José O. Casás, al que adhiere la señora jueza Ana María Conde).*

5. Los integrantes del Ministerio Público Fiscal no tienen posibilidad de acudir ante este Tribunal por medio de un recurso de inconstitucionalidad —o de la correspondiente queja— cuando se trata de una causa contravencional, pues la ley procesal que gobierna la materia no los habilita para hacerlo, sino que confiere ese derecho al contraventor. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

6. El hecho de que la ley procesal conceda al agente fiscal un recurso de apelación (art. 51 de la ley 12) contra la sentencia de primera instancia —sea absolutoria o condenatoria— y no le reconozca la posibilidad de deducir un recurso de inconstitucionalidad (art. 53 de la ley 12) contra la sentencia de Cámara no lesiona garantía alguna y es una cuestión de política legislativa meramente local que resulta extraña al remedio extraordinario federal. *(Voto de la señora jueza Ana María Conde).*

7. La decisión de los jueces de mérito que accedió al pedido de suspensión del proceso a prueba a pesar de la oposición expresa del fiscal, configura un manifiesto exceso jurisdiccional, en virtud del cual la potestad de impulsar o no la acción contravencional queda reivindicada como propia del juez, para quien no es vinculante la opinión del fiscal, quien como consecuencia es sustituido y privado de decidir sobre el ejercicio de aquella acción, para la que estaba investido privativamente el Ministerio Público Fiscal. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

8. La razón por la que la suspensión del proceso a prueba está sometida a resolución del juez no es para controlar la decisión del fiscal de impulsar o no la acción, cosa que le incumbe al Ministerio Público, sino para asegurar que un acuerdo que genera cargas para el procesado e impedimento de impulsar la acción para el fiscal sea celebrado cuando se dan ciertas condiciones cuya concurrencia le la ley hace examinar al juez. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

9. Establecido el significado que a la luz de la Constitución de la CCBA (arts.13, inc. 3º y 106) corresponde atribuir al art. 45 del CC, resulta evidente que los jueces de mérito no pueden afirmar válidamente que la opinión del fiscal no es vinculante para decidir acerca de la concesión de la suspensión del proceso a prueba, por lo que corresponde revocar las decisiones que motivaron el recurso fiscal. *(Voto en disidencia del señor juez Luis F. Lozano).*

Expte. nº 6235/08 - 29/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El juez de primera instancia no hizo lugar al pedido de suspensión del proceso a prueba efectuado por la defensa, por no existir el acuerdo de partes previsto en el art. 45 de la ley 1472, ante la expresa oposición de la representante del Ministerio Público Fiscal (fs. 6). Apelada esa decisión por la defensa (fs. 7/12), la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas revocó el pronunciamiento (fs. 18/20).

2. Contra esa decisión la señora fiscal ante la Cámara interpuso recurso de inconstitucionalidad (fs. 21/26) y se agravió por entender que la alzada, al considerar que se puede suspender el juicio a prueba sin contar con el acuerdo del fiscal "resolvió excediendo sus atribuciones, desvirtuando su correcta actuación jurisdiccional y en clara violación a la reglas de derecho (art. 45, CC) y los principios constitucionales (...)" que estimó aplicables. A su turno, la denegatoria del remedio intentado (fs. 29/31), motivó la articulación de esta queja (fs. 33/40).

En esta presentación directa, la recurrente reiteró que por mandato constitucional sólo corresponde al Ministerio Público Fiscal "la promoción y ejercicio de la acción pública". En tal sentido, sostuvo que "(...) cuando el fiscal expresó su oposición a la suspensión del proceso, lo que manifestó fue su voluntad de continuar ejerciendo la acción y puesto que la suspensión del proceso a prueba no es otra cosa que la suspensión del ejercicio de la acción contravencional, los señores jueces de la Cámara que carecen de poderes autónomos para su promoción y ejercicio, tampoco tienen ni pueden tener poder de decisión sobre la suspensión de ese ejercicio" (fs. 38). Además, la recurrente solicitó "se declare el efecto suspensivo de la interposición de la presente queja, conforme lo dispuesto en el art. 33 de la ley 402, todo ello a efectos de que no se torne abstracto el tratamiento del recurso de inconstitucionalidad oportunamente interpuesto" y para que "no se torne abstracta la reserva de caso federal oportunamente realizada" (fs. 40).

3. El señor fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, mantuvo el recuso deducido (fs. 44/49).

4. A fs. 55 la Sala I PCyF elevó las actuaciones principales requeridas en estas actuaciones (fs. 51). La compulsa del legajo muestra, para lo que ahora importa, que el juez de primera instancia en función de lo decidido mediante el pronunciamiento ahora cuestionado, corrió vista al fiscal para que "manifieste

en qué condiciones considera procedente se le otorgue a Benito Gabriel Sacaca el beneficio de la suspensión del proceso a prueba" (fs. 54 autos principales). El cotitular de la Fiscalía Nº 12, sin perjuicio de recordar la oposición oportunamente manifestada, enumeró las reglas que estimó pertinentes. A su turno, la defensa se opuso y mantuvo las originalmente ofrecidas (fs. 60 autos principales). Finalmente, ante la divergencia mantenida por las partes, el juez escogió las reglas de conducta a cumplir durante la probation (fs. 61/63, autos principales).

FUNDAMENTOS:

El juez Luis F. Lozano dijo:

1. Al revocar la sentencia de primera instancia que había rechazado la posibilidad de suspender el juicio a prueba en los términos del art. 45 del CC, por falta de acuerdo entre la defensa y el fiscal, la Sala I de la CPCyF sostuvo que de la norma citada se desprende que "(...) el instituto en cuestión consiste en un derecho para el imputado, quien posee la facultad acordada por la ley sin que ella pueda ser negada en la práctica mediante una oposición, lisa, llana, e incondicionada a la procedencia de dicho acuerdo, si se dan los requisitos legales". Agregó luego que si bien "(...) la tarea que la ley asignó al órgano jurisdiccional se limita a resolver sobre dicho acuerdo reservándose la facultad de no aprobarlo cuando tuviere fundados motivos para estimar que alguno de los intervinientes no estuvo en igualdad de condiciones para negociar o ha actuado bajo coacción o amenaza (...) se advierte que la ley no previó solución para los supuestos en los cuales la facultad legalmente reconocida al imputado para acordar la suspensión del juicio a prueba no pueda ser ejercida debido a la existencia de una drástica oposición a la procedencia de dicho derecho, omisión que no puede resultar equivalente a negar el derecho en tales supuestos". En tal contexto estimó que ni "(...) una disconformidad fiscal infundada" ni la invocación por ese ministerio de fundamentos "ilegítimos o irrazonables" para el caso "impide que el juez (...) conceda la suspensión del proceso a prueba". Así entonces, el *a quo* estimó que "(...) no resultando vinculante la opinión de la fiscal para decidir acerca de la probation, cabe revocar la resolución recurrida en cuanto rechaza la concesión de aquella por falta de acuerdo de parte, y disponer que ese magistrado evalúe los recaudos previstos en el art. 45 CC para su procedencia, como así también si las pautas de conducta elegidas por el encartado se adaptan en el caso para el logro de la finalidad del instituto" (fs. 19/20).

2. El modo en que ha quedado resuelta la cuestión que motivó la intervención del *a quo* configura, por las razones que luego desarrollaré en profundidad, un manifiesto exceso jurisdiccional. Las atribuciones y el margen de control que los jueces se atribuyeron en relación con el instituto de la probation excede el que marca la ley (art. 45, CC) y permite la CCBA (art. 13, inc. 3º). La distorsión

provocada llega a tal punto que la potestad de impulsar o no la acción contravencional queda reivindicada como propia del juez. No es otra la consecuencia de propiciar que, en esta materia, la opinión del fiscal no es vinculante para el magistrado y que, por ello, es posible conceder la suspensión de un juicio a prueba aunque el fiscal no hubiera prestado su conformidad para celebrar el acuerdo. Se trata, en definitiva, de sustituir al fiscal y privarlo de la posibilidad de decidir sobre el ejercicio de la acción contravencional para lo cual estaba investido privativamente ese Ministerio Público.

La gravedad de la cuestión cobra dimensión si se advierte que el resultado que engendra la tesitura de la Cámara —que no es otro que ampliar el ámbito de actuación de los jueces a expensas del ministerio al que compete decidir sobre el ejercicio de la acción—, por su contenido y alcance, sólo podría derivar de una norma. El efecto no es el de una sentencia que resuelve un caso desacertadamente sino, en cambio, el de una que permitirá apartarse sistemáticamente de la ley y la CCBA.

En tal sentido, resulta evidente que la decisión de la Cámara compromete de modo principal la inteligencia asignada a cláusulas de la CCBA (arts. 13, inc. 3º y 106) cuya interpretación en última instancia corresponde a este estrado (art. 113, inc. 2º, de la CCBA).

3. Por un lado, entonces, el pronunciamiento de autos remite al análisis de cuestiones de índole constitucional que, además, revisten influencia determinante para el normal desarrollo de la función jurisdiccional. Sin embargo, por otro, la solución del punto en esta instancia quedaría clausurada por las limitaciones que impone, en materia recursiva, el art. 53 de la ley 12.

Nótese que las facultades cuyo ejercicio se han arrogado los jueces de la causa recortan el ámbito de actuación del Ministerio Público Fiscal, en particular el poder de suspender o no el ejercicio de la acción contravencional mediante la *probation*. En tales condiciones, cuando el acusador público defienda el ejercicio de las potestades afectadas por el pronunciamiento impugnado no vendrá a obrar a favor del imputado ni, por regla, pondrá en juego la decisión de cuestiones federales; únicos supuestos en los que se ha admitido su legitimación para articular el recurso de inconstitucionalidad y la queja por su denegatoria en consonancia con lo previsto por la norma procesal ya citada (conf. mi voto *in re* "Ministerio Público —Fiscal de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Santana, Ángelo Martín s/inf. art. 85, CC —portar armas no convencionales en la vía pública sin causa que lo justifique— apelación'", expte. nº 6065/08, sentencia del 24/9/2008).

A su vez, dado que el Ministerio Público integra el Poder Judicial (art. 124, CCBA) la hipótesis de un conflicto de poderes, pensable cuando el Ministerio Fiscal depende del Poder Ejecutivo, desaparece.

En suma, la gravedad de las consecuencia que proyecta el fallo impugnado a nivel institucional y la inexistencia de una vía alternativa e idónea para que el Tribunal se expida sobre las cuestiones en debate, imponen habilitar esta instancia de excepción a fin de no frustrar el ejercicio de competencias propias de este estrado.

4. Despejado lo anterior, corresponde señalar que el art. 13, inc. 3º, de la CCBA consagra a favor de los habitantes de la Ciudad el "sistema acusatorio". Ese sistema constituye una forma de ordenamiento de los procesos y, en verdad, de concebir el rol de los jueces. A su vez, como toda previsión constitucional, tiene que ser observada por todos los órganos de la Ciudad, a saber: por el legislador cuando dicta las leyes, por el Poder Ejecutivo cuando las aplica y, por último, por los jueces, los que deben adaptar sus interpretaciones de las leyes de modo de ponerlas en armonía con las normas a las que el art. 31 de la C.N. y la CCBA ponen en la cima del orden jurídico. En ese marco, para lo que ahora importa, quien toma la decisión final no puede obrar a instancia de sí mismo, sino que debe hacerlo a instancia de otro. Esto significa que no puede reunirse en un mismo órgano las condiciones de juez e impulsor de la acción. Es decir, los jueces no pueden obrar a su propia instancia. Una parte legitimada a ese fin debe estimularlos. A su vez, la razón por la que la suspensión está sometida a resolución del juez no es para controlar la decisión del fiscal de impulsar o no la acción, cosa que le incumbe privativamente al ministerio público, sino para asegurar que un acuerdo que genera cargas para el procesado e impedimento de impulsar la acción para el fiscal sea celebrado cuando se dan ciertas condiciones cuya concurrencia la ley hace examinar al juez. Pero el acuerdo es entre las partes, y el juez no puede sustituirlas ni sujetar su decisión de pactar a un control más extenso que el que marca la ley y permite la CCBA. No constituye razón ni materia de ese examen la decisión de impulsar o no la acción pública. Es esta cuestión reservada al fiscal por la ley en directa aplicación del "sistema acusatorio". La intervención del juez apunta a anticipar un pronunciamiento acerca de la validez de los compromisos que pactan recíprocamente fiscal e imputado, a saber, no impulsar la acción el primero, y cumplir ciertas cargas, el otro. Sin el pronunciamiento del juez, cabría al fiscal no acusar, pero no constituiría un derecho del imputado repeler ese hipotético impulso mostrando una conducta adecuada al cumplimiento de sus compromisos, a la ley en general o el agotamiento de un plazo. La emisión de esa resolución —de naturaleza judicial, y cuyo contenido es, por lo dicho, el de una homologación— constituye el modo en que las cargas y los derechos que de ellas se proyectan (que son causa fin de la suspensión) tengan el alcance que la ley les otorga. La homologación convierte el compromiso asumido por el Ministerio Público Fiscal de no proseguir el proceso mientras éste se encuentre suspendido, en un derecho del sujeto imputado, que, como tal, podrá

ser invocado por él en el supuesto que eso no ocurra. También hace nacer a favor del imputado el derecho a que se extinga la acción cuando se haya observado correctamente el cumplimiento de las "reglas de conducta" acordadas y no hubiera cometido una nueva contravención (conf. lo dispuesto en el cuarto párrafo del mencionado art. 45). A su vez, visto desde el ángulo del Ministerio Público Fiscal, dicho acto judicial le otorga el derecho a reclamar el correcto cumplimiento de las "reglas de conducta" por el tiempo que fuesen acordadas. Dichos derechos y obligaciones no podrían ser asumidos "contractualmente", se necesita un acto judicial para su consagración y esto es, justamente, lo que viene a hacer el acto de la homologación. Esa circunstancia explicita los motivos principales de por qué resulta necesaria la aprobación por parte del juez del acuerdo celebrado entre las partes, en un proceso que se encuentra regido por el "sistema acusatorio", como lo es el contravencional (conf. mi voto *in re* "Tejerina, Víctor Angel s/inf. art. 81, CC, oferta y demanda de sexo en espacios públicos s/recurso de inconstitucionalidad concedido", sentencia del 3/12/2008).

Desde esa perspectiva, para el asunto que nos ocupa, la decisión del juez de pasar por sobre la voluntad expresada por el fiscal de no consentir la *probation*, se convierte en un modo de enervar la acción contravencional, que el fiscal pretende obviamente ejercer, sin causal alguna prevista en la ley a ese efecto. Dicho en otras palabras, a un conjetural pero previsible pedido de elevación a juicio, el juez, contestaría que el acuerdo que él ha homologado veda momentáneamente acceder a la petición fiscal. A su turno, el contenido mismo de los compromisos que asumiría el procesado en dicha probation vendrían a quedar escogidos por el juez junto con el procesado, lo cual supone tanto soslayar inadmisiblemente al fiscal como exceder no menos inadmisiblemente el rol de juez, pues no importaría pronunciamiento imparcial acerca del posible vicio de la voluntad de quien asume los compromisos, sino acerca de la legitimidad y oportunidad de lo que ha aceptado, también obrando de hecho como parte.

5. El cotejo de los autos principales, da cuenta de que ante lo decidido por la sentencia ahora cuestionada, se suspendió el juicio a prueba (fs. 63, autos principales). El acuerdo sobre el que esa decisión se asienta tiene comienzo de ejecución, sin que a la fecha el juez de la causa haya certificado que se encuentre vencido el plazo estipulado, ni que se hubieran constatado los extremos necesarios para darlo por cumplido o, si fuera el caso, revocarlo.

El legajo mencionado, además, confirma plenamente las consecuencias atribuidas al temperamento adoptado por el *a quo* en la decisión recurrida. En efecto, las reglas de conducta resultaron escogidas por el magistrado ante las posturas antagónicas propiciadas por la defensa y el Ministerio Público Fiscal al momento de proponer las condiciones del pretendido acuerdo (fs. 55 y 60 de los autos principales).

En tal contexto, el comienzo de cumplimiento de ese acuerdo carece de aptitud para modificar el resultado de la cuestión debatida. Sin embargo, ello no significa que el eventual acatamiento de las reglas dispuestas a fs. 61/63 (autos principales) no pueda ser valorado a favor del imputado, en su oportunidad, por los jueces de mérito (conf. mi voto *in re* "Ministerio Público —Defensor General de la Ciudad de Buenos Aires— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Donoso, Laura Haydée s/inf. art. 111, CC'", expte. n° 5654/07, sentencia del 11/6/2008).

6. Establecido el significado que a la luz de la constitución de la CABA (art. 13, inc. 3º y 106) corresponde atribuir al art. 45 del CC, resulta evidente que el *a quo* no pudo afirmar válidamente que la opinión del fiscal no es vinculante para decidir acerca de la concesión de la suspensión del proceso a prueba.

A su vez, en tanto las consideraciones formuladas en cuanto a las cuestiones planteadas en autos, relativas exclusivamente a aspectos de derecho (v. gr. art. 45 CC, art. 13 inc. 3º y 106 de la CCBA), agotan el debate en torno a los agravios oportunamente articulados por la defensa (fs. 7/12) y sin que quede asunto alguno pendiente de decisión, corresponde revocar el decisorio de fs. 18/20 y devolver la causa a sus efectos (art. 31, ley 402).

En tales condiciones, las razones expuestas que servirían para otorgar efecto suspensivo a la queja, imponen directamente la necesidad de revocar la sentencia de fs. 18/20, dejar sin efecto todo lo actuado con posterioridad, devolver las actuaciones para que, por quien corresponda, se radique la causa ante un juzgado y en su oportunidad una sala distintos de los que ya tuvieron intervención, y se remita copia de esta sentencia al titular del Juzgado PCyF Nº 25 y a la Sala I PCyF.

El juez Julio B. J. Maier dijo:

1. Como lo he expuesto académica y múltiplemente, la inteligencia del par conceptual "acusatorio-inquisitivo" para calificar el procedimiento penal —que alguna vez sirvió de bandera de lucha intelectual para lograr la renovación de las leyes procesales penales e incorporar el juicio oral como base de la sentencia— provoca hoy confusión, en lugar de aproximarnos al Estado de derecho. No otra cosa significa concederle al órgano público que representa al Estado en la persecución contravencional un recurso que la misma ley procesal le niega, con fundamento en el principio acusatorio. Sería bueno que se comprenda que las garantías expuestas en el art. 13 de la CCBA se refieren a la seguridad individual en materia penal, a la seguridad del ciudadano que es perseguido penal o contravencionalmente. No es posible hacer uso de esas garantías con el fin de privar al imputado de un beneficio concedido.

Por lo demás, la ley que resuelve la suspensión del procedimiento a prueba no concede a quien persigue contravencionalmente la facultad del veto absoluto para la utilización de la institución nombrada. Por lo contrario, concede al juez

—correctamente— la facultad de decidir acerca del beneficio, como también le concede otras tantas facultades de decisión sobre la libertad, la condena o la absolución, etc., aunque el Ministerio Público se oponga a su ejercicio en un determinado sentido.

2. En casos similares yo he advertido: *a)* Sobre la suspensión del proceso como efecto del recurso de queja: ¿qué quiere la fiscalía que se suspenda? ¿el cumplimiento de las obligaciones impuestas al acusado? ¿el inicio del cómputo del plazo por el cual fue suspendido el proceso? A la acusación nada le impide continuar con la investigación y luego oponerse al sobreseimiento para interponer la acusación y lograr el juicio. *b)* Sobre la facultad del recurrente de interponer esta queja, en primer lugar, que al Ministerio Público no le está concedido el recurso que pretende interponer, conforme a la ley ritual. En segundo lugar, que —aun prescindiendo de ello— el recurso no se dirige a apoyar una impugnación anterior contra una sentencia definitiva, presupuesto básico del recurso de inconstitucionalidad. En tercer lugar, aun prescindiendo de estos dos presupuestos, se trata, básicamente, de la interpretación de una ley común, en el sentido de si ella admite o no admite la decisión judicial de la suspensión del procedimiento.

3. Por estas razones, voto por rechazar la queja interpuesta.

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

Corresponde rechazar la queja que interpusiera la Fiscalía de Cámara a fs. 33/40.

El Ministerio Público Fiscal carece de legitimación procesal para recurrir ante el Tribunal en función de lo dispuesto por el art. 53 de la ley 12.

Las garantías constitucionales invocadas como fundamento del recurso fiscal no pueden ser opuestas por su parte dado que no están concebidas para proteger al Estado de sí mismo, sino para y en favor de los imputados.

En consecuencia, voto por rechazar el recurso de hecho presentado por la Fiscal de Cámara a fs. 33/40.

El juez José O. Casás dijo:

La queja presentada por la señora fiscal de Cámara debe ser rechazada.

La recurrente argumenta que el Ministerio Público Fiscal estaría legitimado para articular el recurso de inconstitucionalidad oportunamente intentado y, consecuentemente, esta presentación directa ante el Tribunal. Para fundar su legitimación procesal sostiene, en síntesis, que debe aplicarse al caso lo previsto por el art. 268 del CPPCABA, que considera de aplicación supletoria en razón de lo dispuesto por el art. 6º, ley 12. Agrega que la legitimación del Ministerio que representa se fundamenta en razón de que "se ha puesto en crisis la independencia funcional del Ministerio Público Fiscal, órgano con autonomía

funcional, cuya función es 'promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad, de los intereses generales de la sociedad, en coordinación con las demás autoridades de la República' (arts. 120 C.N. y 124 y 125, CCBA)" (fs. 34).

Si bien la recurrente reconoce que la jurisprudencia del Tribunal niega al Ministerio Público Fiscal la posibilidad de recurrir ante esta instancia, entiende que algunos de sus integrantes la admiten cuando se encuentran configurados "supuestos de excepción" o "se desarrollen razones que justifiquen apartarse del criterio general" (con cita de los votos de mis colegas, doctores Luis F. Lozano y Alicia E. C. Ruiz *in re* "Ministerio Público —Fiscal de Cámara en lo Penal, Contravencional y de Faltas— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Santana, Ángel Martín s/inf. art. 85, CC —portar armas no convencionales en la vía pública sin causa que lo justifique— apelación'", expte. n° 6065/08, resolución del 24/9/2008).

Ante este planteo he de señalar, conforme ya lo sostuviera en el fallo citado precedentemente, entre tantos otros, que cuando se trata de un proceso contravencional, el art. 53, ley 12, como regla general, no concede al fiscal, en el marco de su rol de acusador, posibilidad alguna de recurrir ante el Tribunal Superior por vía del recurso de inconstitucionalidad y, derivado de ello, tampoco por la vía de la queja (incs. 4º y 5º del art. 26 de la Ley Orgánica del Poder Judicial), ya que de la letra de ese artículo surge claramente que el único habilitado es el contraventor (...) (véase mis votos *in re* "Rodríguez, Paulo Federico y Ball, Gustavo Matías s/art. 78 —carreras en la vía pública— s/recurso de queja", expte. n° 110/99, resolución del 22/10/1999, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. I, pp. 570 y ss. y "Pariasca, Lucio León Eloy s/art. 47 s/recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", expte. n° 339/00, resolución del 5/9/2000, en *Constitución y Justicia* [Fallos del TSJBA], Ad-Hoc, Buenos Aires, t. II, pp. 247 y ss.). En ese sentido, contrariamente a lo afirmado por la recurrente, quien no expuso razones que justifiquen el supuesto de excepción al que se refiere, la cuestión ha sido regulada por el legislador local de forma autosuficiente al establecer la cláusula de cerramiento mencionada precedentemente, con lo que no resulta de aplicación al caso lo previsto por el legislador local para el procedimiento penal en el art. 268, CPPCABA.

Lo expuesto basta para afirmar que la vía intentada —en función del sujeto procesal que se vale de ella— no puede habilitar la intervención de este Tribunal.

Así lo voto.

La jueza Ana María Conde dijo:

Tal como lo desarrolla el doctor Casás, a cuyo voto adhiero, la queja interpuesta debe ser rechazada. Los integrantes del Ministerio Público Fiscal

no tienen posibilidad de acudir ante este Tribunal por medio de un recurso de inconstitucionalidad —o de la correspondiente queja— cuando se trata de una causa contravencional, pues la ley procesal y específica que gobierna la materia no los habilita para hacerlo, sino que sólo confiere esa posibilidad al "contraventor" (art. 53, ley 12). En mi concepto, tal restricción opera tanto cuando la Fiscalía pretenda recurrir a favor o cuando lo haga en contra del contraventor. Si bien la recurrente intenta argumentar que aquí concurre una "cuestión federal" que eventualmente podría provocar el conocimiento de la CSJN, lo cierto es que la demostración concreta de ese extremo excepcional —demostración que, por cierto, entiendo de gran complejidad argumentativa en este tipo de procesos— no aparece desarrollada apropiadamente en esta presentación y no ha sido seriamente cuestionada la constitucionalidad de la limitación recursiva por este —o por otro— motivo (*Fallos,* 312:627; 314:916; 324:1733).

Las cuestiones que suelen suscitarse en todo proceso contravencional, en general, remiten al examen de problemas que por su naturaleza común o local resultan extraños al remedio extraordinario federal, pues el respeto de las autonomías locales exige que se reserve a los jueces de la jurisdicción el conocimiento de las causas que versan —en lo sustancial, como en autos— sobre aspectos propios de la jurisdicción local (*Fallos,* 292:625). Las normas procesales en materia contravencional son normas locales y es lógico que el derecho local resulta autónomo, mientras no lesione una garantía prevista a favor del condenado —todavía inexistente en el caso—, para decidir cuántos recursos y qué tipo de recursos pueden interponer los diferentes actores del procedimiento. En consecuencia, el hecho de que la ley procesal conceda al agente fiscal un recurso de apelación (art. 51, ley 12) contra la sentencia de primera instancia —sea absolutoria o condenatoria— y no le reconozca la posibilidad de deducir un recurso de inconstitucionalidad (art. 53, ley 12) contra la sentencia de cámara "no lesiona garantía alguna y es una cuestión de política legislativa meramente local" (véase voto que suscribiera junto a los doctores Maier y Ruiz, *in re*, "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional [y de Faltas]— s/queja por recurso de queja denegado en: 'Otero, Matías Alejo y otros s/art. 41, CC [ley 10] —apelación—'", expte. nº 2580/03, sentencia del 11/2/2004), política legislativa, cuyo acierto o desacierto no ha sido seria y concretamente controvertido con sustento en la Constitución local o nacional.

Nada de lo anterior ha sido modificado por el art. 268, ley 2303. Tal disposición general otorga a los representantes del Ministerio Público Fiscal, sin distinguir su grado o jerarquía, la potestad para "recurrir siempre a fin de controlar la legalidad del procedimiento", cualquiera que fuere el alcance que en su momento corresponda dar a esta expresión, e incluso para recurrir "en favor" del imputado, pero, en lo que ahora importa, dicha disposición ha sido

instaurada para un universo de conductas ilícitas que revisten mayor entidad y trascendencia, esto es, para los delitos y no para las contravenciones o las faltas administrativas.

Sin perjuicio de compartir muchas de las razones que expone el señor juez Luis F. Lozano, con relación a la (des)interpretación del art. 45 de la ley local 1472, considero que no están dadas las condiciones en el caso ni es ésta la ocasión en la que corresponda revisar y/o excepcionar el criterio que invariablemente he sostenido en esta materia.

Voto entonces por rechazar formalmente esta presentación.

Por ello, emitido el dictamen del fiscal general adjunto, por mayoría,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 33/40.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja, junto con las actuaciones principales, a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

En similar sentido se resolvió en la causa nº 6247/08 "Ministerio Público —Fiscalía ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas Nº 2— s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Fabre, Walter Atilio s/infr. art. 111, CC —conducir en estado de ebriedad o bajo los efectos de estupefacientes—'" (texto completo), también del 29/4/2009.

CVIII

"MORELLO, ROBERTO S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'MORELLO, ROBERTO S/INF. ART. 4.1.1, AUSENCIA DE HABILITACIÓN Y DESVIRTUACIÓN DE RUBRO —L 451'"

RECURSO DE QUEJA: Presentación extemporánea.

SUMARIO:

1. Corresponde rechazar el recurso de queja cuya presentación es extemporánea, de plazo vencido, si fue realizada en el séptimo día hábil desde

que el imputado fue notificado de la decisión que declaró inadmisible su recurso anterior, en atención a que la ley local 402, art. 33 fija un plazo de cinco días para la interposición de la queja ante el Tribunal. *(Voto del señor juez Julio B. J. Maier al que adhieren los señores jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y José O. Casás).*

Expte. nº 6265/08 - 29/4/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Sr. Roberto Morello interpuso la queja agregada a fs. 131/153 contra el auto denegatorio (fs. 127/130) dictado por la Sala I respecto del recurso de inconstitucionalidad de fs. 98/124.

2. El señor juez de trámite, luego de analizar las copias aportadas por el recurrente, ordenó certificar ante la Cámara de Apelaciones cuál había sido la fecha de notificación de la decisión impugnada por recurso de queja (fs. 155). Ese pedido fue contestado a través del oficio incorporado a fs. 158.

3. Una vez que las actuaciones estaban en condiciones de ser resueltas por el Tribunal (fs. 159), el recurrente integró el depósito previsto en el art. 34 de la ley 402 (fs. 160/161) y, posteriormente, solicitó que "se decrete la suspensión del curso del procedimiento en los términos del art. 33 de la ley formal para este Excmo. Tribunal" (fs. 170).

FUNDAMENTOS:

El juez Julio B. J. Maier dijo:

Al contestar la certificación mencionada en el punto 2 anterior, la Cámara indicó que el recurrente había sido notificado del auto denegatorio atacado en esta queja el día 27/11/2008, a las 11:35 horas (fs. 158). El recurso directo fue presentado el 9/12/2008 a las 10:07 horas (fs. 153), esto es, el séptimo día hábil desde que el imputado fue notificado de la decisión que declaró inadmisible su recurso anterior. La ley local 402, art. 33, fija un plazo de 5 días para la presentación de la queja ante el Tribunal. Por ese motivo, la presentación es extemporánea, de plazo vencido. En consecuencia, corresponde rechazar la queja interpuesta y dar por perdido el depósito cuya constancia de integración está agregada a fs. 160. El rechazo de la queja por extemporánea torna insustancial el pedido de suspensión de la ejecución de la condena.

Los jueces Ana María Conde, Alicia E. C. Ruiz, Luis F. Lozano y José O. Casás dijeron:

Adherimos al voto del señor juez de trámite, Dr. Julio B. J. Maier.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Rechazar* el recurso de queja agregado a fs. 131/153.

2º. *Dar por perdido* el depósito, cuya constancia de integración obra a fs. 160.

3º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

CIX

"MINISTERIO PÚBLICO —FISCALÍA ANTE LA CÁMARA DE APELACIONES CON COMPETENCIA EN LO PENAL, CONTRAVENCIONAL Y DE FALTAS Nº 1— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'HERRERA, HERNÁN EZEQUIEL Y MOLINA, LUCAS DANIEL S/INF. ART. 150, C.P. —VIOLACIÓN DE DOMICILIO'"

RECURSO DE QUEJA: Desistimiento.

Expte. nº 6274/08 - 6/5/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El señor fiscal ante la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas acudió en queja ante este Tribunal para

cuestionar la resolución de la Sala I (fs. 28/31) —del 28/11/2008— que declaró inadmisible el recurso de inconstitucionalidad de fs. 19/22. Ese remedio había sido presentado contra la decisión de la misma Sala que, por un lado, declaró la nulidad del dictamen del fiscal de Cámara por medio del cual desistía del recurso de apelación interpuesto ante la instancia anterior y, por el otro, confirmó la decisión del juez de primera instancia que no hizo lugar al pedido de prisión preventiva respecto de los imputados (fs. 13/17).

2. El fiscal general adjunto, al contestar la vista conferida, desistió del recurso articulado por entender que la resolución atacada no causaba un gravamen irreparable (fs. 46/47).

FUNDAMENTOS:

La jueza Alicia E. C. Ruiz dijo:

En atención a los argumentos expuestos por el señor fiscal general adjunto en su dictamen, y de acuerdo con lo establecido en el art. 29, inc. 3º, de la ley 1903, corresponde tener por desistido el recurso de queja agregado a fs. 34/42.

Los jueces Ana María Conde, Julio B. J. Maier, José O. Casás y Luis F. Lozano dijeron:

Adherimos al voto de la señora jueza de trámite, Dra. Alicia E. C. Ruiz.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Tener por desistido* el recurso de queja agregado a fs. 34/42.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se remita esta queja a la Sala I de la Cámara de Apelaciones con competencia en lo Penal, Contravencional y de Faltas.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*

CX

"MINISTERIO PÚBLICO —DEFENSORÍA GENERAL DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES— S/QUEJA POR RECURSO DE INCONSTITUCIONALIDAD DENEGADO EN: 'LÓPEZ, ROMINA Y ONISZCZUK, CARLOS ALBERTO S/INF. ARTS. 116, 117 Y 118, CC'"

RECURSO DE QUEJA: Requisitos. Cuestión federal.

SUMARIOS:

1. Corresponde rechazar el recurso extraordinario federal con fundamento en la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria. *(Votos de los señores jueces Julio B. J. Maier, Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

2. Debe ser denegado el recurso extraordinario federal cuando los agravios no expresan una cuestión federal, y sólo exponen la disconformidad del interesado con lo decidido por el Tribunal en relación con el alcance de su propia jurisdicción —al no admitir un recurso contra una sentencia que no reputa definitiva— sobre la base de las reglas procesales que condicionan y regulan su competencia recursiva por vía de los recursos de inconstitucionalidad local y de queja. *(Votos de los señores jueces Julio B. J. Maier, Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano).*

Expte. n° 6131/08 - 6/5/2009

VISTOS:

los autos indicados en el epígrafe,

RESULTA:

1. El Defensor General interpuso recurso extraordinario federal (fs. 44/61) contra la decisión del Tribunal, de fecha 4/3/2009, que rechazó el recurso de queja agregado a fs. 19/27.

La defensa considera que la decisión que recurre —vinculada con la denegatoria del beneficio de litigar sin gastos intentado en este proceso— es arbitraria y viola los derechos de acceso a la justicia y de defensa en juicio, y el principio de igualdad ante la ley.

2. El fiscal general adjunto, al contestar el traslado conferido, entendió que el recurso debía ser denegado porque no atacaba una sentencia definitiva, ni un auto equiparable a tal. En el mismo sentido, también descartó que exista un gravamen concreto, debido a que la CSJN aún no lo habría intimado a abonar el depósito respecto de una queja por recurso extraordinario federal denegado en el proceso principal. Asimismo, indicó que no existe un caso federal que permita el acceso a la CSJN y, además, descartó que se trate de un supuesto de sentencia arbitraria (fs. 64/66).

FUNDAMENTOS:

Los jueces Julio B. J. Maier, Alicia E. C. Ruiz, Ana María Conde, José O. Casás y Luis F. Lozano dijeron:

1. El recurso extraordinario federal deducido por la defensa fue interpuesto en tiempo oportuno (art. 257, CPCCN) y, por lo demás, cumple con los requisitos impuestos por la acordada 4/2007 de la CSJN.

2. El Tribunal rechazó la queja interpuesta ante él porque la decisión atacada por recurso de inconstitucionalidad no era la sentencia definitiva a la que se refiere el art. 27 de la ley local 402, ni resultaba equiparable a ese tipo de decisiones.

3. A fin de resolver la admisibilidad del recurso articulado, cabe recordar que resulta aplicable la reiterada doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que sostiene que las decisiones por las cuales los tribunales locales declaran la improcedencia de los recursos de orden local que se interponen ante ellos son ajenas, en principio, a la instancia extraordinaria (conf. *Fallos,* 299:268; 308:1577; 311:100; entre muchos otros).

4. La razón por la que el TSJ rechazó la queja interpuesta —inexistencia de sentencia definitiva— también determina la denegatoria de este recurso extraordinario federal. Además, la presentación de la defensa no expone una cuestión de naturaleza federal. Los agravios expresan la disconformidad del recurrente con lo decidido por el Tribunal en relación con el alcance de su propia jurisdicción —al no admitir un recurso contra una sentencia que no reputa definitiva— sobre la base de las reglas procesales que condicionan y regulan su competencia recursiva por vía del recurso de inconstitucionalidad local y del recurso de queja.

En verdad, los agravios que la defensa expresa discurren sobre la situación económica del acusado, la suficiencia de la prueba rendida y la interpretación de las reglas procesales locales referidas al beneficio de litigar sin gastos. El recurrente pretende enmarcar estos agravios bajo la doctrina de la arbitrariedad de sentencia, sin advertir que, de conformidad con la jurisprudencia de la CSJN, la invocación de arbitrariedad —supuesto excepcional para admitir este tipo

de recurso (*Fallos,* 294:376, entre otros)— y de violación de garantías constitucionales no suple la ausencia de sentencia definitiva (*Fallos,* 308:62; entre otros). Por otra parte, el defensor tampoco advierte que sus agravios trasuntan sólo cuestiones de hecho y prueba, ajenas por definición a la instancia extraordinaria, y de interpretación del derecho infraconstitucional y local, también ajeno a esa instancia.

5. Por las razones expuestas, sólo resta denegar el recurso extraordinario federal intentado.

Por ello,

El Tribunal Superior de Justicia

RESUELVE:

1º. *Denegar* el recurso extraordinario federal agregado a fs. 44/61.

2º. *Mandar* que se registre, se notifique y, oportunamente, se cumpla con la remisión ordenada a fs. 39, punto 2.

Fdo.: *Ana María Conde - Luis F. Lozano - Alicia E. C. Ruiz - Julio B. J. Maier - José O. Casás.*